

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Criminal Lawyers' Association of Ontario
and Lawrence Greenspon** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
British Columbia Civil Liberties Association,
Advocates' Society and Mental Health
Legal Committee** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO *v.* CRIMINAL LAWYERS'
ASSOCIATION OF ONTARIO**

2013 SCC 43

File No.: 34317.

2012: December 12; 2013: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

*Courts — Jurisdiction — Appointment of amici
curiae — Provincial Attorney General and amici curiae
appointed by trial judges in criminal proceedings
disagreeing on amici's rate of remuneration — Whether
superior and statutory courts have inherent or implied
jurisdiction to determine rate of remuneration of amici
curiae.*

In three cases arising in the context of criminal proceedings in Ontario, trial judges appointed *amici curiae* to assist the accused, who had discharged counsel of their choice. The judges did so in order to maintain the orderly conduct of the trials or to avoid delay in these complex, lengthy proceedings. The cases were not decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and did not proceed on the basis that the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Criminal Lawyers' Association of Ontario et
Lawrence Greenspon** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la
Colombie-Britannique, Association des
libertés civiles de la Colombie-Britannique,
Advocates' Society et Mental Health
Legal Committee** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO *c.* CRIMINAL LAWYERS'
ASSOCIATION OF ONTARIO**

2013 CSC 43

N° du greffe : 34317.

2012 : 12 décembre; 2013 : 1^{er} août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis et Wagner.

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

*Tribunaux — Compétence — Nomination d'un
amicus curiae — Mésentente entre le procureur général
provincial et des amici curiae nommés par des juges
présidant des procès criminels au sujet du taux de
rémunération des amici — Les cours supérieures et les
tribunaux d'origine législative ont-ils une compétence
inhérente ou tacite pour fixer le taux de la rémunération
des amici curiae?*

Dans trois affaires issues de dossiers criminels ontariens, les juges des procès ont nommé des *amici curiae* pour assister les accusés après que ceux-ci eurent révoqué les avocats dont ils avaient retenu les services. Cette mesure visait à assurer le bon déroulement des procès ou à ne pas retarder des instances longues et complexes. Les juges n'ont pas statué sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni estimé

accused could not have fair trials without the assistance of counsel. The Attorney General took the position that here, the *amici* played a role similar to that of defence counsel and should accept legal aid rates. However, the *amici* refused to accept those rates, and the judges fixed rates that exceeded the tariff and ordered the Attorney General to pay. In one case, a judge also appointed a senior lawyer to set a budget for the *amicus* and to review, monitor and assess his accounts on an ongoing basis. The Crown appealed the decisions, on the basis that courts lacked jurisdiction to fix the rates of compensation for *amici curiae*. The Court of Appeal dismissed the appeal, holding that incidental to a superior or statutory court's power to appoint an *amicus* is the power to set the terms and conditions of that appointment, including the rate of compensation and the monitoring of accounts.

Held (LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Courts of inherent jurisdiction have the power to appoint *amici curiae* exceptionally, where this is necessary to permit a particular proceeding to be successfully and justly adjudicated. This power is also implied by the ability of statutory courts to function as courts of law. *Amici curiae* have long played a part in our system of justice. However, to the extent that the terms of an *amicus*' appointment mirror the responsibilities of defence counsel, they blur the lines between those two roles. The appointment of an *amicus* for such a purpose can conflict with the accused's constitutional right to represent himself, can defeat previous judicial decisions to refuse to grant state-funded counsel following an application invoking the accused's fair trial rights under the *Charter*, can require the *amicus* to make legal submissions that are not favourable to the accused or are contrary to the accused's wishes, can result in the court's lawyer taking on a role that the court is precluded from taking and can undermine the provincial legal aid scheme. Hence, a lawyer appointed as *amicus* who takes on the role of defence counsel is no longer a friend of the court.

Absent authority flowing from a constitutional challenge or a statutory provision, the jurisdiction to fix

que les procès ne seraient pas équitables si les accusés n'étaient pas représentés. Le procureur général a fait valoir que, dans chacune des instances considérées, l'*amicus* jouait un rôle semblable à celui d'un avocat de la défense et qu'il devait accepter d'être rémunéré au tarif de l'aide juridique. Or, les *amici* ayant refusé ce tarif, les juges des procès ont fixé des taux supérieurs et ordonné au procureur général de rémunérer les *amici* en conséquence. Dans l'une des affaires, la juge du procès a confié à un avocat chevronné la tâche d'établir un budget pour l'*amicus* et de faire droit ou non, après examen, à ses demandes de paiement au fur et à mesure qu'il les présentait. Le ministère public a interjeté appel des décisions et fait valoir que les tribunaux n'avaient pas compétence pour fixer le taux de rémunération des *amici curiae*. La Cour d'appel l'a débouté au motif que le pouvoir d'une cour supérieure ou d'un tribunal d'origine législative de fixer les conditions du mandat de l'*amicus*, y compris sa rémunération et le contrôle des demandes de paiement, était connexe à son pouvoir de nommer l'*amicus*.

Arrêt (les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Une cour dotée d'une compétence inhérente peut, de manière exceptionnelle, nommer un *amicus curiae* si la mesure s'impose afin que justice puisse être rendue dans une instance. Ce pouvoir découle aussi implicitement de la faculté d'un tribunal d'origine législative de constituer une cour de justice. La fonction d'*amicus curiae* existe depuis longtemps dans notre système de justice. Toutefois, lorsque le mandat de l'*amicus* s'apparente à celui d'un avocat de la défense, la ligne de séparation entre ces deux fonctions est brouillée. La nomination peut alors aller à l'encontre du droit constitutionnel de l'accusé d'assurer sa propre défense, ainsi que de la décision antérieure d'un tribunal saisi d'une demande fondée sur le droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable de lui refuser les services d'un avocat rémunéré par l'État; en outre, elle peut obliger l'*amicus* à faire valoir des points de droit qui ne sont pas favorables à l'accusé ou qui sont contraires aux vœux de ce dernier, elle peut faire en sorte que l'avocat retenu exerce une fonction que la cour n'a pas le droit d'exercer et elle peut compromettre le régime provincial d'aide juridique. Une fois nommé *amicus*, l'avocat qui accepte de tenir le rôle d'avocat de la défense n'est donc plus l'ami de la cour.

À défaut d'une habilitation découlant d'une contestation constitutionnelle ou d'une disposition législative,

the compensation of *amici curiae* must be found within the inherent or implied jurisdiction of the courts. The inherent jurisdiction of superior courts permits them to make orders necessary to protect the judicial process and the rule of law and fulfill the judicial function of administering justice in a regular, orderly and effective manner. Similarly, to function as courts of law, statutory courts have implicit powers. However, the doctrine of inherent jurisdiction does not operate without limits. Such inherent and implicit powers are subject to any statutory provisions and must be responsive to the separation of powers that exists among the various players in our constitutional order and the particular institutional capacities that have evolved from that separation. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. A court's inherent or implied powers must not trench on the provinces' role in the administration of justice.

While the courts have the jurisdiction to set terms to give effect to their authority to appoint *amici curiae*, the ability to fix rates of compensation for *amici* is not essential to the power to appoint them and its absence does not imperil the judiciary's ability to administer justice according to law in a regular, orderly and effective manner. Furthermore, an order that the Attorney General must provide compensation to an *amicus* at a particular rate is an order directing the Attorney General to pay specific monies out of public funds. While court decisions can have ancillary financial consequences, the allocation of resources between competing priorities remains a policy and economic question; it is a political decision and the legislature and the executive are accountable to the public for it. Making such an order absent authority flowing from a constitutional challenge or a statutory provision does not respect the institutional roles and capacities of the legislature, the executive (including the Attorney General), and the judiciary, or the principle that the legislature and the executive are accountable to the public for the spending of public funds. There is a real risk that such a disregard of the separation of powers and the constitutional role and institutional capacity of the different branches of government could undermine the legal aid system and cause a lack of public confidence in judges and the courts. Accordingly, superior and statutory courts' inherent or implied jurisdiction to appoint *amici*

le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus curiae* doit s'originer de la compétence inhérente ou tacite de la cour. La compétence inhérente d'une cour supérieure lui permet de rendre les ordonnances nécessaires à la protection du processus judiciaire et de la primauté du droit et de s'acquitter de sa fonction judiciaire qui consiste à administrer la justice d'une manière régulière, ordonnée et efficace. De même, pour constituer une cour de justice, un tribunal d'origine législative possède des pouvoirs tacites. La théorie de la compétence inhérente ne s'applique cependant pas sans réserves. Ces pouvoirs inhérents et tacites existent sous réserve de toute disposition législative, ainsi que du respect de la séparation des pouvoirs entre les différents acteurs de notre ordre constitutionnel et des attributions institutionnelles particulières qui résultent de cette séparation. L'évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l'acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir inhérent ou tacite d'une cour de justice ne doit pas empiéter sur la fonction provinciale d'administration de la justice.

Bien qu'une cour ait compétence pour fixer les conditions du mandat de l'*amicus curiae* et donner ainsi effet à son pouvoir de le nommer, la faculté de déterminer sa rémunération n'est pas essentielle à l'exercice de ce pouvoir, et son inexistence n'empêche pas la cour de rendre justice dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace. De plus, l'ordonnance qui lui enjoint de rémunérer l'*amicus* selon un taux précis somme le procureur général de verser une certaine somme par prélèvement sur le trésor. Une décision judiciaire peut accessoirement avoir des conséquences financières, mais l'affectation de ressources en fonction de priorités concurrentes relève de la politique et de l'économie; cette mesure ressortit au législatif et à l'exécutif, qui en sont responsables vis-à-vis de la population. À défaut d'une habilitation découlant d'une contestation constitutionnelle ou d'une disposition législative, une telle ordonnance ne respecte pas les fonctions et les compétences institutionnelles du législatif, de l'exécutif (y compris le procureur général) et du judiciaire, ni le principe voulant que le législateur et l'exécutif soient responsables vis-à-vis des citoyens de l'affectation des fonds publics. Le risque existe bel et bien que le non-respect de la séparation des pouvoirs, ainsi que des attributions constitutionnelles et institutionnelles des différentes branches de l'État, porte atteinte au programme d'aide juridique et sape la

does not extend to setting rates of compensation for *amici* and ordering the provinces to pay.

In those exceptional cases where *Charter* rights are not at stake but the judge must have help to do justice and appoints an *amicus*, the person appointed and the Attorney General should meet to set rates and modes of payment. The judge may be consulted, but should not make orders regarding payment that the Attorney General would have no choice but to obey. If the assistance of an *amicus* is truly essential and the matter cannot be amicably resolved between the *amicus* and the Attorney General, the judge's only recourse may be to exercise his jurisdiction to impose a stay until an *amicus* can be found. If the trial cannot proceed, the court can give reasons for the stay, so that the responsibility for the delay is clear.

Per LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. (dissenting): Trial judges may appoint an *amicus curiae* to ensure the orderly conduct of proceedings and the availability of relevant submissions. They should not be required to decide contested, uncertain, complex and important points of law or of fact without the benefit of thorough submissions. The power to appoint an *amicus* should be exercised exceptionally and with caution. An *amicus* should not be appointed to impose counsel on an unwilling accused or permit an accused to circumvent the established procedure for obtaining government-funded counsel. Furthering the best interests of the accused may be an *incidental result*, but is not the *purpose*, of an *amicus* appointment.

The jurisdiction to fix the fees of *amici curiae* is necessarily incidental to the power of trial judges to appoint them. Granting the provincial Attorney General the exclusive power to fix an *amicus*'s rate of remuneration would unduly weaken the courts' appointment power and ability to name an *amicus* of their choosing. It would also imperil the integrity of the judicial process, as the ability of courts to ensure fair and orderly process should not depend on a reliance on the continuous and exemplary conduct of the Crown, which is impossible to monitor or control. Finally, the Attorney General's unilateral control over the remuneration of *amici curiae* might create an appearance of bias and place *amici* themselves in an unavoidable conflict of interest. As *amici* often play a role that can be said to be adversarial to the Crown, if the Crown were permitted

confiance du public dans les juges et les tribunaux. Le pouvoir d'une cour supérieure ou d'un tribunal d'origine législative de nommer un *amicus* n'englobe donc pas celui de fixer le taux de sa rémunération et d'ordonner à la province de le rémunérer en conséquence.

Dans les cas exceptionnels où, sans qu'un droit garanti par la *Charte* ne soit en jeu, le juge doit obtenir l'aide d'un *amicus* pour rendre justice, le candidat retenu et le procureur général se rencontrent pour déterminer tarif et modalités de paiement. Ils peuvent consulter le juge, mais ce dernier doit s'abstenir de rendre, relativement à la rémunération, une ordonnance à laquelle le procureur général n'aurait d'autre choix que d'obéir. Lorsque le recours à un *amicus* est vraiment essentiel et que l'avocat pressenti et le procureur général ne parviennent pas à s'entendre, le juge peut n'avoir d'autre recours que l'exercice de sa compétence inhérente et la suspension de l'instance jusqu'à la nomination d'un *amicus*. Si le procès ne peut aller de l'avant, la cour peut motiver la suspension d'instance et préciser la cause du retard.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell (dissidents) : Le juge du procès peut nommer un *amicus curiae* pour assurer le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes. Il ne saurait être tenu de trancher une question de droit ou de fait contestée, complexe et importante en l'absence des plaidoiries complètes qui s'imposent. Le pouvoir de nommer un *amicus* doit être exercé de manière exceptionnelle et avec circonspection. Un *amicus* ne doit pas être nommé pour imposer un avocat à l'accusé ou permettre à ce dernier de contourner la procédure établie pour l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État. Protéger l'intérêt de l'accusé peut constituer un *résultat accessoire* de la nomination de l'*amicus*, mais ne saurait en être l'*objectif*.

Le pouvoir du juge du procès de fixer les honoraires de l'*amicus curiae* est nécessairement accessoire à son pouvoir de le nommer. Accorder au procureur général d'une province le pouvoir exclusif de déterminer le taux de rémunération de l'*amicus* affaiblirait indûment le pouvoir de nomination du tribunal et sa faculté de nommer la personne de son choix. L'intégrité du processus judiciaire serait également compromise, car la faculté du tribunal d'assurer l'équité et le bon déroulement du procès ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il est impossible de surveiller ou de maîtriser. Enfin, le pouvoir unilatéral du procureur général de déterminer la rémunération de l'*amicus curiae* pourrait créer une apparence de partialité et faire en sorte que l'*amicus* se retrouve inévitablement

to determine unilaterally and exclusively how much an *amicus* is paid, the reasonable person might conclude that the expectation of give and take might lead the *amicus* to discharge his duties so as to curry favour with the Attorney General.

There is no constitutional impediment to vesting in trial judges the authority to fix the fees of *amici curiae* when necessary in the circumstances. The principle that only Parliament can authorize payment out of money from the Consolidated Revenue Fund acts only to constrain the ability of the executive branch of government to spend money in the absence of authorization by the legislature. Here, however, the Attorney General has the authority to disburse public funds to pay *amici curiae* whether or not their rate of remuneration is fixed by the courts, because, with the *Financial Administration Act*, R.S.O. 1990, c. F.12, the Legislative Assembly has pre-approved the disbursement of funds for the purpose of satisfying court orders.

Once a trial judge names and defines the role of an *amicus curiae*, a consensual approach ought to be favoured. The Attorney General and the *amicus* should be invited to agree on both the rate of remuneration and the manner in which the *amicus's* budget is to be administered. If an agreement cannot be reached, the trial judge should fix the rate. In fixing the rate of remuneration, the judge should consider the importance of the assignment undertaken, the legal complexity of the work, the skill and experience of counsel and his normal rate, and should consider that the *amicus* is performing a public service paid for with public funds. While the legal aid tariff should be taken into account as a guide, it is not determinative. The ultimate choice of whether to proceed with the prosecution in light of the associated costs remains that of the Attorney General, which thus preserves the proper balance between prosecutorial discretion and the jurisdiction of courts.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Distinguished: *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374; *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; **discussed:** *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Remuneration of Judges of*

en situation de conflit d'intérêts. Puisque l'*amicus* joue souvent un rôle qu'on peut qualifier d'opposé à celui du ministère public, si on conférait à ce dernier le pouvoir unilatéral et exclusif de déterminer la rémunération de l'*amicus*, une personne raisonnable pourrait conclure que l'attente de concessions mutuelles est susceptible d'amener l'*amicus* à s'acquitter de ses fonctions de manière à gagner la faveur du procureur général.

Nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à l'octroi au juge du procès du pouvoir de déterminer les honoraires de l'*amicus* lorsque la situation l'exige. Le principe selon lequel seul le Parlement peut autoriser un paiement sur le Trésor a seulement pour effet de limiter le pouvoir de l'exécutif de dépenser sans l'autorisation du législateur. En l'espèce, toutefois, le procureur général a le pouvoir de verser des fonds publics pour rémunérer l'*amicus curiae*, que le taux de rémunération de ce dernier soit fixé ou non par le tribunal, car suivant la *Loi sur l'administration financière*, L.R.O. 1990, ch. F.12, l'Assemblée législative autorise au préalable le versement de fonds aux fins d'exécuter les ordonnances judiciaires.

Dès que le juge du procès nomme un *amicus curiae* et définit son mandat, il y a lieu de favoriser une démarche consensuelle. Il faut inviter le procureur général et l'*amicus* à s'entendre sur la rémunération de ce dernier et sur les modalités d'administration de son budget. À défaut d'accord, le juge fixe le taux de rémunération. Il tient alors compte de l'importance du mandat, de la complexité juridique du travail requis, de la compétence et de l'expérience de l'avocat nommé et de son tarif habituel. Il lui faut aussi se souvenir que l'*amicus* exécute un mandat public et qu'il est rémunéré sur les deniers publics. Le tarif de l'aide juridique doit être pris en compte à titre indicatif, mais il n'est pas décisif. La décision finale d'aller ou non de l'avant avec la poursuite à la lumière des frais engagés demeure à bon droit celle du procureur général, ce qui est de nature à préserver le juste équilibre entre le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et la compétence du tribunal.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374; *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; **arrêt analysé :** *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif*

the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 S.C.R. 549; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Batistatos v. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *In re Criminal Code (1910)*, 43 S.C.R. 434; *R. v. Peterman (2004)*, 70 O.R. (3d) 481; *R. v. Rowbotham (1988)*, 41 C.C.C. (3d) 1; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. v. Cai*); *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Rockwood (1989)*, 91 N.S.R. (2d) 305; *Child and Family Services of Winnipeg v. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161; *R. v. Ryan*, 2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200; *Grollo v. Palmer (1995)*, 184 C.L.R. 348.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Rowbotham (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Québec (Procureur général) v. C. (R.) (2003)*, 13 C.R. (6th) 1; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian*

à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 R.C.S. 549; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Batistatos c. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *In re Criminal Code (1910)*, 43 R.C.S. 434; *R. c. Peterman (2004)*, 70 O.R. (3d) 481; *R. c. Rowbotham (1988)*, 41 C.C.C. (3d) 1; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. c. Cai*); *R. c. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Rockwood (1989)*, 91 N.S.R. (2d) 305; *Child and Family Services of Winnipeg c. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161; *R. c. Ryan*, 2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161; *R. c. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200; *Grollo c. Palmer (1995)*, 184 C.L.R. 348.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Rowbotham (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Québec (Procureur général) c. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Canada (Commission des droits de la personne) c.*

Liberty Net, [1998] 1 S.C.R. 626; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13; *R. v. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434; *R. v. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318; *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374; *R. v. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 63, 92(14), 96, 126.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486.3, 684, 694.1(1), (3).
Financial Administration Act, R.S.O. 1990, c. F.12, ss. 11.1(1), 13.
Legal Aid Manitoba Act, C.C.S.M. c. L105, s. 3(2).
Legal Aid Services Act, 1998, S.O. 1998, c. 26.
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 22.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 13.02.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 92.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53(7).

Authors Cited

Berg, David. "The Limits of Friendship: the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts" (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67.
 Canadian Judicial Council. *Alternative Models of Court Administration*. Ottawa: The Council, 2006 (online: <http://www.cjc.gc.ca>).
 Covey, Frank M., Jr. "Amicus Curiae: Friend of the Court" (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30.
 Dickens, Bernard M. "A Canadian Development: Non-Party Intervention" (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666.
 Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 37. London: Butterworths LexisNexis, 2001.
 Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13; *R. c. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434; *R. c. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318; *Ontario c. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374; *R. c. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.3, 684, 694.1(1), (3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 63, 92(14), 96, 126.
Loi de 1998 sur les services d'aide juridique, L.O. 1998, ch. 26.
Loi sur l'administration financière, L.R.O. 1990, ch. F.12, art. 11.1(1), 13.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53(7).
Loi sur la Société d'aide juridique du Manitoba, C.P.L.M. ch. L105, art. 3(2).
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5.
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 22.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 92.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 13.02.

Doctrine et autres documents cités

Berg, David. « The Limits of Friendship : the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67.
 Conseil canadien de la magistrature. *Modèles d'administration des tribunaux judiciaires*. Ottawa : Le Conseil, 2006 (en ligne : <http://www.ccm.gc.ca>).
 Covey, Frank M., Jr. « Amicus Curiae : Friend of the Court » (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30.
 Dickens, Bernard M. « A Canadian Development : Non-Party Intervention » (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666.
 Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown*. London : Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 37. London : Butterworths LexisNexis, 2001.
 Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Mallette, Jonathan Desjardins. *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada: origines et fondements*. Mémoire de maîtrise non-publié. Faculté de Droit, Université de Montréal, 2007.

“Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court”, reproduced in Lord Goldsmith, “Advocate to the Court”, *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online: <http://www.lawgazette.co.uk>).

Mohan, S. Chandra. “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] *S.J.L.S.* 352.

Romney, Paul. *Mr Attorney: The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899*. Toronto: Osgoode Society, 1986.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Armstrong JJ.A.), 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721, 277 O.A.C. 264, 270 C.C.C. (3d) 256, 86 C.R. (6th) 407, 234 C.R.R. (2d) 157, [2011] O.J. No. 1792 (QL), 2011 CarswellOnt 2608, affirming orders for the setting of rates of compensation for and the monitoring of accounts of *amici curiae*. Appeal allowed, LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. dissenting.

Malliha Wilson, Troy Harrison, Kristin Smith and Baaba Forson, for the appellants.

P. Andras Schreck and Louis P. Strezos, for the respondent the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

No one appeared for the respondent *Lawrence Greenspon*.

Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-Yves Bernard and Brigitte Bussières, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Deborah Carlson and Allison Kindle Pejovic*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Bryant Alexander Mackey, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Mallette, Jonathan Desjardins. *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*. Mémoire de maîtrise non-publié. Faculté de Droit, Université de Montréal, 2007.

« Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court », reproduced in Lord Goldsmith, « Advocate to the Court », *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online : <http://www.lawgazette.co.uk>).

Mohan, S. Chandra. « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] *S.J.L.S.* 352.

Romney, Paul. *Mr Attorney : The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899*. Toronto : Osgoode Society, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Armstrong), 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721, 277 O.A.C. 264, 270 C.C.C. (3d) 256, 86 C.R. (6th) 407, 234 C.R.R. (2d) 157, [2011] O.J. No. 1792 (QL), 2011 CarswellOnt 2608, qui a confirmé des ordonnances relatives à la fixation du taux de rémunération d'*amici curiae* et au contrôle des réclamations d'un *amicus*. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell sont dissidents.

Malliha Wilson, Troy Harrison, Kristin Smith et Baaba Forson, pour l'appelante.

P. Andras Schreck et Louis P. Strezos, pour l'intimée Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Personne n'a comparu pour l'intimé *Lawrence Greenspon*.

Alain Préfontaine, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-Yves Bernard et Brigitte Bussières, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Deborah Carlson et Allison Kindle Pejovic*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Bryant Alexander Mackey, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Micah B. Rankin, Michael Sobkin and Elizabeth France, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

John Norris, for the intervener the Advocates' Society.

Anita Szigeti, Mercedes Perez and Marie-France Major, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] This case raises troubling implications that strike to the heart of the constitutional relationship between the judicial and other branches of government in our constitutional democracy.

[2] It is not disputed that a court may appoint a lawyer as “*amicus curiae*”, a “friend of the court”, to assist the court in exceptional circumstances; or that the Attorney General is obligated to pay *amici curiae* when appointed. What is at issue is whether a court’s inherent or implied jurisdiction extends to fixing the rates of compensation for *amici curiae*.

[3] In the four matters under appeal, which all arose in the context of criminal proceedings in Ontario, trial judges appointed *amici curiae*, set higher rates of compensation than those offered by the Attorney General of Ontario and ordered the Attorney General to pay. The Attorney General took the position that, in these cases, the *amici* played a role similar to that of defence counsel and should accept legal aid rates. The Court of Appeal concluded that provincial and superior courts have the jurisdiction to fix the rates of compensation. The Attorney General appeals that decision, although it does not seek the return of any monies paid.

Micah B. Rankin, Michael Sobkin et Elizabeth France, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

John Norris, pour l’intervenante Advocates’ Society.

Anita Szigeti, Mercedes Perez et Marie-France Major, pour l’intervenant Mental Health Legal Committee.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] L’issue du présent pourvoi pourrait avoir des répercussions déconcertantes qui risquent de rompre l’équilibre entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs dans notre démocratie constitutionnelle.

[2] Nul ne conteste qu’une cour de justice peut nommer un avocat « *amicus curiae* » (ou « ami de la cour ») pour l’épauler dans une situation exceptionnelle, ni que le procureur général est alors tenu de le rémunérer. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si sa compétence inhérente ou tacite lui confère le pouvoir de fixer le taux de rémunération de l’*amicus curiae*.

[3] Dans chacune des quatre affaires visées par le pourvoi, toutes issues d’instances criminelles ontariennes, le juge du procès a nommé un *amicus*, a établi un taux de rémunération supérieur à celui offert par le procureur général de l’Ontario et a ordonné à ce dernier de verser cette rémunération. Le procureur général a fait valoir que, dans ces affaires, l’*amicus* jouait un rôle semblable à celui d’un avocat de la défense et qu’il devait accepter d’être rémunéré au tarif de l’aide juridique. La Cour d’appel a conclu que les tribunaux provinciaux et supérieurs ont compétence pour fixer le taux de rémunération. Le procureur général se pourvoit contre cette décision, mais ne demande pas le remboursement des sommes versées.

[4] My colleague Fish J. concludes that the jurisdiction to fix the fees of *amici curiae* is necessarily incidental to a court's power to appoint them. He finds no constitutional impediment to this power.

[5] Respectfully, I disagree. Absent statutory authority or a challenge on constitutional grounds, courts do not have the institutional jurisdiction to interfere with the allocation of public funds. While the jurisdiction to control court processes and function as a court of law gives courts the power to appoint *amici curiae*, it does not, in itself, provide the power to determine what the Attorney General must pay them. The scope of a superior court's inherent power, or of powers possessed by statutory courts by necessary implication, must respect the constitutional roles and institutional capacities of the legislature, the executive and the judiciary. As the Chief Law Officers of the Crown, responsible for the administration of justice on behalf of the provinces, the Attorneys General of the provinces, and not the courts, determine the appropriate rate of compensation for *amici curiae*.

[6] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

II. Background

[7] These cases were not decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They did not proceed on the basis that the accused could not have fair trials without the assistance of counsel. Instead, the trial judges appointed counsel to assist the accused, who had in each case discharged counsel of their choice. The judges did so in order to maintain the orderly conduct of the trials or to avoid delay in these complex, lengthy proceedings. However, in each of these cases, the role of the *amici* closely mirrored the role of defence counsel, except that they could not be dismissed by the accused.

[4] Mon collègue le juge Fish estime que le pouvoir d'une cour de justice de fixer les honoraires de l'*amicus curiae* est nécessairement accessoire à son pouvoir de le nommer. Il conclut que nul obstacle constitutionnel n'empêche l'exercice de ce pouvoir.

[5] En toute déférence, je ne suis pas d'accord. En l'absence d'une habilitation découlant d'une disposition législative ou d'une contestation constitutionnelle, une cour de justice n'a pas de compétence institutionnelle pour s'immiscer dans l'affectation de fonds publics. La compétence pour faire respecter sa procédure et constituer une cour de justice confère certes le pouvoir de nommer un *amicus*, mais elle n'accorde pas en soi celui de décider de la rémunération que le procureur général doit verser. La portée de la compétence inhérente d'une cour supérieure ou du pouvoir que possède par inférence nécessaire un tribunal d'origine législative doit respecter les fonctions constitutionnelles et les attributions institutionnelles du législatif, de l'exécutif et du judiciaire. À titre de premiers conseillers juridiques de l'État chargés de l'administration de la justice au nom des provinces, ce sont les procureurs généraux provinciaux, et non les tribunaux, qui déterminent le tarif approprié et rémunèrent les *amici*.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte

[7] Dans les dossiers visés en l'espèce, le tribunal en cause n'a pas statué sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne s'agit pas d'affaires où on a estimé que le procès ne serait pas équitable si l'accusé n'était pas représenté par un avocat. Le juge du procès a plutôt nommé un avocat pour aider l'accusé qui, dans chacun des cas, avait mis fin au mandat de l'avocat de son choix. Il l'a fait pour assurer le bon déroulement du procès ou pour ne pas retarder une instance longue et complexe. Toutefois, dans chacun des cas, le rôle de l'*amicus* s'est apparenté à celui d'un avocat de la défense, sauf que l'accusé ne pouvait mettre fin à son mandat.

[8] In *R. v. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (S.C.J.) (“*Imona Russel #1*”), an *amicus* was appointed, at the request of the Crown, “to ensure the orderly conduct of the trial” (para. 6). The accused had discharged several experienced legal aid counsel and the court had twice refused the accused’s request for an order under s. 24(1) of the *Charter* providing state-funded counsel in order to ensure a fair trial. The role of *amicus* was initially expanded so that he would “defend the case as if he had a client who was choosing to remain mute” (para. 13). Subsequently, at the request of the accused, the trial judge told the *amicus* to take instructions from and act on behalf of the accused as he would in a traditional solicitor-client relationship — except he could not be discharged or withdraw due to a breakdown in the relationship with the accused. Later, after the *amicus* applied for permission to withdraw from the case, the trial judge appointed a senior criminal lawyer to set a budget for the *amicus* and to review, monitor and assess his accounts on an ongoing basis (*R. v. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (S.C.J.) (“*Imona Russel #2*”)).

[9] In *R. v. Whalen*, Sept. 18, 2009, No. 2178/1542 (Ont. Ct. J.), a dangerous offender application, the respondent was unrepresented and had a history of discharging lawyers. He had difficulty finding legal aid counsel, due to a boycott of legal aid cases by many members of Ontario’s criminal defence bar. The judge appointed an *amicus* to “stabilize the litigation process” (A.R., at p. 26). Although the Attorney General had found other counsel who were available to act at legal aid rates, the respondent had developed a relationship of confidence with a particular lawyer who would not accept the legal aid rate. An *amicus* was appointed to establish a solicitor-client relationship with the respondent, with the ability to override the respondent’s instructions in his best interest.

[8] Dans *R. c. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 1* »), un *amicus* a été nommé à la demande du ministère public [TRADUCTION] « pour assurer le bon déroulement du procès » (par. 6). L’accusé avait mis fin aux mandats de plusieurs avocats expérimentés de l’aide juridique, et la cour l’avait débouté deux fois après qu’il eut demandé, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, une ordonnance enjoignant à l’État de lui fournir à ses frais les services d’un avocat de sorte qu’il ait droit à un procès équitable. L’*amicus* a d’abord vu son mandat s’accroître pour englober le fait « d’agir dans l’instance comme s’il représentait un client qui choisissait de garder le silence » (par. 13). Puis, à la demande de l’accusé, la juge du procès a invité l’*amicus* à obtenir des instructions de l’accusé et à agir en son nom comme il le ferait dans le cadre d’une relation classique procureur-client, si ce n’est que son mandat ne pouvait être révoqué et qu’il ne pouvait cesser de représenter l’accusé pour cause de mécontentement avec lui. Plus tard, après que l’*amicus* eut demandé l’autorisation de cesser d’occuper, la juge du procès a confié à un avocat criminaliste chevronné la tâche d’établir un budget pour l’*amicus* et de faire droit ou non, après examen, à ses demandes de paiement au fur et à mesure qu’il les présentait (*R. c. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 2* »)).

[9] Dans *R. c. Whalen*, 18 sept. 2009, n° 2178/1542 (C.J. Ont.), où le ministère public demandait que l’intimé soit déclaré délinquant dangereux, ce dernier n’était pas représenté et avait maintes fois révoqué son avocat. Il avait du mal à se trouver un avocat participant à l’aide juridique en raison d’un boycottage des mandats de l’organisme public par de nombreux avocats criminalistes de l’Ontario. Le juge a nommé un *amicus* afin de [TRADUCTION] « stabiliser l’instance » (d.a., p. 26). Même si le procureur général avait trouvé d’autres avocats disposés à le représenter au tarif de l’aide juridique, l’intimé avait établi une relation de confiance avec une avocate qui refusait d’être rémunérée au tarif de l’aide juridique. Cette avocate a été nommée *amicus* afin d’établir une relation procureur-client avec l’intimé. Elle avait le pouvoir de passer outre aux instructions de l’intimé dans son intérêt.

[10] In *R. v. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (S.C.J.), a former counsel, who had been discharged by one of six co-accused, was appointed as *amicus*. This was done to avoid delay, in the event that the accused could not find counsel ready to act in time. Ultimately, the accused found counsel who was able to proceed without delay and the *amicus* was not required.

[11] In each of these cases, the *amicus* refused to accept the legal aid rate offered by the Attorney General. The trial judge fixed a rate that exceeded the tariff, ordering the Attorney General to pay. The Attorney General appealed all four decisions.

III. Decision of the Court of Appeal, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721

[12] The Court of Appeal considered the four appeals together and affirmed the decisions, as it was of the view that superior and statutory courts have the jurisdiction to appoint *amici* even where s. 24(1) of the *Charter* does not apply and there is no statutory provision for such an appointment. The capacity of a superior court to appoint an *amicus* stems from the court's inherent jurisdiction to act where necessary to ensure that justice can be done. For a statutory court, the capacity stems from the court's power to manage its own process and operate as a court of law, and arises in situations where the court must be able to appoint an *amicus* in order to exercise its statutory jurisdiction.

[13] The Court of Appeal concluded that in order to ensure that serious criminal cases can proceed where difficulty is caused by an unrepresented accused, judges must have the ability to secure the assistance of an *amicus*. To the extent that the ability to fix rates of compensation for *amici* is linked to the capacity to appoint them, it should not be left in the hands of the Attorney General. The court concluded that this authority did not raise any institutional issues or social, economic or political policy concerns.

[10] Dans *R. c. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (C.S.J.), un avocat qui avait déjà occupé dans le dossier, mais dont le mandat avait été révoqué par l'un des six coaccusés, a été nommé *amicus*. Cette nomination a eu lieu afin de ne pas retarder l'instance advenant que l'accusé ne puisse se trouver un avocat disposé à offrir ses services selon le calendrier établi. L'accusé a finalement trouvé un avocat en mesure de le représenter sans délai, si bien que les services de l'*amicus* n'étaient plus nécessaires.

[11] Dans chacun des dossiers, l'*amicus* a refusé l'offre du procureur général de le rémunérer selon le tarif de l'aide juridique. Le juge du procès a fixé un taux supérieur et ordonné au procureur général de rémunérer l'*amicus* en conséquence. Le procureur général a interjeté appel des quatre décisions.

III. L'arrêt de la Cour d'appel, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721

[12] Après examen des quatre appels sur dossier commun, la Cour d'appel a confirmé les décisions. Elle estimait en effet qu'une cour supérieure ou un tribunal d'origine législative peut nommer un *amicus* même lorsque le par. 24(1) de la *Charte* ne s'applique pas et qu'aucune disposition de la loi ne le prévoit. La faculté qu'a une cour supérieure de nommer un *amicus* découle de sa compétence inhérente pour prendre les mesures nécessaires afin que justice puisse être rendue. Celle d'un tribunal d'origine législative découle de son pouvoir de décider de sa propre procédure et de constituer une cour de justice, et elle naît lorsque le tribunal doit être en mesure de nommer un *amicus* pour exercer la compétence que lui confère la loi.

[13] Selon la Cour d'appel, afin qu'une affaire criminelle grave puisse aller de l'avant malgré la non-représentation de l'accusé, le juge doit pouvoir se faire assister par un *amicus*. Dans la mesure où le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus* est lié au pouvoir de nommer ce dernier, il ne doit pas relever du procureur général. La Cour d'appel conclut que ce pouvoir ne soulève ni problèmes institutionnels, ni préoccupations sociales, économiques ou politiques.

IV. Analysis

[14] My colleague Fish J. provides three reasons for finding the power to set the rate of compensation to be incidental to a superior court's inherent jurisdiction and a statutory court's power to control its own processes: (1) the inability to set rates of compensation would unduly weaken the court's appointment power and ability to name the *amicus* of its choice (para. 123); (2) the integrity of the judicial process would be imperilled and should not be dependent upon the Crown (para. 124); and (3) unilateral control by the Attorney General over remuneration might create an apprehension of bias and place an *amicus* in a conflict of interest (para. 125). He concludes that there is no constitutional impediment to vesting such a power in trial judges.

[15] I take a different view. The jurisdiction to appoint an *amicus* does not necessarily imply or require the authority to set a specific rate of compensation. The ability to order the government to make payments out of public funds must be grounded in law and a court's inherent or implied jurisdiction is limited by the separate roles established by our constitutional structure. Absent authority flowing from a constitutional challenge or a statutory provision, exercising such power would not respect the institutional roles and capacities of the legislature, the executive (including the Attorney General), and the judiciary, or the principle that the legislature and the executive are accountable to the public for the spending of public funds.

[16] I propose to explain my conclusion by first addressing the constitutional framework that surrounds the exercise of a superior court's inherent jurisdiction. This framework also applies to the exercise of the jurisdiction implied by the ability of statutory courts to function as courts of law. Second, I will apply that constitutional framework to the particular context of *amicus* appointments.

IV. Analyse

[14] Mon collègue le juge Fish estime que le pouvoir de fixer le taux de rémunération est accessoire à la compétence inhérente d'une cour supérieure et au pouvoir d'un tribunal d'origine législative de faire respecter sa propre procédure, et ce, pour trois raisons : (1) l'impossibilité de fixer le taux de rémunération affaiblirait indûment le pouvoir de nomination du tribunal et sa faculté de nommer l'*amicus* de son choix (par. 123); (2) l'intégrité du processus judiciaire, qui ne devrait pas être fondée sur la confiance envers le ministère public, serait compromise (par. 124); (3) le pouvoir unilatéral du procureur général de déterminer la rémunération pourrait créer une apparence de partialité et placer l'*amicus* dans une situation de conflit d'intérêts (par. 125). Il conclut que nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à l'octroi de ce pouvoir au juge du procès.

[15] Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir de nommer un *amicus* ne suppose pas et n'exige pas nécessairement celui de fixer le taux de sa rémunération. Le pouvoir du tribunal d'ordonner à l'État de payer quelque somme sur les fonds publics doit s'appuyer sur une règle de droit, et la compétence inhérente ou implicite du tribunal est délimitée par les fonctions distinctes qu'établit notre structure constitutionnelle. À défaut d'une habilitation découlant d'une contestation constitutionnelle ou d'une disposition législative, l'exercice d'un tel pouvoir ne respecterait pas les fonctions et les compétences institutionnelles du législatif, de l'exécutif (y compris le procureur général) et du judiciaire, ni le principe voulant que le législateur et l'exécutif soient responsables vis-à-vis des citoyens de l'affectation des fonds publics.

[16] Je me propose d'expliquer ma conclusion en considérant d'abord le cadre constitutionnel dans lequel s'exerce la compétence inhérente d'une cour supérieure, de même que la compétence tacite issue du pouvoir d'un tribunal d'origine législative de constituer une cour de justice. J'appliquerai ensuite ce cadre constitutionnel au contexte particulier de la nomination d'un *amicus*.

A. *The Constitutional Framework*

(1) The Inherent Jurisdiction of Superior Courts

[17] Canada's provincial superior courts are the descendants of the Royal Courts of Justice and inherited the powers and jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation (*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 326-27, *per* Estey J.). As such, superior courts play a central role in maintaining the rule of law, uniformity in our judicial system and the constitutional balance in our country.

[18] The essential nature and powers of the superior courts are constitutionally protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Accordingly, the "core or inherent jurisdiction which is integral to their operations . . . cannot be removed from the superior courts by either level of government, without amending the Constitution" (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15). The rationale for s. 96 has evolved to ensure "the maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role" (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("Provincial Judges Reference"), at para. 88).

[19] In *MacMillan Bloedel*, a majority of this Court described the powers at the core of a superior court's jurisdiction as comprising "those powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law" (para. 38), which define the court's "essential character" or "immanent attribute" (para. 30). The core is "a very narrow one which includes only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system" (*Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, at para. 56, *per* Lamer C.J.).

A. *Le cadre constitutionnel*

(1) La compétence inhérente d'une cour supérieure

[17] Au Canada, les cours supérieures des provinces sont les descendantes des cours royales de justice et elles ont hérité des pouvoirs et de la compétence des cours supérieures, de district ou de comté qui existaient au moment de la Confédération (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 326-327, le juge Estey). Elles jouent donc un rôle central dans le maintien de la primauté du droit, de l'uniformité du système judiciaire et de l'équilibre constitutionnel canadien.

[18] La nature essentielle et les pouvoirs des cours supérieures sont protégés par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, « [a]ucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale [. . .] sans que ne soit modifiée la Constitution » (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15). La raison d'être de l'art. 96 a évolué de manière à garantir « [le] maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 88).

[19] Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*, les juges majoritaires de la Cour considèrent que la compétence fondamentale d'une cour supérieure englobe « les pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit » (par. 38), ce qui confère à la cour son « caractère essentiel » ou « attribut immanent » (par. 30). La compétence fondamentale « est très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l'existence d'une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique » (*Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, par. 56, le juge en chef Lamer).

[20] In his 1970 article, “The Inherent Jurisdiction of the Court”, 23 *Curr. Legal Probs.* 23, which has been cited by this Court on eight separate occasions,¹ I. H. Jacob provided the following definition of inherent jurisdiction:

. . . the inherent jurisdiction of the court may be defined as being the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them. [p. 51]

[21] As noted by this Court in *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24:

These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner” (p. 28).

[22] In spite of its amorphous nature, providing the foundation for powers as diverse as contempt of court, the stay of proceedings and judicial review,

[20] Dans un article paru en 1970 intitulé « The Inherent Jurisdiction of the Court », 23 *Curr. Legal Probs.* 23, que notre Cour cite dans huit arrêts¹, I. H. Jacob propose de définir comme suit la compétence inhérente :

[TRADUCTION] . . . la compétence inhérente de la cour peut être définie comme étant la réserve ou le fonds de pouvoirs, une source résiduelle de pouvoirs à laquelle la cour peut puiser au besoin lorsqu’il est juste ou équitable de le faire et, en particulier, pour veiller à l’application régulière de la loi, empêcher les abus, garantir un procès équitable aux parties et rendre justice. [p. 51]

[21] Comme le fait observer la Cour dans *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24 :

Ces pouvoirs émanent « non pas d’une loi ou d’une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (Jacob, p. 27) pour permettre « de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (p. 28).

[22] Malgré ses contours flous, la théorie de la compétence inhérente, qui fonde des pouvoirs aussi divers que la déclaration d’outrage au tribunal,

¹ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 S.C.R. 549, at pp. 591-92, *per* Wilson J. (granting leave to appeal to a non-party); *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 240 (issuing injunction on the court’s own motion to guarantee access to court facilities); *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 754-55, *per* Gonthier J. (discretion regarding bail); *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 21, *per* Lamer C.J. (stay of criminal proceedings for abuse of process); *MacMillan Bloedel*, at paras. 29-31, *per* Lamer C.J. (punishing for contempt out of court); *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 64, *per* L’Heureux-Dubé J., and at para. 131, *per* Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. (discretion to grant a right of reply in a criminal trial); *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18 (authority to refuse defence counsel’s request to withdraw); *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at paras. 24-34, *per* Binnie J. (granting interim costs).

¹ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 R.C.S. 549, p. 591-592, la juge Wilson (autorisation d’appel accordée à une personne non partie à l’instance); *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 240 (injonction décernée de la propre initiative de la cour pour garantir l’accès aux palais de justice); *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 754-755, le juge Gonthier (pouvoir discrétionnaire en matière de mise en liberté sous caution); *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 21, le juge en chef Lamer (arrêt des procédures criminelles pour cause d’abus de procédures); *MacMillan Bloedel*, par. 29-31, le juge en chef Lamer (condamnation pour outrage au tribunal); *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 64, la juge L’Heureux-Dubé, et par. 131, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache (pouvoir discrétionnaire d’accorder un droit de réplique dans un procès criminel); *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18 (pouvoir de rejeter la requête pour cesser d’occuper présentée par l’avocat de la défense); *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24-34, le juge Binnie (octroi d’une provision pour frais).

the doctrine of inherent jurisdiction does not operate without limits.²

[23] It has long been settled that the way in which superior courts exercise their powers may be structured by Parliament and the legislatures (see *MacMillan Bloedel*, at para. 78, *per* McLachlin J., dissenting on other grounds). As Jacob notes (at p. 24): “. . . the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision” (emphasis added) (see also *Caron*, at para. 32).

[24] Further, even where there are no legislative limits, the inherent jurisdiction of the court is limited by the institutional roles and capacities that emerge out of our constitutional framework and values (see *Provincial Judges Reference*, at para. 108).

[25] These limits were recognized in a thoughtful thesis on inherent jurisdiction written by Jonathan Desjardins Mallette:

[TRANSLATION] As for the unwritten [constitutional] structural principles, they are particularly relevant to determining the limits of the exercise of the inherent jurisdiction of the courts. They require the courts to take into account the structure of our Constitution, which includes other fundamental principles, such as the rule of law and parliamentary supremacy.

(*La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada: origines et fondements*, unpublished LL.M. thesis, Université de Montréal (2007), reproduced in the Attorney General of Quebec’s book of authorities, vol. II, at p. 375.)

[26] With the advent of the *Charter*, the superior courts’ inherent jurisdiction must also support

l’arrêt des procédures et le contrôle judiciaire, ne s’applique pas sans réserves².

[23] Il est établi depuis longtemps que la manière dont les cours supérieures exercent leurs pouvoirs peut être structurée par le Parlement et les législatures (voir *MacMillan Bloedel*, par. 78, la juge McLachlin, dissidente sur d’autres points). Comme le fait observer Jacob (p. 24), [TRADUCTION] « la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l’égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu’elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative » (je souligne) (voir aussi *Caron*, par. 32).

[24] Qui plus est, même lorsqu’il n’y a pas de restrictions législatives, la compétence inhérente de la cour est limitée par les fonctions et les compétences institutionnelles qui se dégagent du cadre et des valeurs constitutionnels (voir *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 108).

[25] Dans sa thèse réfléchie sur la compétence inhérente, Jonathan Desjardins Mallette reconnaît ces limites :

Pour leur part, les principes structurels non écrits sont particulièrement pertinents pour déterminer les limites de l’exercice de la [compétence] inhérente par les tribunaux. Ils obligent les tribunaux à tenir compte de la structure de notre Constitution qui comprend d’autres principes fondamentaux tels que la primauté du droit et la suprématie parlementaire.

(*La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*, mémoire de maîtrise non-publié, Université de Montréal (2007), reproduite dans le recueil de sources du procureur général du Québec, vol. II, p. 375.)

[26] Depuis l’adoption de la *Charte*, la compétence inhérente doit aussi permettre à une

² These limits are a topic that has also been considered by the highest courts in the United Kingdom and Australia, see *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, at paras. 18-22, *per* Lord Dyson J.S.C.; *Batistatos v. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425, at paras. 121-36, *per* Kirby J.

² Ces réserves ont également été examinées par les plus hauts tribunaux du Royaume-Uni et d’Australie : voir *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, par. 18-22, le lord juge Dyson; *Batistatos c. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425, par. 121-136, le juge Kirby.

their independence in safeguarding the values and principles the *Charter* has entrenched in our constitutional order. Thus, the inherent jurisdiction of superior courts provides powers that are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law and the Constitution. It includes those residual powers required to permit the courts to fulfill the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner — subject to any statutory provisions. I would add, however, that the powers recognized as part of the courts' inherent jurisdiction are limited by the separation of powers that exists among the various players in our constitutional order and by the particular institutional capacities that have evolved from that separation.

(2) Separation of Powers

[27] This Court has long recognized that our constitutional framework prescribes different roles for the executive, legislative and judicial branches (see *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70). The content of these various constitutional roles has been shaped by the history and evolution of our constitutional order (see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 49-52).

[28] Over several centuries of transformation and conflict, the English system evolved from one in which power was centralized in the Crown to one in which the powers of the state were exercised by way of distinct organs with separate functions. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent

cour supérieure de préserver avec indépendance les valeurs et les principes consacrés par la *Charte* dans notre régime constitutionnel. Cette compétence confère donc les pouvoirs essentiels à l'administration de la justice et au respect de la primauté du droit et de la Constitution. Elle englobe le pouvoir résiduel dont la cour a besoin pour s'acquitter de sa fonction judiciaire qui consiste à administrer la justice d'une manière régulière, ordonnée et efficace, sous réserve de toute disposition législative. J'ajoute cependant que les pouvoirs dont on reconnaît qu'ils font partie de la compétence inhérente sont balisés par la séparation des pouvoirs entre les différents acteurs dans l'ordre constitutionnel et par les attributions institutionnelles particulières qui ont résulté de cette séparation.

(2) La séparation des pouvoirs

[27] La Cour reconnaît depuis longtemps que notre cadre constitutionnel attribue des fonctions différentes à l'exécutif, au législatif et au judiciaire (voir *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470). La teneur de ces rôles différents a été façonnée par l'histoire et l'évolution de notre ordre constitutionnel (voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49-52).

[28] Au fil de plusieurs siècles de transformation et de conflits, le système anglais est passé d'un régime où la Couronne détenait tous les pouvoirs à un régime où des organes indépendants aux fonctions distinctes les exercent. L'évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l'acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l'État, car lui seul peut autoriser l'affectation de fonds publics. L'exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue

and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

[29] All three branches have distinct institutional capacities and play critical and complementary roles in our constitutional democracy. However, each branch will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others. In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. affirmed the importance of respecting the separate roles and institutional capacities of Canada's branches of government for our constitutional order, holding that "[i]t is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other" (p. 389).³

[30] Accordingly, the limits of the court's inherent jurisdiction must be responsive to the proper function of the separate branches of government, lest it upset the balance of roles, responsibilities and capacities that has evolved in our system of governance over the course of centuries.

[31] Indeed, even where courts have the jurisdiction to address matters that fall within the constitutional role of the other branches of government, they must give sufficient weight to the constitutional responsibilities of the legislative and executive branches, as in certain cases the other branch will be "better placed to make such decisions within a range of constitutional options" (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 37).

³ The normative force of the separation of powers has been recognized by this Court on multiple occasions since *New Brunswick Broadcasting*. See *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 620-21; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 33-34 and 106-11; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paras. 104-5; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 21; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 39-41.

de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

[29] Les trois pouvoirs ont des attributions institutionnelles distinctes et jouent des rôles à la fois cruciaux et complémentaires dans notre démocratie constitutionnelle. Toutefois, un pouvoir ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui. Dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin confirme l'importance de respecter les fonctions et les attributions distinctes des pouvoirs de l'État canadien pour ce qui est de notre ordre constitutionnel et elle conclut qu'« il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune [. . .] n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » (p. 389)³.

[30] Par conséquent, la compétence inhérente de la cour doit être limitée au regard de la fonction propre à chacun des pouvoirs distincts, sous peine de rupture de l'équilibre des fonctions et des attributions issu de l'évolution de notre système de gouvernement au fil des siècles.

[31] En effet, même le tribunal doté du pouvoir de connaître de questions qui relèvent constitutionnellement des autres composantes de l'État doit accorder suffisamment d'importance aux attributions constitutionnelles des pouvoirs législatif et exécutif car, dans certains cas, l'autre pouvoir « est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles » (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 37).

³ Depuis cet arrêt, notre Cour a maintes fois reconnu la force normative de la séparation des pouvoirs. Voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 620-621; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 33-34 et 106-111; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 104-105; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 21; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 39-41.

(3) The Administration of Justice in the Provinces

[32] The framers of our Constitution established a delicate balance between the federal and provincial governments, anchored by s. 96 courts, whose independence and core jurisdiction and powers provide a unified, national judicial presence (see *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728). While the federal government is responsible for the appointment of s. 96 judges, the Constitution has charged the provinces with the responsibility for the administration of justice in the provinces (*Constitution Act, 1867*, s. 92(14)).

[33] Pursuant to this power, the provincial legislatures enact laws and adopt regulations pertaining to courts, rules of court and civil procedure, or delegate this function to another body. They also pass laws to provide the infrastructure and staff necessary to operate the courts and establish schemes to provide legal representation to persons involved in court proceedings. The provincial legislature votes the funds necessary to operate the justice system within the province, and the executive, mainly through the office of the Attorney General, is charged with the responsibility of administering these funds and, more broadly, the administration of justice itself. As Dickson J. stated in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at p. 200: “Since Confederation, the provincial departments of the Attorney General have in practice ‘administered justice’ in the broadest sense, at great expense to the taxpayers”

(4) Role of the Attorney General in the Administration of Justice on Behalf of the Province

[34] The first reference to the “*attornatus regis*” — the King’s Attorney — dates back to the

(3) L’administration de la justice dans les provinces

[32] Les auteurs de la Constitution ont établi entre les gouvernements fédéral et provinciaux un subtil équilibre, fondé sur l’art. 96, une disposition qui vise des cours dont l’indépendance ainsi que la compétence et les pouvoirs fondamentaux garantissent une présence judiciaire nationale unifiée (voir *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728). Bien qu’il revienne au gouvernement fédéral de nommer les juges des cours visées à l’art. 96, la Constitution confie aux provinces l’administration de la justice dans les provinces (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14)).

[33] Dans l’exercice de ce pouvoir, les législatures provinciales édictent des lois et prennent des règlements sur les tribunaux, les règles de procédure et la procédure civile, ou elles délèguent cette fonction à une autre entité. En outre, elles adoptent des lois pour assurer aux tribunaux l’infrastructure et le personnel nécessaires à leur fonctionnement, et elles créent des programmes qui permettent la représentation par avocat d’une partie à une instance judiciaire. La législature provinciale vote les fonds nécessaires au fonctionnement du système de justice dans la province, et l’exécutif, surtout par l’intermédiaire du bureau du procureur général, est chargé de la gestion de ces fonds et, de façon plus générale, de l’administration de la justice elle-même. Comme l’a affirmé le juge Dickson dans *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, p. 200, « [d]epuis la Confédération, ce sont les procureurs généraux des provinces qui, en pratique, ont vu à “l’administration de la justice” au sens le plus large de l’expression. Ce sont les contribuables provinciaux qui en ont assumé les frais élevés ».

(4) Le rôle du procureur général dans l’administration de la justice au nom de la province

[34] La première mention de l’« *attornatus regis* » — le procureur du Roi — remonte au 13^e siècle

13th century (J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 16). The role of Attorney General was carried into Canada in the 18th century, with the first Attorney General of Upper Canada being appointed in 1791 (P. Romney, *Mr Attorney: The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899* (1986), at pp. 6-7). The role was continued by the *Constitution Act, 1867*, as s. 63 explicitly mentions the Attorney General as one of the officers of the Executive Council of Ontario.

[35] The Attorney General of Ontario, on behalf of the executive, acts pursuant to the province's responsibility under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* for the administration of justice. As Chief Law Officer of the Crown, the Attorney General has special responsibilities to uphold the administration of justice (see, for example, *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5). Idington J. noted in *In re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434, at p. 443, that "custom, tradition and constitutional usage, hav[e] charged [the Attorney General] with the administration of justice within the province as his primary duty".

[36] The Attorney General remunerates various participants in the criminal justice system — including provincial Crown counsel, court reporters, interpreters, registrars and law clerks. The Attorney discharges his obligation to provide counsel for indigent accused through the establishment of legal aid programs (see *R. v. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Defence counsel appointed under s. 24(1) of the *Charter* (see, for instance, *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)) are funded directly by the Attorney General. This does not create an apprehension of bias or a conflict of interest. Instead, this role is consistent with the Attorney's responsibilities and public accountability. Indeed, even provincial court judges are paid by the provincial Attorneys General and are still seen as independent (see *Provincial Judges Reference*).

(J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), p. 16). La fonction de procureur général a vu le jour au Canada au 18^e siècle lors de la nomination du premier procureur général du Haut-Canada en 1791 (P. Romney, *Mr Attorney : The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet and Legislature 1791-1899* (1986), p. 6-7). La fonction a été reconduite dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le procureur général faisant partie des officiers du conseil exécutif d'Ontario énumérés à l'art. 63.

[35] Au nom de l'exécutif, le procureur général de l'Ontario exerce sa fonction en application de la compétence reconnue à la province au par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'administration de la justice. En tant que premier conseiller juridique de l'État, il jouit d'attributions particulières pour assurer l'administration de la justice (voir par exemple la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5). Dans *In re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434, p. 443, le juge Idington fait remarquer que [TRADUCTION] « la coutume, la tradition et l'usage constitutionnel [ont] chargé [le procureur général] de l'administration de la justice dans la province, sa fonction principale ».

[36] Le procureur général rémunère les divers participants du système judiciaire pénal, y compris les procureurs de la Couronne provinciale, les sténographes, les interprètes, les greffiers et les auxiliaires juridiques. Il s'acquitte de son obligation constitutionnelle d'assurer la représentation par avocat de l'accusé impécunieux par l'établissement de programmes d'aide juridique (voir *R. c. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481 (C.A.)). De plus, l'avocat de la défense nommé en application du par. 24(1) de la *Charte* (voir par exemple *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)) est rémunéré directement par lui, ce qui ne fait naître aucune crainte de partialité ou de conflit d'intérêts. Au contraire, ce faisant, le procureur général respecte ses attributions et sa responsabilité publique. En effet, même les juges des cours provinciales sont rémunérés par les procureurs généraux des provinces et ils sont néanmoins tenus pour indépendants (voir *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*).

[37] The Attorney General is not an ordinary party. This special character manifests itself in the role of Crown attorneys, who, as agents of the Attorney General, have broader responsibilities to the court and to the accused, as local ministers of justice (see *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24, *per* Rand J.; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at pp. 191-92, *per* Lamer J.).

(5) Limitations on the Courts' Inherent Jurisdiction in the Context of the Administration of Justice

[38] It is vital that each branch of government respect its proper institutional role and capacity in the administration of justice, in accordance with the Constitution and public accountability.

[39] Section 96 judges possess inherent power to make orders necessary to protect the judicial process and the rule of law. The courts must of course safeguard their own constitutional independence to assure the fairness of the judicial process and to protect the rights and freedoms of Canadians that are entrusted to them under the *Charter*. As the Canadian Judicial Council noted in its 2006 report, “[i]t is crucial to bear in mind that inherent powers, by definition, inhere in courts and their jurisdiction and so cannot be analysed independently of the role the judiciary is expected to play in the constitutional structure” (*Alternative Models of Court Administration* (2006) (online), at p. 46). As such, these powers are exercised within the framework for the administration of justice that the province has established.

[40] As the Court made clear in the *Provincial Judges Reference*, judicial independence includes a core administrative component, which extends to administrative decisions that bear “directly and immediately on the exercise of the judicial function” (para. 117). These were listed in *Valente*

[37] Le procureur général n'est pas une partie à l'instance comme une autre. Sa singularité se manifeste par le rôle dévolu au procureur de la Couronne qui, à titre de représentant du procureur général, a des obligations accrues envers la cour et envers l'accusé en tant que représentant local de la justice (voir *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24, le juge Rand; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 191-192, le juge Lamer).

(5) Les limites de l'exercice de la compétence inhérente de la cour dans le contexte de l'administration de la justice

[38] Il est fondamental que chacun des pouvoirs de l'État respecte ses justes fonction et attribution institutionnelles en matière d'administration de la justice, conformément à la Constitution et à la responsabilité publique.

[39] Les cours visées à l'art. 96 possèdent le pouvoir inhérent de rendre les ordonnances nécessaires à la protection du processus judiciaire et de la primauté du droit. Elles doivent évidemment défendre leur propre indépendance constitutionnelle afin d'assurer l'équité de ce processus et de s'acquitter de leur obligation de protéger les droits et libertés que la *Charte* garantit aux Canadiens. Comme le signalait le Conseil canadien de la magistrature dans son rapport de 2006, « [i]l est essentiel d'avoir à l'esprit que les pouvoirs inhérents, par définition, sont inhérents aux tribunaux et à leur compétence de sorte qu'ils ne peuvent pas être analysés indépendamment du rôle que le pouvoir judiciaire est appelé à exercer dans la structure constitutionnelle » (*Modèles d'administration des tribunaux judiciaires* (2006) (en ligne), p. 52). Ces fonctions sont donc exercées à l'intérieur du cadre d'administration de la justice établi par la province.

[40] Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, la Cour dit clairement que l'indépendance judiciaire comporte un volet administratif essentiel, lequel englobe les décisions administratives qui portent « directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires » (par. 117).

v. *The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 709, as including:

. . . assignment of judges, sittings of the court, and court lists — as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions . . .

As this Court went on to hold in *Valente*, at pp. 711-12, while greater administrative autonomy or independence may be desirable, it is not essential to judicial independence (see also *Provincial Judges Reference*, at para. 253).

[41] The proper constitutional role of s. 96 courts does not permit judges to use their inherent jurisdiction to enter the field of political matters such as the allocation of public funds, absent a *Charter* challenge or concern for judicial independence. For this reason, it is generally accepted that courts of inherent jurisdiction do not have the power to appoint court personnel. Staffing the courts is the responsibility of the provincial government.

[42] Of course, a complaint that inadequate funding risks undermining the justice system may be subject to court oversight, whether by way of a *Charter* application or a challenge based on the constitutional principle of judicial independence, as was the case in the *Provincial Judges Reference*, where the closure of the Manitoba courts by withdrawing court staff on a series of Fridays, as a part of a wider deficit-reduction effort, was found unconstitutional (paras. 269-76).

[43] However, the allocation of resources between competing priorities remains a policy and economic question; it is a political decision and the legislature and the executive are accountable to the people for it.

Dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 709, elle précise qu'il s'agit notamment de ce qui suit :

. . . l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions . . .

Comme elle ajoute dans *Valente*, p. 711-712, une plus grande autonomie ou indépendance administrative peut se révéler souhaitable, mais elle n'est pas essentielle à l'indépendance judiciaire (voir aussi *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 253).

[41] La fonction constitutionnelle propre aux cours visées à l'art. 96 ne permet pas aux juges d'invoquer leur compétence inhérente pour s'immiscer dans un domaine relevant de la politique, comme l'affectation de fonds publics, sauf contestation fondée sur la *Charte* ou crainte d'atteinte à l'indépendance judiciaire. C'est pourquoi il est généralement admis que les cours dotées d'une compétence inhérente n'ont pas le pouvoir de nommer les membres de leur personnel. La dotation en personnel des tribunaux relève en effet du gouvernement provincial.

[42] On peut certes faire valoir devant un tribunal que le financement insuffisant compromet le système de justice, que ce soit en invoquant la *Charte* ou le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire. On l'a fait dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, où la Cour a jugé inconstitutionnelle la fermeture des tribunaux manitobains par le retrait du personnel plusieurs vendredis de suite aux fins d'un programme général de réduction du déficit (par. 269-276).

[43] Il demeure toutefois que l'affectation des ressources en fonction de priorités concurrentes relève de la politique et de l'économie; cette mesure ressortit au législatif et à l'exécutif, qui en sont responsables vis-à-vis de la population.

B. *Amici Curiae and the Inherent Jurisdiction of the Court*

(1) Appointing Amici

[44] While courts of inherent jurisdiction have no power to appoint the women and men who staff the courts and assist judges in discharging their work, there is ample authority for judges appointing *amici curiae* where this is necessary to permit a particular proceeding to be successfully and justly adjudicated.

[45] *Amici curiae* have long played a role in our system of justice. As early as the mid-14th century, the common law courts from which our superior courts are descended received the assistance of *amici* (see S. C. Mohan, “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] *S.J.L.S.* 352, at pp. 356-60). Indeed, as one scholar has noted, “[t]here can be no doubt as to the age and wide acceptance of the *amicus curiae*. As to its origin, on the other hand, there is a great deal of doubt. Like so many things of great age, its roots are lost even though the practice still continues” (F. M. Covey, Jr., “*Amicus Curiae*: Friend of the Court” (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30, at p. 33). A number of cases have recognized the practice; in addition, there are statutory provisions that provide for the appointment of an *amicus* in certain circumstances.⁴

[46] A court’s inherent jurisdiction to appoint an *amicus* in criminal trials is grounded in its authority to control its own process and function as a court of law. Much like the jurisdiction to exercise

⁴ In civil matters in Ontario, Rule 13.02 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, permits a court to appoint a friend of the court for the purpose of rendering assistance by way of argument. In this Court, Rule 92 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, permits the Court or a judge to appoint an *amicus* in an appeal, while s. 53(7) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, provides for the appointment of an *amicus* to argue in favour of an unrepresented interest where the Governor in Council has referred a matter to the Court for its consideration, and authorizes the Minister of Finance to pay the reasonable expenses of counsel out of funds authorized by Parliament for expenses of litigation.

B. *L’amicus curiae et la compétence inhérente de la cour*

(1) Nomination de l’amicus

[44] Bien qu’une cour dotée de la compétence inhérente ne puisse nommer les membres de son personnel appelés à appuyer ses juges dans leur travail, une abondante jurisprudence veut qu’elle puisse nommer un *amicus* lorsque cette mesure s’impose afin que justice puisse être rendue dans une instance en particulier.

[45] La fonction d’*amicus curiae* existe depuis longtemps dans notre système de justice. Dès le milieu du 14^e siècle, les cours de common law, les ancêtres de nos cours supérieures, ont bénéficié des services d’*amici* (voir S. C. Mohan, « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] *S.J.L.S.* 352, p. 356-360). En effet, comme le fait observer un auteur, [TRADUCTION] « [l]’ancienneté et la reconnaissance générale de la fonction d’*amicus curiae* ne font aucun doute. Ses origines sont en revanche assez incertaines. À l’instar de tant de choses anciennes, l’institution existe toujours même si on ne peut déterminer son origine » (F. M. Covey, Jr., « *Amicus Curiae* : Friend of the Court » (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30, p. 33). Non seulement la fonction d’*amicus* est reconnue par la jurisprudence, mais des dispositions législatives prévoient la nomination d’un *amicus* dans certaines situations⁴.

[46] La compétence inhérente de la cour pour nommer un *amicus* lors d’un procès criminel s’appuie sur son pouvoir de faire respecter sa propre procédure et de constituer une cour de justice.

⁴ En Ontario, dans les affaires civiles, le tribunal est habilité par la règle 13.02 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, à nommer un ami de la cour appelé à l’aider par la formulation d’arguments. Notre Cour ou un de ses juges peut, suivant la règle 92 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, nommer un *amicus* dans le cas d’un appel. Le par. 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, prévoit la nomination d’un *amicus* pour défendre un intérêt non représenté lorsque le gouverneur en conseil soumet une question au jugement de la Cour, et il autorise le ministre des Finances à payer les frais raisonnables alors engagés par l’avocat, sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice.

control over counsel when necessary to protect the court's process that was recognized in *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18, the ability to appoint *amici* is linked to the court's authority to "request its officers, particularly the lawyers to whom the court afforded exclusive rights of audience, to assist its deliberations" (B. M. Dickens, "A Canadian Development: Non-Party Intervention" (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666, at p. 671).

[47] Thus, orders for the appointment of *amici* do not cross the prohibited line into the province's responsibility for the administration of justice, provided certain conditions are met. First, the assistance of *amici* must be essential to the judge discharging her judicial functions in the case at hand. Second, as my colleague Fish J. observes, much as is the case for other elements of inherent jurisdiction, the authority to appoint *amici* should be used sparingly and with caution, in response to specific and exceptional circumstances (para. 115). Routine appointment of *amici* because the defendant is without a lawyer would risk crossing the line between meeting the judge's need for assistance and the province's role in the administration of justice.⁵

[48] So long as these conditions are respected, the appointment of *amici* avoids the concern that it improperly trenches on the province's role in the administration of justice.

Par analogie avec la mesure prise à l'égard d'un avocat pour faire respecter sa procédure — dont la Cour reconnaît la légitimité dans *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18 —, la nomination d'un *amicus* se rattache au pouvoir de la cour de [TRADUCTION] « demander aux auxiliaires de justice, en particulier les avocats auxquels elle accorde le droit exclusif de plaider devant elle, de l'aider dans l'accomplissement de sa tâche » (B. M. Dickens, « A Canadian Development : Non-Party Intervention » (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666, p. 671).

[47] La nomination judiciaire d'un *amicus* n'empiète donc pas sur la compétence de la province en matière d'administration de la justice, dès lors que certaines conditions sont réunies. Premièrement, le juge doit avoir besoin de l'aide d'un *amicus* pour s'acquitter de ses fonctions dans l'affaire en cause. Deuxièmement, comme le fait observer mon collègue le juge Fish, à l'instar d'autres éléments de la compétence inhérente, le pouvoir de la cour de nommer un *amicus* doit être exercé parcimonieusement et avec circonspection, et dans une situation particulière et exceptionnelle (par. 115). La nomination automatique d'un *amicus* chaque fois qu'un défendeur n'est pas représenté pourrait ne plus viser à répondre au besoin d'assistance du juge, mais relever de l'administration de la justice, laquelle ressortit à la province⁵.

[48] Lorsque ces conditions sont respectées, la nomination d'un *amicus* n'empiète pas sur la fonction provinciale d'administration de la justice.

⁵ Making use of *amici* in this manner is not universally endorsed. In the United Kingdom, the Attorney General and Lord Chief Justice jointly issued guidance to the judiciary regarding the use of advocates to the court, as *amici* are known there (see "Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court", reproduced in Lord Goldsmith, "Advocate to the Court", *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online)). This guidance specified that advocates to the court are traditionally appointed on points of law and do not normally lead evidence, examine witnesses, and, in particular, are not to be appointed solely because an accused is unrepresented (para. 4).

⁵ Cette conception du recours à l'*amicus* ne fait pas l'unanimité. Au Royaume-Uni, le procureur général et le lord juge en chef ont formulé de concert des lignes directrices destinées à la magistrature sur le recours à l'*advocate to the court*, l'équivalent de notre *amicus* (voir « Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court », reproduit dans Lord Goldsmith, « Advocate to the Court », *Law Society Gazette*, 1^{er} février 2002 (en ligne)). Ces lignes directrices précisent qu'un *advocate to the court* est habituellement nommé pour clarifier un point de droit et ne présente habituellement pas d'éléments de preuve, ni n'interroge de témoins et, en particulier, sa nomination ne tient pas uniquement au fait que l'accusé n'est pas représenté (par. 4).

(2) Amici as Defence Counsel

[49] Further, I agree with my colleague Fish J. that “[o]nce clothed with all the duties and responsibilities of defence counsel, the *amicus* can no longer properly be called a ‘friend of the court’” (para. 114). *Amici* and court-appointed defence counsel play fundamentally different roles (see D. Berg, “The Limits of Friendship: the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts” (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67, at pp. 72-74).

[50] The issue of whether it was appropriate to appoint *amici* to effectively act as defence counsel was raised by the Attorney General of Quebec and the Attorney General of British Columbia, who were interveners in this Court. It was not challenged by the Attorney General of Ontario. However, to the extent that the terms for the appointment of *amici* mirror the responsibilities of defence counsel, they blur the lines between those two roles, and are fraught with complexity and bristle with danger.

[51] First, the appointment of *amici* for such a purpose may conflict with the accused’s constitutional right to represent himself (see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 972).

[52] Second, it can also defeat the judicial decision to refuse to grant state-funded counsel following an application invoking the accused’s fair trial rights under the *Charter*. For instance, by expanding the role of the *amicus*, first to act as though he was defending a client who remained mute, and later to take instructions from the accused, the trial judge in *Imona Russel* undermined the court’s earlier decisions to deny state-funded defence counsel.

[53] Third, there is an inherent tension between the duties of an *amicus* who is asked to represent the interests of the accused, especially where

(2) L’amicus appelé à exercer la fonction d’avocat de la défense

[49] Par ailleurs, je conviens avec mon collègue le juge Fish que « [d]ès que les devoirs et les obligations d’un avocat de la défense lui incombent, [l’*amicus*] ne peut plus être considéré à juste titre comme l’“ami de la cour” » (par. 114). L’*amicus* et l’avocat de la défense nommé par la cour jouent des rôles foncièrement différents (voir D. Berg, « The Limits of Friendship : the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67, p. 72-74).

[50] Intervenants devant notre Cour, les procureurs généraux du Québec et de la Colombie-Britannique soulèvent la question de savoir s’il est approprié de nommer un *amicus* pour tenir lieu dans les faits d’avocat de la défense. Le caractère approprié de cette nomination n’est pas contesté par le procureur général de l’Ontario. Toutefois, dans la mesure où le mandat de l’*amicus* s’apparente à celui de l’avocat de la défense, la ligne de séparation entre ces deux fonctions est brouillée et des complications et des risques en résultent.

[51] Premièrement, la nomination d’un *amicus* pour représenter un accusé peut aller à l’encontre du droit constitutionnel de ce dernier d’assurer sa propre défense (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 972).

[52] Deuxièmement, elle peut aussi aller à l’encontre de la décision de ne pas accorder les services d’un avocat rémunéré par l’État rendue par un tribunal saisi d’une demande fondée sur le droit constitutionnel de l’accusé à un procès équitable. Par exemple, dans *Imona Russel*, en élargissant le rôle de l’*amicus*, d’abord pour agir dans l’instance comme s’il défendait un client qui choisissait de garder le silence, puis pour représenter l’accusé conformément à ses instructions, la juge du procès a court-circuité le refus initial des services d’un avocat rémunéré par l’État.

[53] Troisièmement, il existe une tension inhérente entre les obligations de l’*amicus* auquel on demande de représenter l’accusé, surtout lorsqu’il

counsel is taking instructions, as in *Imona Russel* and *Whalen*, and the separate obligations of the *amicus* to the court. This creates a potential conflict if the *amicus*' obligations to the court require legal submissions that are not favourable to the accused or are contrary to the accused's wishes. Further, the privilege that would be afforded to communications between the accused and the *amicus* is muddled when the *amicus*' client is in fact the trial judge.

[54] Thus, it seems to me that this current practice of appointing *amici* as defence counsel blurs the traditional roles of the trial judge, the Crown Attorney as a local minister of justice and counsel for the defence. Further, the use of *amici* to assist a trial judge in fulfilling her duty to assist an unrepresented accused might result in a trial judge doing something indirectly that she cannot do directly. While trial judges are obliged to assist unrepresented litigants, they are not permitted to give them strategic advice. Where an *amicus* is assigned and is instructed to take on a solicitor-client role, as in *Imona Russel* and *Whalen*, the court's lawyer takes on a role that the court is precluded from taking.

[55] Finally, there is a risk that appointing *amici* with an expanded role will undermine the provincial legal aid scheme. In this case, the Ontario legislature had passed the *Legal Aid Services Act, 1998*, S.O. 1998, c. 26, which provides for the representation of indigent accused. The inherent or implied jurisdiction of a court cannot be exercised in a way that would circumvent or undermine those laws. Absent a constitutional challenge, the judicial exercise of inherent or implied jurisdiction must operate within the framework of duly enacted legislation and regulations.

[56] For all these reasons, I conclude that a lawyer appointed as *amicus* who takes on the role of defence counsel is no longer a friend of the court.

agit sur les instructions de ce dernier, comme dans *Imona Russel* et *Whalen*, et ses obligations distinctes envers la cour. Un conflit pourrait en résulter si les obligations de l'*amicus* envers la cour l'obligeaient à faire valoir des points de droit qui ne sont pas favorables à l'accusé ou qui sont contraires aux vœux de ce dernier. Qui plus est, le privilège dont feraient l'objet les communications entre l'accusé et l'*amicus* serait compromis dans la mesure où le client de l'*amicus* serait en réalité le juge du procès.

[54] Il appert donc que la pratique actuelle de confier à l'*amicus* le mandat de défendre l'accusé brouille la délimitation traditionnelle des fonctions respectives du juge du procès, du procureur de la Couronne en tant que représentant local de la justice et de l'avocat de la défense. De plus, en ayant recours à un *amicus* pour mieux s'acquitter de son obligation d'aider l'accusé non représenté, le juge du procès pourrait faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement. Le juge du procès est certes tenu d'assister le plaideur non représenté, mais il ne lui est pas permis de donner des conseils d'ordre stratégique. Lorsque, comme dans les affaires *Imona Russel* et *Whalen*, un *amicus* est nommé puis se voit confier le mandat de représenter l'accusé comme dans le cadre d'une relation procureur-client, l'avocat de la cour exerce une fonction que la cour n'a pas elle-même le droit d'exercer.

[55] Enfin, la nomination d'un *amicus* au mandat élargi risque de porter atteinte au régime d'aide juridique de la province, en l'occurrence la *Loi de 1998 sur les services d'aide juridique*, L.O. 1998, ch. 26, que le législateur ontarien a adoptée afin que l'accusé impécunieux puisse être représenté. Le tribunal ne saurait exercer sa compétence inhérente ou tacite de manière à contourner cette loi ou à l'affaiblir. À moins d'une contestation constitutionnelle, le tribunal doit exercer sa compétence inhérente ou tacite dans le respect des dispositions législatives et réglementaires dûment adoptées.

[56] Pour toutes ces raisons, je conclus qu'une fois nommé *amicus*, l'avocat qui accepte de tenir le rôle d'avocat de la défense n'est plus l'ami de la cour.

(3) Compensating Amici(a) *The Auckland Harbour Principle*

[57] I agree with my colleague Fish J. that the principle stated by the Privy Council in *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318, that “no money can be taken out of the consolidated Fund into which the revenues of the State have been paid, excepting under a distinct authorization from Parliament itself” (p. 326), does not resolve the issue before us.

[58] However, the *Auckland Harbour* principle highlights the limits of the court’s role in the administration of justice, a role that is based on history, convention, competence and capacity. As already noted, the government of the day bears the responsibility for weighing public priorities and then allocating the resources and designing the programs required to act on its policy choices.

[59] Obviously, court decisions can have ancillary financial consequences. Moving to larger venues for jury selections involving a number of panels, or continuing a sitting of the court late into the day, incurring overtime expenses for court staff, implicate greater costs for the public purse. Yet, they are legitimate exercises of a court’s inherent jurisdiction to control its own process. In much the same way, an order appointing an *amicus* does not take on the character of an appropriation, but rather is one of the countless decisions that may be taken by a court that will have incidental consequences for the public purse.

[60] However, an order that the Attorney General must provide compensation at a particular rate goes beyond an order with ancillary financial consequences, and becomes an order directing the Attorney General to pay specific monies out of public funds. Such orders must be grounded in law.

(3) La rémunération de l’amicusa) *Le principe de l’arrêt Auckland Harbour*

[57] Je conviens avec mon collègue le juge Fish que le principe énoncé par le Conseil privé dans l’arrêt *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318, à savoir que [TRADUCTION] « nulle somme ne peut être prélevée sur le Trésor constitué des recettes de l’État, sauf autorisation distincte du Parlement lui-même » (p. 326), ne permet pas de trancher en l’espèce.

[58] Ce principe met toutefois en évidence les limites de l’apport judiciaire à l’administration de la justice, un apport dont la teneur tient à l’histoire, aux conventions, à la compétence et à l’expertise. Rappelons qu’il incombe au gouvernement au pouvoir de déterminer les priorités publiques, puis d’affecter des ressources et de concevoir les programmes qui s’imposent.

[59] De toute évidence, une décision judiciaire peut accessoirement avoir des conséquences financières. Faire siéger le tribunal dans un autre lieu plus peuplé pour y sélectionner des jurés et dresser plusieurs tableaux, ou poursuivre l’audience jusqu’à une heure tardive et occasionner ainsi le paiement d’heures supplémentaires au personnel de la cour, accroît les coûts. Pourtant, de telles mesures résultent d’un exercice légitime de la compétence inhérente de la cour en vue de faire respecter sa propre procédure. De même, à bien des égards, l’ordonnance portant nomination d’un *amicus* ne revêt pas le caractère d’une affectation, mais compte plutôt parmi les innombrables mesures judiciaires qui ont accessoirement une incidence sur les fonds publics.

[60] Toutefois, l’ordonnance qui enjoint au procureur général de rémunérer une personne selon un taux précis n’est plus une ordonnance qui a une incidence financière accessoire, mais bien une ordonnance qui somme le procureur général de verser telle somme prélevée sur le trésor. Or, une telle ordonnance doit s’appuyer sur une règle de droit.

[61] If not derived from a *Charter* challenge or authorized by specific statutory authority, the jurisdiction to fix the compensation of *amici* must be found within a court's inherent or implied jurisdiction.

(b) *Does the Courts' Inherent or Implied Jurisdiction Extend to Setting Rates of Compensation for Amici and Ordering the Province to Pay?*

[62] The question is whether a judge, acting properly in the exercise of her inherent or implied jurisdiction, can fix the rate of payment of an *amicus curiae* and order the province to pay the *amicus* out of public funds.

[63] The Court of Appeal's approach rests on the premise that the inherent or implied power to appoint an *amicus* would be meaningless unless the court has the authority to ensure that rates of compensation will be adequate to retain the *amicus of its choice*. The submission is that it will sometimes be necessary for the court to name a specific person as *amicus* in order to manage or salvage a high-risk trial. Without the power to fix a rate of compensation, it is argued that the court's ability to ensure the effective conduct of a trial is weakened and the judicial process imperilled.

[64] I agree that the courts have the jurisdiction to set terms to give effect to their authority to appoint *amici*. However, I do not accept the premise that the court's ability to fix rates of compensation for an *amicus* is essential to the power to appoint *amici*, or that its absence imperils the judiciary's ability to administer justice according to law in a regular, orderly and effective manner. To the contrary, the spectre of trial judges fixing and managing the fees of *amici* imperils the integrity of the judicial process.

[61] S'il ne découle pas d'une contestation fondée sur la *Charte* ou d'une autorisation légale expresse, le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus* doit s'originer de la compétence inhérente ou tacite de la cour.

b) *Sa compétence inhérente ou tacite permet-elle à la cour de déterminer la rémunération de l'amicus et d'ordonner à la province de la lui verser?*

[62] La question est celle de savoir si, dans l'exercice de sa compétence inhérente ou tacite, la cour peut à bon droit fixer le taux de rémunération de l'*amicus curiae* et ordonner à la province de payer ces honoraires sur le Trésor.

[63] Le raisonnement de la Cour d'appel a pour la prémisse que le pouvoir inhérent ou tacite de nommer l'*amicus* est vide de sens si la cour ne peut faire en sorte que les fonds affectés à la rémunération de l'*amicus* lui permettent de retenir les services de la personne *de son choix*. On fait valoir que la cour devra parfois, pour gérer un procès où le risque d'échec est élevé, ou pour le mener à terme, recourir aux services d'une personne en particulier à titre d'*amicus*. Sans le pouvoir de déterminer sa rémunération, la cour serait moins en mesure d'assurer le bon déroulement du procès, et le processus judiciaire serait compromis.

[64] Je conviens que pour donner effet à son pouvoir de nommer un *amicus*, la cour a la compétence voulue pour fixer les conditions du mandat. Cependant, je disconviens que la faculté de déterminer la rémunération de l'*amicus* est essentielle à l'exercice du pouvoir de nommer l'*amicus*, ou que son inexistence empêche la cour de rendre justice dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace. Au contraire, l'intégrité du processus judiciaire serait compromise si le juge du procès pouvait déterminer la rémunération de l'*amicus* et ordonner son paiement.

(i) Necessity

[65] Historically, courts have effectively appointed *amici* without the need to fix the rate of compensation. There is no dispute that a court has the ability to specify the general qualifications required for the task at hand. The Attorney General has the obligation to pay what is constitutionally adequate to serve the needs of the courts.

[66] As well, the experience with *Rowbotham* orders over the last two and a half decades has confirmed an attitude of restraint, as, even in those *Charter* cases, courts have not considered it necessary to direct the rates to be paid to state-funded lawyers appointed to represent the accused. A number of appellate courts have considered the issue and found it unnecessary to direct the rate of compensation (see *R. v. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. v. Cai*), at para. 9; *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187, at para. 73; *Peterman*, at para. 30). This is in line with the approach outlined by this Court in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 104, where a rate of remuneration for state-funded counsel was not specified.

[67] However, this is not to say that an order fixing rates of remuneration under the *Charter* is precluded, as s. 24(1) “should be allowed to evolve to meet the challenges and circumstances of [the case]” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 59). It remains open to a court of competent jurisdiction to award such a remedy where a *Charter* right is at stake and it is appropriate and just to do so.

[68] Furthermore, this is not a case like *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374, where s. 694.1(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provided statutory authority for the Registrar of this Court to fix the fair and reasonable fees and disbursements of counsel appointed by the Court pursuant to s. 694.1(1), where counsel and the

(i) La nécessité

[65] Dans le passé, les tribunaux ont effectivement nommé des *amici* même s'ils n'avaient pas le pouvoir de déterminer leur rémunération. Nul ne conteste qu'il est loisible à la cour de préciser les qualifications générales requises pour s'acquitter du mandat. Il incombe au procureur général de payer la somme qui convient au regard de la Constitution pour répondre aux besoins des tribunaux.

[66] En outre, les ordonnances de type *Rowbotham* rendues au cours des 25 dernières années confirment la retenue judiciaire en cette matière, car même dans les affaires liées à la *Charte*, les tribunaux n'ont pas jugé nécessaire de prescrire le tarif de la rémunération des avocats commis d'office par l'État pour représenter l'accusé. Saisies de la question, des cours d'appel n'ont pas estimé nécessaire de fixer le taux de la rémunération (voir *R. c. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. c. Cai*), par. 9; *R. c. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187, par. 73; *Peterman*, par. 30). Cette approche est dans le droit fil de celle de notre Cour dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 104, où le taux de rémunération d'un avocat rémunéré par l'État n'a pas été fixé.

[67] Une ordonnance peut toutefois être rendue à cet égard sur le fondement de la *Charte*, car le par. 24(1) « doit pouvoir évoluer de manière à relever les défis et à tenir compte des circonstances de [l'espèce] » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 59). Il demeure loisible à la cour compétente d'accorder une telle réparation lorsqu'un droit garanti par la *Charte* est en jeu et qu'il est à la fois indiqué et juste de le faire.

[68] Qui plus est, la présente affaire ne s'apparente pas à *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374, où le par. 694.1(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, conférait au registraire de la Cour le pouvoir légal de fixer les honoraires et les débours justes et raisonnables de l'avocat nommé par la Cour en application du par. 694.1(1) lorsque le procureur

Attorney General could not agree, or *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), where the Attorney General in effect delegated to the court the task of finding an independent prosecutor for contempt proceedings that had been brought against Crown officials in order to avoid the appearance of a conflict of interest (para. 18); counsel for the Attorney General conceded that the court had jurisdiction to fix compensation (para. 13). Apart from these two cases and the cases at bar, I have not been directed to, nor have I been able to find, any appellate decision which has concluded that it was necessary to fix the rates of remuneration for state-funded counsel.

(ii) Limitations Imposed by Our Constitutional Order

[69] As I have explained, permitting judges to set rates and to order payment without authority based on a statute or derived from a constitutional challenge takes the judge out of the proper judicial role. A court's inherent or implied jurisdiction cannot surpass what the Constitution permits. As we have seen, the inherent jurisdiction of the court must respect the constitutional framework and the allocation of responsibility this framework makes. It is for the duly elected members of the legislature to determine what funds are expended on the administration of justice, not the judges.

[70] In cases where the lawyer contemplated by the court opts not to accept the compensation offered by the Attorney General, the court does not, in my view, have the ability to specify a rate of remuneration in order to secure the *amicus* of its choice. The inability to have the *amicus* of its choice does not deprive the court of its nature as a court of law. Even the accused, whose right to a fair trial is at stake, is not entitled to be provided with state-funded counsel of choice, provided he or she receives legal representation that gives a fair opportunity to make full answer and defence (see *R. v. Rockwood* (1989), 91 N.S.R. (2d) 305 (S.C. (App. Div.)), at paras. 15-20; *Chan*, at para. 18; *Child and Family Services of Winnipeg v. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161, at para. 45;

général et l'avocat ne pouvaient s'entendre. Elle n'a pas non plus d'atomes crochus avec l'affaire *Ontario c. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), où le procureur général avait confié à la cour la tâche de trouver un poursuivant indépendant dans une instance d'outrage au tribunal engagée contre des fonctionnaires du ministère public afin qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts apparent (par. 18); le procureur général avait reconnu qu'il incombait à la cour de fixer la rémunération de ce poursuivant indépendant (par. 13). Hormis ces deux affaires, et celles dont nous sommes saisis en l'espèce, on n'a porté à mon attention — et je n'ai été en mesure de trouver — aucune décision où un tribunal d'appel conclut qu'il faut fixer le taux de la rémunération versée à un avocat rémunéré par l'État.

(ii) Les limites imposées par notre régime constitutionnel

[69] Comme je l'explique précédemment, le juge qui fixe la rémunération de l'*amicus* et ordonne son paiement sans l'autorisation de la loi ou celle qui découle d'une contestation constitutionnelle outrepassé ses attributions judiciaires. Une cour doit exercer sa compétence inhérente ou tacite dans le respect de la Constitution. Comme nous l'avons vu, elle doit alors tenir compte du cadre constitutionnel et de la répartition des attributions qui découle de ce dernier. Il appartient aux députés dûment élus de la législature, et non aux juges, de décider des sommes à consacrer à l'administration de la justice.

[70] Lorsque l'avocat pressenti par la cour refuse la rémunération offerte par le procureur général, la cour n'est pas habilitée, selon moi, à modifier cette rémunération afin de s'adjoindre l'*amicus* de son choix. L'impossibilité de recourir à cet *amicus* en particulier ne prive pas la cour de sa fonction de cour de justice. Même l'accusé, dont le droit à un procès équitable est en jeu, n'a pas droit aux services de l'avocat de son choix lorsque les honoraires sont payés par l'État; il suffit qu'un avocat lui permette de présenter une défense pleine et entière (voir *R. c. Rockwood* (1989), 91 N.S.R. (2d) 305 (C.S. (Div. d'appel)), par. 15-20; *Chan*, par. 18; *Child and Family Services of Winnipeg c. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161, par. 45; *Peterman*, par. 26-28; *R. c. Ryan*, 2005

Peterman, at paras 26-28; *R. v. Ryan*, 2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161, at paras. 7-8; *R. v. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200, at paras. 9-11).

[71] In Ontario, the Attorney General typically finds a number of appropriate lawyers willing to act as *amicus* for the consideration of the trial judge. Such a process respects the institutional and complementary constitutional roles of the courts, the Attorney General on behalf of the executive, and the legislature.

[72] The appointment of *amici* cannot be permitted to devolve into a routine way of getting complex trials completed. Fundamentally, providing judges with the assistance required to complete criminal trials in a fair and timely way is a matter concerning the administration of justice. As such, it is the responsibility of the province. Ultimately, it is the province's duty to find solutions to recurring problems such as those that arose in the cases before us. To routinely ask judges to resolve these problems by extraordinary orders taxes the inherent jurisdiction of the court with more than it can properly be made to bear.

[73] For example, if the increasing demands on trial judges are best met by the appointment of *amici* to assist, but not act for, the unrepresented accused, the province may create a roster of available and qualified counsel who are prepared to act at the rate offered by the Attorney General. The province may create a mechanism for the monitoring and oversight of those funds, or look to a staffed office to fulfill the role. It may be that the province chooses to enhance the legal aid plan or to establish a separate regime to address the different roles of *amici*.⁶ It can choose to respond to public policy problems in a way that does not undermine other programs and priorities, including the legal

6 For instance, in Manitoba the appointment of *amici* is addressed in *The Legal Aid Manitoba Act*, C.C.S.M. c. L105, s. 3(2): "Subject to the approval of the council, Legal Aid Manitoba may provide legal aid requested by the minister, a judge, or an officer of a court or tribunal, including providing representation as a friend of the court, and legal information or advice to an organization or agency, or to persons within a geographic area."

NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161, par. 7-8; *R. c. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200, par. 9-11).

[71] En Ontario, le procureur général soumet habituellement à l'examen du juge du procès la candidature d'un certain nombre d'avocats compétents disposés à être nommés *amici*, ce qui respecte les fonctions institutionnelles des tribunaux, du procureur général (qui représente l'exécutif) et du législatif, de même que leurs fonctions constitutionnelles complémentaires.

[72] On ne saurait permettre la nomination systématique d'*amici* pour assurer le bon déroulement de procès complexes. Essentiellement, l'aide qu'il convient d'offrir au juge pour qu'il mène à terme un procès criminel de manière équitable et sans retard indu relève de l'administration de la justice et ressortit donc à la compétence de la province. En fin de compte, c'est à la province qu'il revient de trouver des solutions à des problèmes récurrents de la nature de ceux qui se sont posés dans les affaires visées par le pourvoi. Demander d'emblée à la cour une mesure extraordinaire ne tient pas compte des limites de sa compétence inhérente.

[73] Ainsi, par exemple, si le meilleur moyen de répondre aux exigences accrues qui sont faites au juge de première instance réside dans la nomination d'un *amicus* pour assister l'accusé non représenté, la province peut établir une liste de candidats qualifiés disposés à offrir leurs services au tarif offert par le procureur général. Elle peut créer un mécanisme de contrôle et de surveillance des fonds ainsi engagés, ou mettre sur pied un bureau doté du personnel requis pour s'acquitter de cette tâche. Elle choisira peut-être de bonifier le régime d'aide juridique ou d'établir un régime distinct pour les différentes fonctions dévolues à l'*amicus*.⁶ Elle peut décider de s'attaquer aux problèmes de politique publique

6 Par exemple, au Manitoba, la nomination d'un *amicus* est prévue dans la *Loi sur la Société d'aide juridique du Manitoba*, C.P.L.M. ch. L105, par. 3(2) : « Sous réserve de l'approbation du conseil, la Société peut fournir à des personnes se trouvant dans une région géographique ou à des organismes les services d'aide juridique demandés par le ministre, un juge ou un auxiliaire de la justice, y compris les services de représentation qu'une personne rend à titre d'intervenant désintéressé, ainsi que des renseignements et des conseils juridiques. »

aid program. What is more, the government is accountable to the public for such choices.

[74] Of course, it remains the case that a failure to provide the appropriate support may compromise the judicial process in a specific case. For instance, in a criminal case, the absence of a qualified court reporter or interpreter may mean that the court cannot proceed with the trial. However, a trial judge cannot use her inherent jurisdiction to insist that the Attorney General pay the higher rates required to attract a particular court reporter or interpreter. Sometimes a trial cannot proceed, and must be rescheduled, despite the trial judge's or the Crown's best efforts.

[75] In those exceptional cases where *Charter* rights are not at stake but the judge must have help to do justice and appoints an *amicus*, the person appointed and the Attorney General should meet to set rates and mode of payment. The judge may be consulted, but should not make orders regarding payment that the Attorney General would have no choice but to obey.

[76] In the final analysis, if the assistance of an *amicus* is truly essential and the matter cannot be amicably resolved between the *amicus* and the Attorney General, the judge's only recourse may be to exercise her inherent jurisdiction to impose a stay until the *amicus* can be found. If the trial cannot proceed, the court can give reasons for the stay, so that the responsibility for the delay is clear.

(c) *The Integrity of the Judicial Process Would Be Imperilled*

[77] Finally, recognizing that courts have the inherent or implied power to set rates of compensation creates a very real risk of compromising the judicial role. The respondent Criminal Lawyers' Association of Ontario says that courts use their inherent jurisdiction to set rates of remuneration for

de manière à ne pas compromettre les autres programmes et priorités, y compris le programme d'aide juridique. Qui plus est, le gouvernement assume la responsabilité publique de ces choix.

[74] Bien entendu, l'absence de services d'appui adéquats peut compromettre le processus judiciaire dans un cas donné. Par exemple, dans un dossier criminel, l'absence d'un sténographe ou d'un interprète qualifié peut empêcher la cour d'instruire le procès. Or, le juge du procès ne peut pas exercer sa compétence inhérente pour exiger du procureur général qu'il offre la rémunération nécessaire à l'obtention des services d'un sténographe ou d'un interprète en particulier. Il arrive parfois que, malgré tous les efforts du juge du procès ou du ministère public, un procès ne puisse aller de l'avant et doive être reporté.

[75] Dans les cas exceptionnels où, sans qu'un droit garanti par la *Charte* ne soit en jeu, le juge doit obtenir l'aide d'un *amicus* pour rendre justice, le candidat retenu et le procureur général se rencontrent pour déterminer le tarif et les modalités de paiement. Ils peuvent consulter le juge, mais ce dernier doit s'abstenir de rendre, relativement au paiement, une ordonnance à laquelle le procureur général n'aurait d'autre choix que d'obéir.

[76] En dernière analyse, lorsque le recours à un *amicus* est vraiment essentiel et que l'avocat pressenti et le procureur général ne parviennent pas à s'entendre sur la rémunération, le juge peut n'avoir d'autre choix que, dans l'exercice de sa compétence inhérente, de suspendre l'instance jusqu'à la nomination d'un *amicus*. Si le procès ne peut aller de l'avant, la cour peut motiver la suspension d'instance et préciser la cause du retard.

(c) *Atteinte à l'intégrité du processus judiciaire*

[77] Enfin, reconnaître à une cour de justice le pouvoir inhérent ou tacite de fixer un taux de rémunération crée un risque bien réel d'atteinte à la fonction judiciaire. L'intimée Criminal Lawyers' Association of Ontario soutient que les tribunaux exercent rarement leur compétence inhérente pour

amici infrequently and for small amounts, such that the sums involved are modest and do not engage social, economic or political policy. However, the practical result is that, in Ontario, 242 superior court judges would have the ability to instruct the Attorney General in the expenditure of funds on the administration of justice, in a piecemeal and inconsistent fashion. As noted above, such orders would potentially undermine the province's legal aid system.

[78] Decisions regarding rates of compensation for *amici* would put judges into the fray, requiring them to determine fair rates of compensation; to monitor the compensation claimed; or, as happened in *Imona Russel #2*, to appoint further counsel to monitor the fees and the time claimed, at a further fixed fee.

[79] Given the cost of lengthy trials, compensation orders for lawyers in a long, complex criminal trial can represent the expenditure of hundreds of thousands of dollars of public funds, reviewable only by an appellate court. There is a real risk that such a disregard of the separation of powers and the constitutional role and institutional capacity of the different branches of government could undermine the legal aid system and cause a lack of public confidence in judges and the courts. Indeed, as the High Court of Australia found in *Grollo v. Palmer* (1995), 184 C.L.R. 348, at p. 365, courts may not exercise non-judicial functions that would diminish public confidence in the integrity of the judiciary as an institution.

V. Conclusion

[80] In summary, the ability to fix rates of compensation is not necessary for the court to make its power to appoint *amici curiae* effective, and the judicial process will not be weakened or imperilled if compensation cannot be ordered. Indeed, even following a *Rowbotham* application, when the courts have the jurisdiction to direct compensation for counsel appointed under s. 24(1) of the *Charter*,

fixer la rémunération des *amici* et que, lorsqu'ils le font, le taux accordé est peu élevé, de sorte que les sommes en cause sont modestes et ne font pas intervenir des considérations sociales, économiques ou politiques. Or, il demeure que 242 juges des cours supérieures de l'Ontario pourraient dans les faits ordonner au procureur général d'affecter des fonds à l'administration de la justice, et ce, de manière sporadique et contradictoire. Je le répète, de telles ordonnances pourraient saper le régime provincial d'aide juridique.

[78] Décider de la rémunération des *amici* jetterait les juges dans la mêlée, car ils auraient à déterminer de justes taux de rémunération, à contrôler les honoraires réclamés ou, comme dans l'affaire *Imona Russel n° 2*, à nommer un autre avocat pour contrôler les honoraires et les heures facturées, ce qui occasionne d'autres frais.

[79] Étant donné le coût d'un long procès, une ordonnance sur la rémunération d'un avocat dans un procès criminel à la fois long et complexe peut entraîner le versement de centaines de milliers de dollars prélevés sur le Trésor, et seule une cour d'appel pourrait réformer une telle ordonnance. Le risque existe bel et bien que le non-respect de la séparation des pouvoirs, ainsi que des attributions constitutionnelles et institutionnelles des différentes branches de l'État, porte atteinte au programme d'aide juridique et sape la confiance du public dans les juges et les tribunaux. En effet, comme l'a conclu la Haute Cour d'Australie dans *Grollo c. Palmer* (1995), 184 C.L.R. 348, p. 365, les tribunaux ne peuvent exercer de fonctions non judiciaires qui sont de nature à diminuer la confiance du public dans l'intégrité de l'institution judiciaire.

V. Conclusion

[80] En résumé, le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus* n'est pas nécessaire à l'exercice réel du pouvoir de la cour de nommer un *amicus curiae*, et le processus judiciaire ne sera ni affaibli ni compromis si la rémunération ne peut faire l'objet d'une ordonnance judiciaire. En effet, même lorsqu'une demande de type *Rowbotham* a été présentée et que le tribunal a le pouvoir de fixer

the courts have rarely found it necessary to direct the rates payable to defence counsel.

[81] Allowing superior and statutory court judges to direct an Attorney General as to how to expend funds on the administration of justice, in the absence of a constitutional challenge or statutory authority, is incompatible with the different roles, responsibilities and institutional capacities assigned to trial judges, legislators and the executive in our parliamentary democracy.

[82] In the end, what concerned the Court of Appeal was the proper course to follow if the Attorney General is unreasonable and a particular lawyer is not prepared to accept the rates for service as *amicus*. While trial judges have a number of options regarding how to proceed in the face of such an impasse, they do not have the power to determine what a reasonable fee is or to order the government to pay it. Such orders cross an impermissible line. The other pillars of government are accountable for establishing spending priorities and, so long as their initiatives pass constitutional muster, have the institutional capacity to define public policy and find program solutions. The Court must allow provinces the flexibility they require to meet their constitutional obligation to fund *amici*, when essential.

[83] While the rule of law requires an effective justice system with independent and impartial decision makers, it does not exist independently of financial constraints and the financial choices of the executive and legislature. Furthermore, in our system of parliamentary democracy, an inherent and inalienable right to fix a trial participant's compensation oversteps the responsibilities of the judiciary and blurs the roles and public accountability of the three separate branches of

la rémunération de l'avocat nommé en application du par. 24(1) de la *Charte*, le tribunal saisi juge rarement nécessaire d'arrêter le tarif auquel aura droit l'avocat de la défense.

[81] Permettre au juge d'une cour supérieure ou d'un tribunal d'origine législative d'enjoindre à un procureur général d'affecter des fonds à l'administration de la justice de telle ou telle manière, malgré l'absence de toute contestation constitutionnelle ou du pouvoir légal de le faire, est incompatible avec les fonctions différentes et les compétences institutionnelles différentes du juge du procès, du législateur et de l'exécutif dans notre démocratie parlementaire.

[82] En définitive, la Cour d'appel s'est demandé quelle démarche devait être adoptée si le procureur général se montrait déraisonnable et qu'un avocat n'était pas disposé à accepter le tarif offert pour ses services d'*amicus*. Bien qu'un certain nombre de possibilités s'offrent à lui lorsqu'il se trouve dans une telle impasse, le juge du procès n'a pas le pouvoir de décider de ce qui constitue des honoraires raisonnables ni d'ordonner au gouvernement de les verser, car en rendant une telle ordonnance il franchit une limite qui ne saurait l'être. Les autres piliers de l'État assument la responsabilité de l'établissement de priorités financières et, dans la mesure où leurs décisions respectent la Constitution, ce sont eux qui disposent de l'expertise institutionnelle voulue pour définir la politique gouvernementale et proposer des programmes dont la création s'impose. La Cour doit permettre aux provinces de jouir de la souplesse nécessaire pour satisfaire à leur obligation constitutionnelle de financer les services d'*amici* jugés essentiels.

[83] La primauté du droit nécessite un système de justice efficace, doté de décideurs indépendants et impartiaux, mais elle n'existe pas indépendamment des contraintes financières et des choix financiers de l'exécutif et du législatif. Qui plus est, dans notre système de démocratie parlementaire, un droit inhérent et inaliénable de fixer la rémunération d'un participant à un procès outrepasserait les attributions judiciaires et brouillerait les fonctions et la responsabilité publique des trois branches distinctes

government. In my view, such a state of affairs would imperil the judicial process; judicial orders fixing the expenditures of public funds put public confidence in the judiciary at risk.

[84] For the reasons stated above, the ability to set rates of compensation for *amici* does not form part of the inherent jurisdiction of a superior court. Given this conclusion, it follows that the ability to set rates of compensation for *amici* does not form part of the implicit powers of a statutory court to function as a court of law.

[85] Accordingly, I would allow the appeal. In light of the public importance of the issues engaged by this appeal, the parties will bear their own costs.

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[86] An *amicus curiae* is a friend of a court *in need* — and the friend of *that court* indeed.

[87] Accordingly, courts may appoint an *amicus* only when they require his or her assistance to ensure the orderly conduct of proceedings and the availability of relevant submissions. And once appointed, the *amicus* is bound by a duty of loyalty and integrity *to the court* and not to any of the parties to the proceedings.

[88] It is uncontested in this case that trial judges have jurisdiction to appoint an *amicus curiae* and to determine the role of the *amicus* in the proceedings before them. It is uncontested as well that the Attorney General who has conduct of the prosecution — in this case the Attorney General of Ontario — is then obliged to remunerate the *amicus* appropriately: A.F., at para. 3.

[89] The only question on this appeal is whether trial judges can themselves fix the fees to be paid

de l'État. À mon sens, le processus judiciaire en serait compromis; le prononcé d'ordonnances judiciaires portant affectation de fonds publics risquerait de miner la confiance du public dans les tribunaux.

[84] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la faculté de déterminer la rémunération d'un *amicus* ne découle pas de la compétence inhérente d'une cour supérieure. Elle ne découle donc pas non plus du pouvoir tacite d'une cour d'origine législative de constituer une cour de justice.

[85] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Compte tenu de l'importance pour le public des questions soulevées, les parties assumeront chacune leurs propres dépens.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[86] L'*amicus curiae* est l'ami du tribunal *qui en a besoin*, et l'ami de nul autre.

[87] Par conséquent, le tribunal ne peut nommer un *amicus* que s'il a besoin de son aide pour le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes. Une fois nommé, l'*amicus* a une obligation de loyauté et d'intégrité *envers le tribunal*, et non vis-à-vis de l'une ou l'autre des parties à l'instance.

[88] En l'espèce, nul ne conteste le pouvoir du juge du procès de nommer un *amicus curiae* et de déterminer son mandat dans l'instance. Nul ne conteste non plus que le procureur général qui poursuit — en l'espèce, celui de l'Ontario — est alors tenu de rémunérer l'*amicus* convenablement : m.a., par. 3.

[89] La seule question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le juge peut lui-même

to the *amicus*. The appellant would answer that question in the negative; the respondents in the affirmative.

[90] I agree with the respondents. In my view the jurisdiction to fix the fees of *amici curiae* is necessarily incidental to the power of trial judges to appoint them. There is no constitutional impediment to vesting in trial judges the authority to do so when necessary in the circumstances.

[91] As I explain below, once a trial judge names and defines the role of an *amicus curiae*, a consensual approach ought to be favoured. The Attorney General and the *amicus* should be invited to agree on both the rate of remuneration and the manner in which the *amicus*'s budget is to be administered. If an agreement cannot be reached, the trial judge should fix the rate. The Attorney General then has the option of either paying the fee or staying the proceedings as a matter of prosecutorial discretion.

II

[92] This appeal concerns four distinct judgments, rendered in three cases and joined both in the Court of Appeal and in this Court for hearing and decision.

[93] In each instance, the trial judge appointed an *amicus curiae* and set the terms and conditions of the *amicus*'s compensation. The judge then ordered the Crown to remunerate the *amicus* at the rate and upon the conditions fixed by the court.

[94] Two of the judgments before us relate to the trial of William Imona Russel. After Mr. Imona Russel had discharged several experienced lawyers whom he had retained under legal aid certificates, the Crown — not the accused — requested that the trial judge appoint an *amicus*. The appointment of an *amicus*, the Crown contended, would serve the interests of justice by ensuring the orderly conduct of the trial in the event that Mr. Imona Russel persisted in his serial discharge of defence counsel.

fixer les honoraires de l'*amicus*. L'appelante répond par la négative, les intimés par l'affirmative.

[90] Je suis d'accord avec les intimés. À mon avis, le pouvoir du juge du procès de fixer les honoraires de l'*amicus curiae* est nécessairement accessoire à son pouvoir de le nommer. Nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à l'exercice de ce pouvoir lorsque la situation l'exige.

[91] Comme je l'explique ci-après, dès que le juge du procès nomme un *amicus curiae* et définit son mandat, il y a lieu de favoriser une démarche consensuelle. Il faut inviter le procureur général et l'*amicus* à s'entendre sur le taux de rémunération de l'*amicus* et sur les modalités d'administration de son budget. À défaut d'accord, le juge fixe ce taux. Le procureur général peut alors soit verser les honoraires, soit suspendre l'instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre de poursuivant.

II

[92] Le présent pourvoi vise quatre jugements distincts rendus dans trois affaires, puis réunis tant en Cour d'appel que devant notre Cour aux fins d'audition et de décision.

[93] Dans chacun des dossiers, le juge du procès a nommé un *amicus curiae* et fixé les conditions de sa rémunération. Il a alors ordonné au ministère public de rémunérer l'*amicus* au taux et aux conditions ainsi déterminés.

[94] Deux des jugements visés par le pourvoi ont trait au procès de William Imona Russel. Après que M. Imona Russel eut mis fin aux mandats de plusieurs avocats d'expérience dont il avait retenu les services grâce à des certificats d'aide juridique, le ministère public — et non l'accusé — a demandé à la juge du procès de nommer un *amicus*. Le ministère public soutenait qu'une telle mesure servirait l'intérêt de la justice en assurant le bon déroulement du procès advenant que M. Imona Russel continue à révoquer ses avocats les uns après les autres.

[95] An *amicus curiae* was appointed on June 17, 2008. The order set out the duties of the *amicus* as follows:

To familiarize himself with this brief. If the accused discharges his lawyer or if the Court so orders, to advise the accused about points of law and legal issues; to discuss legal issues with the Crown on behalf of the accused; to speak to the court on behalf of the accused in relation to legal issues.

(*R. v. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (S.C.J.) (“*Imona Russel #1*”), at para. 7)

The order also stated that the *amicus* would be paid at the legal aid rate and that Legal Aid Ontario would manage the funding.

[96] After Mr. Imona Russel again dismissed his lawyer, Legal Aid refused to fund any new defence counsel. Mr. Imona Russel then brought an application for an order requiring the Attorney General to fund counsel as a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for an infringement of his right to a fair trial (more commonly known as a “*Rowbotham* order”: see *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)). This application was denied and appeals against that decision were dismissed.

[97] The trial judge felt bound in these circumstances to expand the role of the *amicus* previously appointed, despite Mr. Imona Russel’s protests and his refusal to cooperate with the *amicus*. The *amicus* was instructed to cross-examine witnesses, make objections to inadmissible evidence and raise legal arguments on behalf of Mr. Imona Russel. Effectively, as the trial judge noted, he was told “to defend the case as if he had a client who was choosing to remain mute”: *Imona Russel #1*, at para. 13.

[98] Two months later, Mr. Imona Russel reversed his position and requested a further expansion of the role of the *amicus*. Subject to a minor disagreement

[95] Dans une ordonnance datée du 17 juin 2008, un *amicus curiae* a été nommé et son mandat a été défini comme suit :

[TRADUCTION] Prendre connaissance du dossier. Si l’accusé met fin au mandat de son avocat ou si la Cour l’ordonne, conseiller l’accusé sur des points et des questions de droit; débattre des questions de droit avec le ministère public au nom de l’accusé; s’adresser au tribunal au nom de l’accusé sur des questions de droit.

(*R. c. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 1* »), par. 7)

L’ordonnance prévoyait également que l’*amicus* serait rémunéré selon le tarif de l’aide juridique et qu’Aide juridique Ontario s’occuperait des paiements.

[96] Après que M. Imona Russel eut encore une fois mis fin au mandat de son avocat, l’Aide juridique a refusé de payer les honoraires d’un nouvel avocat de la défense. M. Imona Russel a alors demandé une ordonnance enjoignant au procureur général de payer les honoraires d’un avocat, et ce, à titre de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour atteinte à son droit à un procès équitable (communément appelée ordonnance de type *Rowbotham* : voir *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)). Sa demande a été rejetée, ainsi que tous ses appels.

[97] Étant donné la situation, la juge du procès a estimé qu’il lui fallait élargir le mandat de l’*amicus* déjà nommé, malgré les protestations de M. Imona Russel et son refus de collaborer avec l’*amicus*. L’*amicus* a été appelé à contre-interroger les témoins, à s’opposer à la preuve inadmissible et à présenter une argumentation juridique au nom de M. Imona Russel. Dans les faits, comme le signale la juge, on lui a enjoint [TRADUCTION] « d’agir dans l’instance comme s’il représentait un client qui choisissait de garder le silence » : *Imona Russel n° 1*, par. 13.

[98] Deux mois plus tard, M. Imona Russel a changé d’avis et a demandé que le mandat de l’*amicus* soit encore accru. Sous réserve d’un

as to privilege of the communications between the *amicus* and the accused, this expansion was supported by the Crown. In the result, the trial judge ordered the *amicus* to take instructions from and act on behalf of Mr. Imona Russel as he would in a traditional solicitor-client relationship, subject to two notable exceptions: Mr. Imona Russel could not discharge the *amicus* and the *amicus* could not withdraw his services due solely to a breakdown in the relationship with the accused.

[99] Following this significant expansion of his duties and obligations, the *amicus* sought a variation of his order of appointment. The trial judge agreed to increase the *amicus*'s rate of remuneration to \$192 per hour. This, she noted, was "the rate that would be paid [by the Attorney General] to a lawyer of [the *amicus*'s] year of call to prosecute or to represent the interests of a witness in a criminal case": *Imona Russel #1*, at para. 49.

[100] Several months later, being of the opinion that the budget of hours authorized by Legal Aid Ontario was not sufficient to permit him to adequately represent Mr. Imona Russel, the *amicus curiae* requested the appointment of an independent assessor to review Legal Aid's decision and to recommend a budget. Legal Aid initially agreed but later revised its position. The *amicus* then applied to the court for permission to withdraw.

[101] The trial judge held that the *amicus*'s request for an independent third party assessor was entirely reasonable. She ordered that a senior criminal lawyer be appointed to set a budget and to review, monitor and assess the accounts of the *amicus* on an ongoing basis: *R. v. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (S.C.J.) ("*Imona Russel #2*").

[102] The second case on appeal concerns the trial of Paul Whalen. Mr. Whalen was convicted of a number of serious indictable offences and the

léger désaccord quant au caractère privilégié des communications entre l'*amicus* et l'accusé, le ministère public a consenti à la mesure demandée. La juge a donc ordonné à l'*amicus* de représenter M. Imona Russel conformément à ses instructions, comme dans le cadre d'une relation classique procureur-client, sous réserve de deux exceptions importantes. M. Imona Russel ne pouvait mettre fin au mandat de l'*amicus*, et ce dernier ne pouvait cesser d'occuper au seul motif d'une mésentente entre eux.

[99] Après cet élargissement important de ses devoirs et obligations, l'*amicus* a demandé la modification de l'ordonnance pourvoyant à sa nomination. La juge du procès a accepté de porter sa rémunération à 192 \$ l'heure, ce qui, selon elle, [TRADUCTION] « correspondait au taux que [le procureur général] verserait à un avocat admis au Barreau la même année que [l'*amicus*] pour agir en qualité de poursuivant ou pour défendre les intérêts d'un témoin dans une instance criminelle » : *Imona Russel n° 1*, par. 49.

[100] Plusieurs mois plus tard, estimant que le nombre d'heures autorisé par Aide juridique Ontario ne lui permettait pas de bien représenter M. Imona Russel, l'*amicus* a demandé la nomination d'un évaluateur indépendant pour examiner la décision de l'Aide juridique et recommander un budget. Après avoir initialement consenti à cette nomination, l'Aide juridique s'est ravisée. L'*amicus* a alors demandé au tribunal la permission de cesser d'occuper.

[101] La juge du procès a statué que la demande de nomination d'un tiers évaluateur indépendant présentée par l'*amicus* était tout à fait raisonnable. Elle a ordonné qu'un criminaliste d'expérience soit mandaté pour établir un budget, puis faire droit ou non, après examen, aux demandes de paiement de l'*amicus* au fur et à mesure qu'elles étaient présentées : *R. c. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 2* »).

[102] Le deuxième dossier visé par le pourvoi est celui de Paul Whalen. À l'issue de son procès, il a été reconnu coupable d'un certain nombre

Crown applied to have him declared a dangerous offender. Mr. Whalen had dismissed two lawyers since the commencement of proceedings and was unrepresented. He had been unable to retain counsel under his legal aid certificate because of an ongoing boycott of legal aid work by criminal defence lawyers in Ontario. The trial judge was of the view that, given the complex expert evidence that would be led on the application, the fairness of the proceedings would be compromised unless an *amicus curiae* was appointed by the court.

[103] The trial judge appointed Anik Morrow as *amicus* because she had already started to develop a relationship of confidence with Mr. Whalen, a difficult client. The judge believed that appointing two other lawyers, as suggested by the Attorney General, created a risk of destabilizing the proceedings. The trial judge set Ms. Morrow's rate of compensation at \$200 per hour and ordered Legal Aid Ontario to manage the account: *R. v. Whalen*, Sept. 18, 2009, No. 2178/1542 (Ont. Ct. J.).

[104] The final case on appeal was initiated by Lawrence Greenspon, a senior counsel. Wahab Dadshani was charged with first degree murder. His case had been before the courts for more than five years when, three months before his trial was to commence, he decided to discharge Mr. Greenspon. As a result, the court appointed Mr. Greenspon as *amicus curiae* in order to ensure that the trial proceeded as scheduled, whether Mr. Dadshani had counsel or not. Mr. Greenspon performed only 3.25 hours of work as *amicus* and his appointment lasted only until Mr. Dadshani's new counsel confirmed his presence at trial. The trial judge set Mr. Greenspon's rate of remuneration for his work as *amicus curiae* at \$250 per hour. In fixing this rate, the trial judge noted that Mr. Greenspon had more than 28 years of experience at the bar and was certified by the Law Society of Upper Canada as a specialist in criminal litigation: *R. v. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (S.C.J.), at para. 49.

d'infractions criminelles graves, et le ministère public a demandé qu'il soit déclaré délinquant dangereux. M. Whalen avait mis fin aux mandats de deux avocats depuis le début de l'instance, et il n'était plus représenté par avocat. Malgré l'obtention d'un certificat d'aide juridique, il n'avait pu retenir les services d'un avocat en raison d'un boycottage des mandats d'aide juridique par les avocats criminalistes ontariens. Le juge du procès a estimé, au vu de la complexité de la preuve d'expert qui serait présentée à l'appui de la demande, que l'équité de la procédure serait compromise, sauf nomination d'un *amicus curiae* par le tribunal.

[103] M^e Anik Morrow a alors été nommée *amicus* parce qu'elle avait déjà entrepris d'établir une relation de confiance avec M. Whalen, un client difficile. Le juge croyait que la nomination de deux autres avocats, comme le recommandait le procureur général, risquait de déstabiliser l'instance. Il a fixé la rémunération de M^e Morrow à 200 \$ l'heure et ordonné à Aide juridique Ontario de s'occuper du paiement de ses honoraires : *R. c. Whalen*, 18 sept. 2009, n^o 2178/1542 (C.J. Ont.).

[104] M^e Lawrence Greenspon, un avocat chevronné, est à l'origine du dernier dossier visé par le pourvoi. Wahab Dadshani a été accusé de meurtre au premier degré. La procédure judiciaire était engagée depuis plus de cinq ans lorsque, trois mois avant son procès, il a décidé de révoquer le mandat de M^e Greenspon. Le tribunal a alors nommé M^e Greenspon *amicus curiae* de façon que le procès débute à la date prévue, que M. Dadshani ait un avocat ou non. M^e Greenspon n'a exercé sa fonction d'*amicus* que 3,25 heures. Son mandat n'a duré que jusqu'à la confirmation par le nouvel avocat de M. Dadshani qu'il serait présent au début du procès. La juge a fixé à 250 \$ l'heure la rémunération de M^e Greenspon à titre d'*amicus curiae*. Pour fixer ce tarif, elle a signalé que M^e Greenspon avait plus de 28 années d'expérience comme avocat et qu'il était agréé par le Barreau du Haut-Canada en tant que spécialiste des procès criminels : *R. c. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (C.S.J.), par. 49.

[105] The Crown appealed against all four decisions. In its view, trial judges have no jurisdiction to set the *amici's* rates of remuneration, to determine how their budgets will be administered or to order the Attorney General to pay the *amici* at the rates fixed by the court. In the alternative, the Crown contended that the trial judges should have adopted the “least restrictive approach” and stayed the proceedings rather than order payment.

[106] The Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeals. The court found that incidental to a judge's power to appoint an *amicus* is the power to set the terms and conditions of that appointment, including the rate of compensation and the monitoring of accounts. It also held that since the cases under appeal do not engage the *Charter*, a temporary stay of proceedings — the least restrictive approach according to the Quebec Court of Appeal in *Québec (Procureur général) v. C. (R.)* (2003), 13 C.R. (6th) 1, at paras. 162-65 — was not the appropriate remedy in the circumstances: *R. v. Imona Russel*, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721.

[107] The Crown now appeals to this Court against the judgment of the Ontario Court of Appeal.

III

[108] Exceptionally, trial judges may appoint an *amicus curiae* to ensure the orderly conduct of proceedings and the availability of relevant submissions. They should not be required to decide contested, uncertain, complex and important points of law or of fact without the benefit of thorough submissions.

[109] Courts are empowered in some instances by specific statutory provisions, such as s. 486.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to appoint counsel for particular purposes. They may also order the appointment of defence counsel pursuant to a *Rowbotham* application as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[105] Le ministère public a interjeté appel de chacune des quatre décisions. À son avis, le juge du procès n'a pas compétence pour déterminer la rémunération de l'*amicus* et les modalités d'administration de son budget, non plus que pour ordonner au procureur général de le rémunérer au taux qu'il fixe. Subsidiairement, il a soutenu que le juge du procès aurait dû prendre la « mesure la moins contraignante » et suspendre l'instance plutôt que d'ordonner le paiement d'honoraires.

[106] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels à l'unanimité. Elle a conclu que le pouvoir du juge de fixer les conditions du mandat de l'*amicus*, y compris sa rémunération et le contrôle des demandes de paiement, était connexe à son pouvoir de nommer l'*amicus*. Puisque les décisions portées en appel n'emportaient pas l'application de la *Charte*, elle a également statué qu'une suspension temporaire — la mesure jugée la moins contraignante par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027, par. 162-165 — ne constituait pas la réparation appropriée en l'espèce : *R. c. Imona Russel*, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721.

[107] Le ministère public se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour contre le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario.

III

[108] Le juge du procès peut, à titre exceptionnel, nommer un *amicus curiae* pour assurer le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes. Il ne saurait être tenu de trancher une question de droit ou de fait contestée, aux contours incertains, complexe et importante en l'absence des plaidoiries complètes qui s'imposent.

[109] Dans certaines situations, le tribunal peut nommer un avocat à une fin particulière en vertu d'une disposition législative expresse, tel l'art. 486.3 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il peut également nommer un avocat de la défense par suite d'une demande de type *Rowbotham*, en guise de réparation suivant le par. 24(1) de la *Charte*.

[110] The appointment of *amici curiae* derives, however, from different sources and should be kept conceptually distinct.

[111] Superior courts are empowered by their inherent jurisdiction to appoint *amici curiae*. Most recently, in *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at paras. 24 and 29, this Court described the inherent jurisdiction of superior courts as follows:

The inherent jurisdiction of the provincial superior courts is broadly defined as “a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so”: I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 51. These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner” (p. 28). . . .

. . . In summary, Jacob states, “The inherent jurisdiction of the court may be invoked in an apparently inexhaustible variety of circumstances and may be exercised in different ways” [Emphasis deleted.]

See also *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 29-30; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paras. 29-32; *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. (reissue) 2001), vol. 37, at para. 12.

[112] In the case of statutory courts, the power to appoint an *amicus* derives from the court’s authority to control its own process in order to administer justice fully and effectively. Their authority to appoint *amici* is necessarily implied in the power to function as a court of law: *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paras. 70-71; *Cunningham*, at para. 19.

[110] Toutefois, la nomination d’un *amicus curiae* a une origine propre à elle et doit être considérée séparément sur le plan conceptuel.

[111] Les cours supérieures ont le pouvoir inhérent de nommer un *amicus curiae*. Tout récemment, dans l’arrêt *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24 et 29, notre Cour décrivait comme suit la compétence inhérente des cours supérieures :

La compétence inhérente des cours supérieures provinciales est largement définie comme étant [TRADUCTION] « une source résiduelle de pouvoirs, à laquelle la Cour peut puiser au besoin lorsqu’il est juste ou équitable de le faire » : I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 51. Ces pouvoirs émanent « non pas d’une loi ou d’une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (Jacob, p. 27) pour permettre « de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (p. 28). . . .

. . . En bref, Jacob dit ce qui suit : « La compétence inhérente de la cour peut être invoquée dans un nombre apparemment infini de circonstances et peut être exercée de différentes façons » . . . [Soulignement omis.]

Voir aussi *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 29-30; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 29-32; *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. (réédition) 2001), vol. 37, par. 12.

[112] Dans le cas d’un tribunal d’origine législative, le pouvoir de nommer un *amicus* découle de la maîtrise de sa propre procédure aux fins de l’administration efficace et sans réserve de la justice. Son pouvoir de nommer un *amicus* s’infère nécessairement de sa faculté de constituer une cour de justice : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 70-71; *Cunningham*, par. 19.

[113] The Crown did not, either before this Court or the courts below, contest the propriety of the *amicus* appointments in any of the cases before us. Nor did it challenge the established distinctions between defence counsel, whether appointed pursuant to a legal aid certificate or under a *Rowbotham* order, and *amicus curiae*. The Crown's appeal is restricted to a single question: whether trial judges have jurisdiction to fix an *amicus*'s rate of remuneration.

[114] I think it useful nonetheless to provide some guidance regarding the circumstances in which an *amicus* appointment is appropriate. An *amicus curiae* may play many roles but it is important to recognize at the outset that an *amicus* is *not* a defence counsel. Once clothed with all the duties and responsibilities of defence counsel, the *amicus* can no longer properly be called a "friend of the court".

[115] The discretion of trial judges to appoint an *amicus* is not unrestricted. The power to appoint should be exercised sparingly and with caution (see *Caron*, at para. 30), and appointments should be in response to specific and exceptional circumstances. Trial judges must not externalize *their* duty to ensure a fair trial for unrepresented accused by shifting the responsibility to *amici curiae* who, albeit under a different name, assume a role nearly identical to that of defence counsel.

[116] An accused is entitled to forego the benefit of counsel and elect instead to proceed unrepresented. An *amicus* should not be appointed to impose counsel on an unwilling accused or permit an accused to circumvent the established procedure for obtaining government-funded counsel: *Cunningham*, at para. 9. In the vast majority of cases, as long as a trial judge provides guidance to an unrepresented accused, a fair and orderly trial can be ensured without the assistance of an *amicus*. Such is the case even if the accused's defence is not then quite as effective as it would have been had the accused retained competent defence counsel.

[113] Le ministère public ne conteste pas devant nous, et il ne l'a pas fait devant les juridictions inférieures, l'opportunité de la nomination d'un *amicus* dans les dossiers dont nous sommes saisis. Il ne conteste pas non plus les distinctions établies entre l'avocat de la défense nommé en vertu d'un certificat d'aide juridique ou d'une ordonnance de type *Rowbotham* et l'*amicus curiae*. Seule une question est aujourd'hui en litige : le juge du procès a-t-il compétence pour déterminer la rémunération de l'*amicus*?

[114] Je crois néanmoins utile de donner quelques précisions sur les circonstances dans lesquelles la nomination d'un *amicus* est indiquée. L'*amicus* peut exercer bien des fonctions, mais il importe de reconnaître d'emblée qu'il n'est *pas* avocat de la défense. Dès que les devoirs et les obligations d'un avocat de la défense lui incombent, il ne peut plus être considéré à juste titre comme l'« ami de la cour ».

[115] Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de nommer un *amicus* n'est pas absolu. Il doit être exercé parcimonieusement et avec circonspection (voir *Caron*, par. 30) et dans une situation particulière et exceptionnelle. Le juge ne doit pas se décharger de *son* obligation d'assurer un procès équitable à l'accusé non représenté par avocat en s'en remettant à l'*amicus curiae* qui, bien que sous une appellation différente, s'acquitterait dès lors d'une fonction presque identique à celle d'un avocat de la défense.

[116] L'accusé peut renoncer aux services d'un avocat et décider de subir son procès sans être représenté. Un *amicus* ne doit pas être nommé pour lui imposer un avocat contre son gré ou lui permettre de contourner la procédure établie pour l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État : *Cunningham*, par. 9. Dans la plupart des cas, si le juge guide et informe l'accusé non représenté, le procès peut se dérouler comme il convient et conformément à l'équité sans l'aide d'un *amicus*. Il en est ainsi même lorsque la défense de l'accusé n'est pas alors assurée aussi efficacement qu'elle l'aurait été par un avocat compétent.

[117] If appointed, an *amicus* may be asked to play a wide variety of roles: *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (Ont. S.C.J.), at paras. 52-59, *per* Durno J. There is, as Rosenberg J.A. pointed out in *R. v. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434 (C.A.), at p. 444, “no precise definition of the role of *amicus curiae* capable of covering all possible situations in which the court may find it advantageous to have the advice of counsel who is not acting for the parties”.

[118] Regardless of what responsibilities the *amicus* is given, however, his defining characteristic remains his duty to the court and to ensuring the proper administration of justice. An *amicus*'s sole “client” is the court, and an *amicus*'s purpose is to provide the court with a perspective it feels it is lacking — all that an *amicus* does is in the public interest for the benefit of the court in the correct disposal of the case: *R. v. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363 (N.W.T.S.C.), at para. 12.

[119] While the *amicus* may, in some circumstances, be called upon to “act” for an accused by adopting and defending the accused's position, his role is fundamentally distinct from that of a defence counsel who represents an accused person either pursuant to a legal aid certificate or under a *Rowbotham* order. Furthering the best interests of the accused may be an *incidental result*, but is not *the purpose*, of an *amicus* appointment.

[120] As Durno J. explained in *Cairenius*, at para. 62:

. . . *amicus* is generally not counsel for the accused/applicant, there is no solicitor-client relationship, and *amicus* does not take instructions from a client. The general role of *amicus* is to assist the court. *Amicus*, as a friend of the court, has an obligation to bring facts or points of law to the court's attention that might be contrary to the interests of the applicant. This is contrary to the traditional role of defence counsel described in *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.) at 227-8, and cited with approval by Rosenberg J.A. in *Samra* . . .

[117] Lorsqu'il est nommé, l'*amicus* peut être appelé à jouer une grande variété de rôles : *R. c. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (C.S.J. Ont.), par. 52-59, le juge Durno. Comme le souligne le juge Rosenberg dans l'arrêt *R. c. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434 (C.A.), p. 444, il [TRADUCTION] « n'existe pas de définition précise du rôle de l'*amicus curiae* qui soit applicable à toutes les situations possibles où le tribunal peut trouver bénéfique d'obtenir les conseils d'un avocat qui n'agit pas pour les parties ».

[118] Toutefois, quel que soit le mandat confié à l'*amicus*, sa mission fondamentale demeure de s'acquitter de son devoir envers le tribunal et d'assurer la bonne administration de la justice. L'*amicus* a pour seul « client » le tribunal, et celui-ci le nomme afin de bénéficier d'un point de vue dont il s'estime privé; l'*amicus* s'acquitte de sa fonction dans l'intérêt public, au bénéfice du tribunal, afin qu'une juste décision soit rendue : *R. c. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363 (C.S.T.N.-O.), par. 12.

[119] Bien que, dans certaines situations, l'*amicus* puisse être appelé à « agir » pour un accusé en adoptant et en défendant son point de vue, ce rôle est fondamentalement distinct de celui d'un avocat de la défense qui représenterait l'accusé après que ce dernier eut obtenu un certificat d'aide juridique ou demandé une ordonnance de type *Rowbotham*. Protéger l'intérêt de l'accusé peut être un *résultat accessoire*, mais non l'*objectif*, de la nomination de l'*amicus*.

[120] Comme l'explique le juge Durno dans l'arrêt *Cairenius*, par. 62 :

[TRADUCTION] . . . l'*amicus* n'est généralement pas l'avocat de l'accusé/demandeur, il n'existe pas de relation procureur-client et l'*amicus* ne reçoit pas d'instructions d'un client. La fonction générale de l'*amicus* est d'aider le tribunal. En tant qu'ami de la cour, l'*amicus* a l'obligation de porter à son attention les faits ou les points de droit qui sont susceptibles d'être contraires à l'intérêt du demandeur. Sa fonction s'oppose donc au rôle traditionnel de l'avocat de la défense décrit dans l'arrêt *Rondel c. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.), p. 227-228, cité avec approbation par le juge Rosenberg dans l'arrêt *Samra* . . .

[121] Where a trial judge appoints an *amicus*, these distinctions between an *amicus* and court-appointed defence counsel should be made clear both to the *amicus* and to the accused. The blurring of the line between the two roles in the present cases causes me some concern; however, as pointed out, that is not the issue before us.

[122] I turn now to the main issue raised on this appeal. In my view, a necessary corollary to a trial judge's power to appoint an *amicus* is the power to fix the *amicus*'s remuneration. I am unable, for three reasons, to adopt the contrary position urged by the appellant — one that would grant the provincial Attorney General the exclusive power to fix an *amicus*'s rate of remuneration.

[123] First, such a position would unduly weaken the courts' appointment power and ability to name an *amicus* of their choosing. Counsel available to serve as an *amicus* would be limited to those willing to accept appointment at the rate fixed by the Attorney General.

[124] Second, the integrity of the judicial process would be imperilled. It has not been suggested that the Attorney General would set the rate of remuneration unreasonably or impracticably low. Nonetheless, the reasoning of this Court in another context is equally relevant here: the ability of the court to ensure a fair and orderly process "should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control": *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at p. 104.

[125] Finally, the Attorney General's unilateral control over the remuneration of *amici curiae* might create an appearance of bias and place *amici* themselves in an unavoidable conflict of interest. As *amici* often play a role that can be said to be adversarial to the Crown, if the Crown were permitted to determine unilaterally and exclusively how much an *amicus* is paid, the reasonable person might conclude that the "expectation . . . of

[121] Lorsque le juge du procès nomme un *amicus*, ces distinctions entre l'*amicus* et l'avocat de la défense commis d'office doivent être clairement signalées à l'*amicus* et à l'accusé. La confusion des deux rôles dans les dossiers visés par le pourvoi me préoccupe quelque peu, mais comme je l'ai déjà mentionné, nous ne sommes pas saisis de cette question.

[122] Je passe maintenant à la principale question en litige. À mon avis, le pouvoir du juge du procès de fixer la rémunération de l'*amicus* découle nécessairement du pouvoir qu'il a de le nommer. Je ne puis souscrire à la thèse contraire de l'appelante, à savoir que le procureur général d'une province aurait le pouvoir exclusif de déterminer le taux de rémunération de l'*amicus*, et ce, pour trois raisons.

[123] Premièrement, il en résulterait un affaiblissement injustifié du pouvoir de nomination du tribunal et de sa faculté de nommer l'*amicus* de son choix. Les seuls avocats susceptibles d'être nommés *amici* seraient ceux disposés à se satisfaire de la rémunération fixée par le procureur général.

[124] Deuxièmement, l'intégrité du processus judiciaire serait compromise. Nul ne prétend que la rémunération déterminée par le procureur général serait basse au point d'être déraisonnable ou irréaliste. Néanmoins, le raisonnement de notre Cour dans un autre contexte vaut également en l'espèce : la capacité du tribunal d'assurer l'équité et le bon déroulement du procès « ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser » : *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 104.

[125] Enfin, le pouvoir unilatéral du procureur général de déterminer la rémunération de l'*amicus curiae* pourrait créer une apparence de partialité et faire en sorte que l'*amicus* se retrouve inévitablement en situation de conflit d'intérêts. Puisque l'*amicus* joue souvent un rôle qu'on peut qualifier d'opposé à celui du ministère public, si on conférait à ce dernier le pouvoir unilatéral et exclusif de déterminer la rémunération de l'*amicus*,

give and take” might lead the *amicus* to discharge his duties so as to curry favour with the Attorney General: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 187.

[126] There is, moreover, no constitutional impediment to a trial judge ordering the Ministry of the Attorney General to pay an *amicus* at a specific rate of remuneration fixed by the court.

[127] The fundamental constitutional principle derived from the decision of the Privy Council in *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318, provides that only Parliament can authorize payment out of money from the Consolidated Revenue Fund: see also *Constitution Act, 1867*, s. 126; *Financial Administration Act*, R.S.O. 1990, c. F.12 (“*FAA*”), s. 11.1(1).

[128] The *Auckland Harbour* principle, however, finds no application in the case at bar. The principle acts only to constrain the ability of the executive branch of government to spend money in the absence of authorization by the legislature. Since, however, the Attorney General has the authority to disburse public funds to pay *amici curiae* when their rate of remuneration is not fixed by the court, then the same authority necessarily exists even if their rate is fixed by the court.

[129] As a constitutional matter, the fees of *amici curiae* in this case can be paid by the Attorney General directly from the Consolidated Revenue Fund under a standing appropriation provided for in the *FAA*.

[130] Section 13 of the *FAA* provides that “[i]f any public money is . . . directed by the judgment of a court . . . to be paid by the Crown or the Lieutenant Governor and no other provision is made respecting it, such money is payable under warrant of the Lieutenant Governor, directed to the Minister of Finance, out of the Consolidated Revenue Fund”. See also *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 22. As the Legislative Assembly

une personne raisonnable pourrait conclure que l’« attente [de] concessions mutuelles » est susceptible d’amener l’*amicus* à s’acquitter de ses fonctions de manière à gagner la faveur du procureur général : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 187.

[126] En outre, nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu’un tribunal ordonne au ministère du Procureur général de rémunérer un *amicus* à raison d’un taux fixé par ce tribunal.

[127] Suivant le principe constitutionnel fondamental qui se dégage de l’arrêt du Conseil privé *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318, seul le Parlement peut autoriser un paiement par prélèvement sur le Trésor : voir aussi la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 126; *Loi sur l’administration financière*, L.R.O. 1990, ch. F.12 (« *LAF* »), par. 11.1(1).

[128] Or, le principe de l’arrêt *Auckland Harbour* ne s’applique pas en l’espèce, car il a seulement pour effet de limiter le pouvoir de l’exécutif de dépenser sans l’autorisation du législateur. Mais comme le procureur général a le pouvoir de verser des fonds publics pour rémunérer l’*amicus curiae* dont le tarif n’est pas fixé par le tribunal, il a nécessairement le pouvoir de le faire lorsque le tarif de l’*amicus* est fixé par le tribunal.

[129] Sur le plan constitutionnel, les honoraires des *amici curiae* nommés en l’espèce peuvent être payés par le procureur général directement sur le Trésor par voie d’affectation permanente de crédits suivant la *LAF*.

[130] L’article 13 de la *LAF* dispose que « [l]orsque [. . .] la Couronne ou le lieutenant-gouverneur doivent prélever un paiement sur [l]es deniers [publics] afin d’exécuter [. . .] le jugement d’un tribunal [. . .] et qu’aucune autre disposition n’a été prise à cet égard, le paiement est fait sur le Trésor en vertu d’un mandat du lieutenant-gouverneur adressé au ministre des Finances ». Voir également la *Loi sur les instances*

has pre-approved the disbursement of funds for the purpose of satisfying court orders, there can be no violation of the *Auckland Harbour* principle.

[131] I note that s. 13 of the *FAA* does *not* itself grant courts the jurisdiction to order the Crown to expend money or remunerate *amici curiae*. Rather, this provision authorizes the executive branch to make payment once a valid court order is made and thus precludes the application of the *Auckland Harbour* principle.

IV

[132] Once a trial judge names and defines the role of an *amicus curiae* — with or without the assistance of the parties — a consensual approach ought to be favoured. This approach would invite the Attorney General and the *amicus* to meet and agree on the rate of remuneration and on the administration of the budget.

[133] Both parties should negotiate in good faith and with due regard for their respective obligations to the judicial process: Attorneys General should consider their duty to promote the sound administration of justice and *amici curiae* should keep in mind both the element of public service inherent in their role and the “privilege of belonging to a profession that is not simply a business”: *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), at para. 28.

[134] The provincial Attorney General and the *amicus* should be given a limited time to negotiate based upon the state of proceedings and the urgency of the appointment. In general, negotiations should be given as little time as is practicable. Any dispute regarding remuneration should be resolved expeditiously, in a manner that does not delay, much less derail, the proceedings. Moreover, the *amicus* should not be permitted to hold proceedings hostage by extending negotiations in order to secure more generous compensation.

introduites contre la Couronne, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 22. Puisque l’Assemblée législative a autorisé au préalable le versement de fonds aux fins d’exécuter les ordonnances judiciaires, il ne saurait y avoir violation du principe de l’arrêt *Auckland Harbour*.

[131] Je signale que l’art. 13 de la *LAF* lui-même *ne* confère *pas* au tribunal le pouvoir d’ordonner au ministère public d’engager des sommes ou de rémunérer un *amicus curiae*. Il autorise plutôt l’exécutif à effectuer le paiement une fois l’ordonnance judiciaire dûment rendue, ce qui écarte l’application du principe de l’arrêt *Auckland Harbour*.

IV

[132] Lorsque, avec ou sans le concours des parties, le juge du procès nomme un *amicus curiae* et définit son mandat, il y a lieu de favoriser la démarche consensuelle en invitant le procureur général et l’*amicus* à s’entendre sur le taux de rémunération de ce dernier et sur l’administration de son budget.

[133] Les deux parties doivent négocier de bonne foi en tenant dûment compte de leurs obligations respectives à l’égard de la procédure judiciaire. Le procureur général doit en effet garder présente à l’esprit son obligation de promouvoir la bonne administration de la justice, et l’*amicus curiae* ne doit perdre de vue ni la notion de service public inhérente à sa fonction, ni son [TRADUCTION] « privilège d’exercer une profession qui ne se résume pas à exploiter une entreprise » : *Ontario c. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), par. 28.

[134] Le délai de négociation accordé au procureur général provincial et à l’*amicus* devrait être limité selon le stade de l’instance et l’urgence de la nomination. En général, le délai doit être le plus court possible. Tout différend sur la rémunération doit être réglé rapidement de manière à ne pas retarder l’instance, voire la faire avorter. Qui plus est, l’*amicus* ne doit pas être en mesure de tenir le sort de l’instance entre ses mains et de prolonger les négociations afin d’obtenir une rémunération plus généreuse.

[135] If the Attorney General and the *amicus* cannot reach agreement, the trial judge should fix the rate of remuneration. The Attorney General then retains the option of either paying the fee or staying the proceedings.

[136] The ultimate choice of whether to proceed with the prosecution in light of the associated costs appropriately remains that of the Attorney General. The proper balance between prosecutorial discretion and the jurisdiction of the court is thus preserved. A *Rowbotham* order achieves that same result by a different and well-established route, which is not in issue here. As Iacobucci and Major JJ. explained in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 47:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution . . . do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis in original.]

[137] In fixing the rate of remuneration, the trial judge should take into account a number of considerations. I believe that the factors identified by the Ontario Court of Appeal in *Figueroa* in determining the rate of remuneration of an independent prosecutor are equally applicable in the case of an *amicus* appointment. Goudge J.A. set out these factors in *Figueroa*, at paras. 27-30:

In my view, a number of considerations should go into this task. While not exhaustive, that list includes the importance of the assignment undertaken, the legal complexity of the work to be done, the skill and

[135] Lorsque le procureur général et l'*amicus* ne parviennent pas à s'entendre, il appartient au juge du procès de déterminer la rémunération du second, auquel cas, le procureur général a toujours le choix de verser les honoraires ou de suspendre l'instance.

[136] La décision finale d'aller ou non de l'avant avec la poursuite à la lumière des frais engagés demeure à bon droit celle du procureur général. Le juste équilibre entre le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et la compétence du tribunal est ainsi maintenu. L'ordonnance de type *Rowbotham* permet d'arriver au même résultat par une voie différente et bien établie, mais elle n'est pas en cause en l'espèce. Comme l'expliquent les juges Iacobucci et Major dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 47 :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites [. . .] ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Souligné dans l'original.]

[137] Pour déterminer quelque rémunération, le juge du procès doit tenir compte d'un certain nombre de considérations. Je crois que celles relevées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Figueroa* pour le cas d'un avocat du secteur privé appelé à représenter la poursuite s'appliquent également dans le cas d'un *amicus*. Dans *Figueroa*, le juge Goudge énumère ces considérations (par. 27-30) :

[TRADUCTION] À mon avis, un certain nombre de considérations doivent être prises en compte à cette fin. Elles comprennent notamment l'importance du mandat, la complexité juridique du travail requis, la compétence

experience of counsel to be appointed and his or her normal rate charged to private sector clients. These considerations reflect the fact that, to some extent, this is a retainer like any other.

However, in several respects this is not a retainer like any other. First, the independent prosecutor is being asked by the court to serve the needs of the administration of justice. In my view, acting in the public interest in this way constitutes one manifestation of the professional responsibility that has characterized the legal profession at its best. To the extent that an independent prosecutor is performing such a public service, he or she ought not to expect to be remunerated at private sector rates. It is part of the privilege of belonging to a profession that is not simply a business.

Second, it must be remembered that the rate fixed for the independent prosecutor will be paid from public funds. In an age when there are so many pressing needs taxing that resource, I do not think that it should be used to pay at private sector rates.

Thus I would add these two considerations to the list. It is relevant to fixing a reasonable rate for the independent prosecutor that he or she is performing a public service paid for with public funds.

See also *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374.

[138] The Attorney General of Ontario urges us to accept that the legal aid tariff constitutes a presumptively reasonable remuneration for an *amicus*. While the legal aid tariff should be taken into account as a guide, it is certainly not determinative: *White*.

[139] It must be recalled that *amici* are not bound by the legal aid regime. Their client is the court, not an indigent accused, and they are “not parties to that implicit agreement between the defence bar and the state through which, it appears, defence counsel have agreed to effectively contribute a portion of their services to ensure that the broadest number of indigent defendants are afforded the legal representation they could not otherwise retain”: *R. v. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII), at para. 11.

et l'expérience de l'avocat nommé et le tarif qu'il exige normalement de ses clients du secteur privé. Ces éléments indiquent dans une certaine mesure qu'il s'agit d'un mandat comme un autre.

Toutefois, sous certains rapports, il ne s'agit pas d'un mandat comme tout autre. Premièrement, le tribunal demande à son titulaire de répondre aux besoins de l'administration de la justice. À mon sens, agir ainsi dans l'intérêt public constitue l'une des manifestations de la responsabilité professionnelle qui sied le mieux à la profession juridique. L'avocat de la poursuite indépendant qui exécute un tel mandat public ne doit pas s'attendre à être rémunéré aux tarifs du secteur privé, ce qui fait partie du privilège d'exercer une profession qui ne se résume pas à exploiter une entreprise.

Deuxièmement, il faut se souvenir que la rémunération fixée pour l'avocat de la poursuite indépendant sera payée sur les deniers publics. À une époque où tant de besoins pressants grèvent les ressources, je ne crois pas qu'elles doivent servir à payer des services aux tarifs du secteur privé.

J'ajouterais donc ces deux considérations. Lorsqu'il s'agit de fixer un tarif raisonnable pour l'avocat de la poursuite indépendant, il convient de prendre en compte le fait qu'il exécute un mandat public et qu'il est rémunéré sur les deniers publics.

Voir aussi l'arrêt *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374.

[138] Le procureur général de l'Ontario nous demande de faire droit à sa thèse voulant que la rémunération de l'*amicus* au tarif de l'aide juridique doive être tenue pour raisonnable. Certes, ce tarif doit être pris en compte à titre indicatif, mais il n'est certainement pas décisif : *White*.

[139] Rappelons que l'*amicus* n'est pas lié par le régime d'aide juridique. Son client est le tribunal, et non un accusé impécunieux, et il [TRADUCTION] « n'est pas partie à l'accord tacite entre les avocats de la défense, d'une part, et l'État, d'autre part, suivant lequel, apparemment, les premiers acceptent de faire don en partie de leurs services afin que le plus grand nombre de prévenus impécunieux qui, autrement, ne seraient pas représentés, aient droit aux services d'un avocat » : *R. c. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII), par. 11.

[140] As mentioned earlier, I also favour a consensual approach to determining the manner in which an *amicus's* budget and payment is to be managed. A reasonable budget is necessary to enable the *amicus* to do that which is expected of him. In my respectful view, subject to the agreement of an *amicus*, it would be inappropriate to consign the administration of *amici's* budgets to Legal Aid. Legal Aid's expertise is in setting budgets for a person of modest means, which is not the applicable standard in the case of *amici* appointments.

V

[141] It has not been suggested — nor can it be — that an immoderate or unreasonable fee was set by the trial judges in any of the cases before us. In each instance, the fees fixed are substantially lower than the *amicus's* private practice rates and are virtually identical to the fees paid by the *Crown* to similarly qualified counsel retained as *ad hoc* prosecutors, or to represent witnesses in criminal cases, or pursuant to s. 684 of the *Criminal Code: Imona Russel #1*, at para. 49; *Figueroa; Chemama*, at para. 14.

[142] The trial judges exercised their jurisdiction appropriately in setting the rates of remuneration and in providing for the management of the *amici's* budgets. They committed no reviewable error of law in the exercise of their discretion.

VI

[143] For all of the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LEBEL, FISH, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

[140] Comme je l'indique précédemment, je préconise également une démarche consensuelle pour déterminer les modalités d'administration du budget de l'*amicus* et sa rémunération. Un budget d'un montant raisonnable s'impose afin que l'*amicus* puisse s'acquitter de son mandat. Soit dit en tout respect, sauf consentement de l'*amicus*, il est inopportun de confier l'administration de son budget à l'Aide juridique. Celle-ci établit le budget de représentation de personnes peu fortunées en appliquant des normes qui ne sauraient valoir à l'égard de l'*amicus*.

V

[141] Nul n'a prétendu — ni ne peut prétendre — que les juges ont, en l'espèce, fixé des honoraires exagérés ou déraisonnables. Dans chacune des affaires, les honoraires accordés sont sensiblement inférieurs à ceux exigés par l'*amicus* de ses clients du privé et presque identiques à ceux versés par le *ministère public* à des avocats aux qualifications équivalentes pour exercer la fonction de poursuivant *ad hoc* ou pour représenter un témoin dans un dossier criminel, ou encore, sur le fondement de l'art. 684 du *Code criminel : Imona Russel n° 1*, par. 49; *Figueroa; Chemana*, par. 14.

[142] Ils ont exercé leur compétence convenablement pour arrêter les taux de rémunération et les modalités de gestion des budgets des *amici*. Ils n'ont commis, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, aucune erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire.

VI

[143] Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, FISH, ABELLA et CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto; Louis P. Strezos & Associate, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Advocates' Society: John Norris, Toronto.

Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Committee: Hiltz Szigeti, Toronto; Swandron Associates, Toronto; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto; Louis P. Strezos & Associate, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Advocates' Society : John Norris, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Hiltz Szigeti, Toronto; Swandron Associates, Toronto; Supreme Advocacy, Ottawa.