

A-132-76

A-132-76

**The Queen in the right of Canada (Appellant)**

v.

**The Queen in the right of the Province of Prince Edward Island (Respondent)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Pratte and Le Dain JJ.—Ottawa, May 10 and 11 and December 5, 1977.

*Crown — Torts — Damages — Government of Prince Edward Island claimed damages in Trial Division for interruption of ferry service — Trial Division ruled ferry service statutory duty of federal Government and found breach — Breach did not give rise to damages — Federal Government appealed and P.E.I. cross-appealed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 19 — The British North America Act, 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3, s. 146 (U.K.) (R.S.C. 1970, Appendix II) — Order in Council (Imp.) dated June 26, 1873 (R.S.C. 1970, Appendix II).*

An action for damages was brought under section 19 of the *Federal Court Act* by the Queen in right of Prince Edward Island because of an interruption in the ferry service between the Island and the mainland—a service required of Canada by the Terms of Union. The Trial Division held that there was a breach of statutory duty by the Government of Canada, but that it did not give rise to an action in damages. The Government of Canada appealed against the determination that there was a breach of statutory duty, and the Government of Prince Edward Island cross-appealed against the determination that it does not give rise to liability in damages.

*Held, per Jackett C.J.*, the appeal is dismissed and the cross-appeal is allowed. The Prince Edward Island Terms of Union created a legal duty in favour of that Province in respect of a ferry service. By imposing duties on Canada in favour of Prince Edward Island, the United Kingdom Parliament made both Governments parties to statutory rights or duties, no matter how unorthodox it may be to create legal rights without legal remedies. When there is a statutory right to have something done with no express sanction for breach, there is, *prima facie*, an implied right to be compensated for breach of such right. It does not follow, however, that the Province has a right to judgment against Canada. Section 19 of the *Federal Court Act* creates a jurisdiction to decide disputes as between political entities and not as between persons recognized as legal persons in the ordinary municipal courts. The effect of the enactment of the original forerunner of section 19, once the “agreeing” provincial legislation was passed, was to convert a legal (statutory) right into a legal right with a remedy, albeit a remedy that can be nothing more than a judicial declaration. In a section 19 proceeding, the parties are political entities which cannot be described more accurately than the peoples or public for the time being of the geographical areas involved. It does

**La Reine, du chef du Canada (Appelante)**

c.

**La Reine, du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard (Intimée)**

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Pratte et Le Dain—Ottawa, les 10 et 11 mai et 5 décembre 1977.

*Couronne — Torts — Dommages — Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard a réclamé des dommages-intérêts en Division de première instance pour une interruption du service de traversiers — La Division de première instance a jugé qu'il y a eu manquement au devoir statutaire attribué au gouvernement fédéral d'assurer le service de traversiers—L'inexécution ne donne pas lieu à des dommages-intérêts—Appel du gouvernement fédéral et appel incident de l'I.-P.-É.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 19—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 146 (R.-U.) (S.R.C. 1970, Appendice II)—Arrêté en conseil (impérial) en date du 26 juin 1873 (S.R.C. 1970, Appendice II).*

La Reine, du chef de l'Île-du-Prince-Édouard, a intenté une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* suite à une interruption du service de traversiers entre l'Île et le continent—service que le Canada doit assurer en vertu des conditions de l'Union. La Division de première instance a jugé qu'il y a eu manquement au devoir statutaire imposé au gouvernement du Canada, mais qu'il ne donnait pas lieu à une action en dommages-intérêts. Le gouvernement du Canada en appelle de la conclusion qu'il y a eu manquement à l'obligation statutaire, et le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard forme un appel incident contre la conclusion que ce manquement ne donne pas lieu à une responsabilité en dommages-intérêts.

*Arrêt:* par le juge en chef Jackett, l'appel est rejeté et l'appel incident accueilli. Les conditions de l'entrée de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union ont créé en faveur de cette province une obligation légale relative à un service de traversiers. En imposant au Canada des devoirs en faveur de l'Île-du-Prince-Édouard, le Parlement du Royaume-Uni les a fait parties à des droits et à des devoirs statutaires, peu importe jusqu'à quel point c'est une hérésie de créer des droits sans recours légaux. Lorsqu'il existe un droit statutaire à l'exécution de quelque chose, mais pas de sanction expresse pour l'inexécution, il y a à première vue un droit implicite à indemnisation pour manquement à ce droit. Toutefois, il ne s'ensuit pas que la province a droit à un jugement contre le Canada. L'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* crée une compétence qui tranche les différends entre des entités politiques et non pas entre des personnes juridiques reconnues devant les tribunaux municipaux ordinaires. L'adoption du premier texte législatif qui a précédé l'article 19, après que la loi provinciale qui reconnaît la compétence eut été passée, a eu pour effet de convertir un droit légal (statutaire) en un droit légal assorti d'un redressement, bien que ce redressement se limite à une déclaration judiciaire. Dans une procédure engagée en vertu de l'article 19, les parties sont des

not matter whether such parties are referred to in the proceedings by the geographical names or by references to the executive governments that represent the inhabitants of the geographical areas.

*Per Pratte J.* (dissenting in part), the appeal should be dismissed, for reasons given by Jackett C.J. and Le Dain J., and the cross-appeal should also be dismissed. A constitutional document of the nature of the Order in Council cannot be ascribed with the intention of imposing on the Dominion Government the obligation to compensate all those of the public who might suffer damage as a consequence of its failure to perform its obligation of maintaining the ferry service. Further, if the duty in respect of the ferry service is conceived of as an obligation toward the new Province, it was not the intention of the Order in Council that the Dominion Government, in case of breach, be liable to the Province for the damage suffered as a consequence of the breach. When this duty was imposed on the Dominion Government, it was not, even if it is considered a duty toward the Province, a duty enforceable through legal means for there was no Court then before which the Dominion could be brought to answer the claim of the Province. That an authority, imposing an obligation enforceable by purely political means, might intend to create liability in damages in case of breach is unimaginable. The question of liability resulting from a breach of obligation can only arise in respect of a legally enforceable obligation. Furthermore, in the case of failure of the Dominion Government to operate the ferry service, the Government of the Island would not be likely to suffer any direct damage. It is inconceivable that the Order in Council intended to create a liability toward a government which was not likely to suffer any direct damage as a consequence of the Dominion's failure to perform its obligation.

*Per Le Dain J.*, the cross-appeal is allowed and the appeal dismissed. What is to be looked for is an intention to create a legal right to compensation, however it is to be enforced, rather than a right of action as such. The intention of section 19 of the *Federal Court Act* is that rights and obligations that would otherwise be unenforceable for lack of a forum are now recognized as enforceable. (Such rights or liabilities may be thought of as inchoate, perfected by the creation of a forum for their enforcement.) The establishment and maintenance of the ferry service was an essential condition of the Union and the Order in Council clearly evidences a legal intention to create legal rights and obligations between the two Governments. The Province as distinct from individuals should be entitled to be compensated for a breach of this duty; the duty was created to establish which of the two Governments was to be responsible for providing the ferry service. It must have been intended that if Canada failed to perform this obligation the Province would have a right to be compensated for any expense or loss directly caused to it by such failure.

APPEAL.

entités politiques qu'on ne saurait décrire avec plus d'exactitude qu'en disant qu'elles représentent la population actuelle ou le public des régions géographiques concernées. Il importe peu que dans les procédures on se réfère à ces parties par leur nom géographique ou par les gouvernements exécutifs qui représentent les habitants des régions géographiques.

Par le juge Pratte, dissident en partie, l'appel devrait être rejeté, pour les motifs donnés par le juge en chef Jackett et le juge Le Dain et l'appel incident devrait également être rejeté. On ne peut attribuer à un document constitutionnel comme l'ordre en conseil l'intention d'imposer au gouvernement du Dominion l'obligation d'indemniser tous ceux à qui un manquement à son devoir de maintenir le service de traversiers aura causé dommage. Si, d'un autre côté, on conçoit le devoir relatif au service de traversiers comme une obligation envers la nouvelle province, l'auteur de l'ordre en conseil n'a pas voulu que le gouvernement du Dominion soit responsable des dommages subis par la province en conséquence de ce manquement. Lorsque ce devoir a été imposé au gouvernement du Dominion, il ne s'agissait pas, même si on le considère comme un devoir envers la province, d'un devoir susceptible d'exécution forcée, car il n'existait pas alors de tribunal pouvant connaître de la réclamation de la province. Il est difficile d'imaginer qu'en créant une obligation dont le créancier ne pouvait forcer l'exécution qu'en ayant recours à des pressions politiques, on ait pu vouloir imposer au débiteur, en cas de manquement de sa part, l'obligation de réparer les dommages en résultant. Le problème de la responsabilité du débiteur pour les dommages résultant de son manquement ne peut se soulever qu'à l'égard d'une obligation susceptible d'exécution forcée. En outre, ce n'est pas le gouvernement de l'Île qui est susceptible d'être directement affecté par le défaut du gouvernement du Dominion d'assurer le service de traversiers. On ne peut concevoir que l'auteur de l'ordre en conseil ait pu vouloir créer une obligation envers un gouvernement à qui le défaut du gouvernement du Dominion n'était pas susceptible de causer préjudice.

Par le juge Le Dain, l'appel incident est accueilli et l'appel rejeté. Ce qu'il faut rechercher, c'est l'intention de créer un droit strict à une indemnité, quelle que soit la manière dont il sera appliqué, plutôt qu'un droit d'ester comme tel. L'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* donne à des droits et à des obligations qui, d'autre part, seraient non exécutoires faute de tribunal compétent, une force exécutoire. Ces droits ou responsabilités peuvent sembler imparfaits jusqu'à ce qu'un tribunal compétent dont le rôle est de leur donner une force exécutoire, les rende parfaits. L'établissement et le maintien du service de traversiers constituaient une condition essentielle à l'Union et l'arrêté en conseil fait clairement preuve d'une intention de créer des droits et des obligations juridiques entre les deux gouvernements. La province, en tant qu'entité juridique distincte des personnes physiques, a le droit d'être indemnisée à la suite de l'inexécution de ce devoir; ce devoir a été créé pour déterminer lequel des deux gouvernements aurait la responsabilité de fournir le service de traversiers. C'était certes l'intention du législateur de donner à la province le droit d'être indemnisée de tous frais et pertes subis directement par elle en cas de défaut par le Canada de remplir son obligation.

APPEL.

## COUNSEL:

*G. W. Ainslie, Q.C.*, and *Duff Friesen* for appellant.

*John Coyne, Q.C.*, and *John A. Ghiz* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Scales, Ghiz, Jenkins & McQuaid*, Charlottetown, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

JACKETT C.J.: This is an appeal and cross-appeal from a judgment of the Trial Division in a proceeding under section 19 of the *Federal Court Act* in respect of an alleged breach by the "Federal Government" of one of the terms upon which Prince Edward Island was admitted, under section 146 of *The British North America Act, 1867*, to the "Union" constituting Canada as created under that Act.

By section 146, the Queen in Council was authorized, *inter alia*, on Addresses from the Canadian Houses of Parliament and the Legislature of the Colony of Prince Edward Island, to admit the Colony into the Union "on such Terms and Conditions ... as are in the Addresses expressed" and it was enacted that "the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland". When Prince Edward Island was admitted to the Union on June 26, 1873, one of the terms on which it was admitted read, in part:

That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.:—

Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion;

## AVOCATS:

*G. W. Ainslie, c.r.*, et *Duff Friesen* pour l'appelante.

*John Coyne, c.r.*, et *John A. Ghiz* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*Scales, Ghiz, Jenkins & McQuaid*, Charlottetown, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il s'agit ici de l'appel et de l'appel incident d'un jugement rendu par la Division de première instance dans une action introduite en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour une prétendue inexécution par le «gouvernement fédéral» de l'une des conditions auxquelles l'Île-du-Prince-Édouard a été admise, en vertu de l'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, dans l'Union qui constitue le Canada tel que créé par cet acte.

L'article 146 autorise le Conseil privé de la Reine, entre autres, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada et des chambres de la législature de la colonie de l'Île-du-Prince-Édouard, à admettre cette colonie dans l'Union «aux termes et conditions ... qui seront exprimés dans les adresses» et il édicte que «les dispositions de tous arrêtés en conseil rendus à cet égard auront le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande». Lorsque, le 26 juin 1873, l'Île-du-Prince-Édouard a été admise dans l'Union, l'une des conditions de cette admission était la suivante:

[TRADUCTION] Que le gouvernement du Canada assumera la responsabilité et supportera tous les frais des services suivants:\*

Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada;

\* La version française de ce paragraphe donnée dans les S.R.C. 1970, Appendices, p. 295 est la suivante: «Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants.»

By the statement of claim by which the proceeding was commenced in the Trial Division, it was alleged, *inter alia*, in effect,

(a) that, during a period from August 23, 1973 to September 2, 1973, a ferry service established by the Federal Government ceased to operate;

(b) as a result of that cessation of service, the Province had been put to loss and expense and will be put to further loss and, in addition, the reputation of the Province in the tourist industry has suffered severe reverses which will affect the number of tourists coming to the Province causing the Province to lose revenue;

and a claim was made for damages, costs and such further and other relief as the Court might deem just and expedient.

The Deputy Attorney General of Canada filed a defence, which, in addition to raising various questions of a legal character, in effect,

(a) alleged that the Government of Canada has maintained at all material times an efficient ferry service between Prince Edward Island and the mainland of Canada, and

(b) admitted that there was no ferry service between Borden and Cape Tormentine on August 21, 1973, or from 6:30 p.m. on August 23, 1973 to 3:00 a.m. on September 2, 1973.

It appears from the learned Trial Judge's reasons for judgment [[1976] 2 F.C. 712] that the trial was, in the first instance, limited to the question of "liability" and that the question of damages was deferred to a subsequent time depending upon the resolution of the question of liability. At his request, the parties had agreed upon the following statement of issues:

1. Was there a breach of statutory duty on the part of the Dominion Government?
2. Does the breach give rise to an action for damages?
3. Does the statute contemplate the type of damages complained of?
4. Quantification.

He found it necessary, therefore, at the end of the first stage of the trial, to deal only with the first two of the issues so stated and he, accordingly, posed to himself the following questions:

1. What is the duty imposed upon the Government of Canada and the nature thereof?

La déclaration, qui a introduit l'action devant la Division de première instance déclare entre autres

a) que, du 23 août 1973 au 2 septembre 1973, le service de traversiers établi par le gouvernement fédéral a été interrompu;

b) que, comme résultat de cette interruption, la province a subi des pertes et des frais et subira d'autres pertes et qu'en outre, la réputation de la province en matière d'industrie touristique a été fortement atteinte, ce qui aura un effet néfaste sur le nombre de touristes se rendant dans la province et lui causera une perte de revenus;

et réclame des dommages-intérêts, les dépens et tout autre redressement que la Cour pourrait estimer juste et opportun.

Le sous-procureur général du Canada a déposé un exposé de défense qui, en plus de soulever plusieurs questions de nature juridique,

a) prétend que le gouvernement du Canada a maintenu, à tous les moments pertinents, un service de traversiers efficace entre l'Île-du-Prince-Édouard et les côtes du Canada, et

b) admet qu'il n'y a pas eu de service de traversiers entre Borden et Cap Tourmentin le 21 août 1973 ou du 23 août 1973 à 18h30 au 2 septembre 1973 à 3h.

Il ressort des motifs du savant juge de première instance [[1976] 2 C.F. 712] que l'audition devant lui n'a porté que sur la question de la responsabilité, celle des dommages-intérêts ayant été renvoyée à une date ultérieure, suivant le règlement de la première question. A sa demande, les parties sont tombées d'accord sur l'exposé des points litigieux suivants:

1. Y a-t-il eu de la part du gouvernement du Dominion inexécution d'un devoir statutaire?
2. Ce manquement donne-t-il lieu à une action en dommages-intérêts?
3. La loi vise-t-elle le genre de dommages en question?
4. Évaluation des dommages.

A la fin du premier stade de l'instance, le juge a estimé nécessaire de ne statuer que sur les deux premiers points et, à ce propos, il s'est posé les questions suivantes:

1. En quoi consiste le devoir imposé au gouvernement du Canada et quelle en est la nature?

2. Depending upon the answer to the first question, the next question arising is whether there was a breach of that duty by the Government of Canada, and
3. Assuming there was a breach of the duty or failure to comply with constitutional obligations, does that breach or failure give rise to an action for damages, which is the relief sought, at the instance of the Government of the Province?

The learned Trial Judge's conclusion [at page 726] on the first of these three questions was as follows:

Accordingly I conclude that the obligation is upon the Dominion to assume and defray the cost of the establishment and maintenance of an efficient ferry service between the Province and the mainland. The words "assume and defray all the charges" mean that the Dominion is to accept the responsibility for the cost of the services named in the Order in Council and to pay these costs. For the reasons expressed it is also the responsibility of the Dominion to establish and maintain an efficient and continuous (in the sense of being uninterrupted and inoperative for a protracted period) ferry service between the Province and the mainland and to pay the cost of so establishing and maintaining that service.<sup>1</sup>

With reference to the second question, the learned Trial Judge found the facts [at pages 726-728] as follows:

It is agreed that there was an interruption of the ferry service by the Canadian National Railway employed by the Dominion to conduct that ferry service on its behalf from August 21, 1973, until September 2, 1973, a period of 10 days, 8½ hours. That interruption of ferry service was consequent upon a national strike by the employees of the Canadian National Railways. It was known that 1973 was a "contract year" and it was also known generally, as early as May and June of that year, that there was every likelihood that a settlement would not be reached between the bargaining parties and that the possibility of a strike was imminent. The strike, when it occurred, was a legal strike after all procedures by the *Canada Labour Code* had been taken. In the public interest and for the public economy Parliament legislated the employees back to work and the railway service, including the ferry service, was resumed on September 2, 1973.

The CNR operated the ferry service over two routes and engaged five vessels in doing so. These five vessels had a daily capacity of 4,270 vehicles. This is the service that was struck.

The Northumberland Ferries Limited operated a third ferry service on behalf of the Dominion in which it had engaged three vessels with a total daily capacity of 960 vehicles. This

<sup>1</sup> While the appeal has not developed in such a way as to require that I express a conclusion with regard thereto, having regard to their political context, and notwithstanding where the particular obligation was inserted, I am inclined to construe the particular obligation in the Terms of Union as an obligation to "assume" and "defray all the charges for" an efficient ferry service and not to regard the words beginning "thus placing . . ." as a limitation on the scope of the obligation.

2. En fonction de la réponse à la première question, le gouvernement du Canada a-t-il manqué à ce devoir?

3. A supposer qu'il y a eu manquement à ce devoir ou défaut de s'acquitter d'obligations constitutionnelles, ce manquement ou ce défaut permet-il à la province d'intenter une action en dommages-intérêts (redressement demandé en l'espèce)?

A la première des trois questions, le savant juge de première instance a répondu [à la page 726] ce qui suit:

Je conclus donc que l'obligation de prendre en charge les dépenses occasionnées par l'établissement et le maintien d'un service convenable de traversiers entre la province et le continent incombe au Canada. L'expression «se charger des dépenses» signifie que le Canada doit assumer la responsabilité des dépenses occasionnées par les services mentionnés dans l'arrêté en conseil et qu'il doit payer ces dépenses. Comme je l'ai déjà dit, il incombe également au Dominion d'établir et de maintenir un service de traversiers convenable et continu (c'est-à-dire ininterrompu et sans arrêt prolongé du service) entre la province et le continent et de prendre en charge les dépenses occasionnées par l'établissement et le maintien de ce service.<sup>1</sup>

A propos de la seconde question, le savant juge de première instance a constaté les faits suivants [aux pages 726-728]:

Les parties conviennent que la Compagnie des chemins de fer nationaux chargée par le Canada de l'exploitation du service de traversiers a interrompu ledit service du 21 août 1973 au 2 septembre 1973, soit 10 jours et 8 heures et demie. Cette interruption du service était due à une grève nationale des employés de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. On savait que 1973 était l'«année des négociations» et, en outre, dès mai et juin de cette année-là, qu'il était peu probable que les parties règlent leur différend. La grève était donc imminente. La grève fut déclenchée légalement au terme des étapes imposées par le *Code canadien du travail*. Dans l'intérêt public et pour la sauvegarde de l'économie, le Parlement adopta une loi décrétant le retour au travail, et le service ferroviaire, ainsi que le service de traversiers, reprit le 2 septembre 1973.

Le service de traversiers du CN utilisait, sur deux itinéraires, cinq navires pouvant transporter 4,270 véhicules par jour. C'est ce service qui a été paralysé par la grève.

La Northumberland Ferries Limited exploitait un troisième service de traversiers au nom du gouvernement fédéral et utilisait trois navires capables de transporter 960 véhicules par

<sup>1</sup> Le déroulement de l'appel n'exige pas que j'exprime une opinion à ce sujet. Cependant, compte tenu du contexte politique et quel que soit l'endroit où cette obligation a été insérée, je suis enclin à interpréter l'obligation particulière découlant des conditions de l'Union comme une obligation d'«assumer . . . la responsabilité» et de «supporter . . . tous les frais» d'un service de traversiers convenable, et à ne pas considérer la phrase commençant par «assurant ainsi . . .» comme une limitation à la portée de l'obligation.

service was in continuous service during the period that the CNR was struck.

It was agreed that there was no interruption in mail service to the Island during the railway strike and that there was a scheduled air service operating daily carrying passengers.

The two principal industries of the Island are agriculture and tourism, in that order. The tourist season lasts for ten weeks, the peak being in July and August. Almost all of the tourists reach the Island by automobile carried on the ferries. In addition, the residents of the Magdalen Islands in the Gulf of St. Lawrence and tourists visiting those Islands, if they wish to reach the mainland, do so by taking a ferry service from those Islands to Prince Edward Island and continue their journey by ferry service from Prince Edward Island to the mainland. About 80 automobiles per day sought to do this during the period of the strike.

The tourist season ends approximately in the last week in August each year and in 1973 it ended on August 23, the day after the strike began. It takes no imagination to realize the consternation which resulted. Families on vacation were anxious to return home to get their children back to school for the fall term. A great many people were stranded on the Island and many of that number had exhausted their holiday funds. The Government of the Province provided free food and lodging for those who were destitute and set up an emergency cheque cashing service for those with reliable credit. The Province set up an emergency reservation system for the sole operating ferry service. It issued reservation tickets, numbered sequentially, which were in effect reservations to make reservations. Top priority was accorded to truck traffic with lesser priorities following. To make an actual reservation on the only ferry involved a delay of seven to eight days. The Province assigned 144 of its employees to provide these services.

During the period of the strike Northumberland Ferries Limited was able to move 6,463 vehicles and their passengers off the Island. In 1974, that is the next year, the Canadian National Railways over its two ferry lines moved 20,874 vehicles off the Island over the same period of time for which the strike had lasted in 1973. Assuming the traffic conditions to be approximately the same in both years, this comparison would afford a reasonable indication in the breakdown of the ferry service in the period in 1973.

The damage to the national economy caused by the strike was such that Parliament deemed it wise to order the employees back to work by appropriate legislation. The inconvenience caused to the public resident on the mainland was great but those persons could adjust to other means of transportation of passengers and freight, though not as efficiently. The impact upon the residents of Prince Edward Island was accentuated manifold by reason of the fact that the Province is an island separated from the mainland by the Strait of Northumberland which at its narrowest point is approximately 9 miles wide.

On these facts, he found [at page 729] that, during the period of the strike, the ferry service "fell short of being productive of the results required and was therefore inefficient"; and he concluded [at page

jour. Ce service continu ne fut pas interrompu durant la grève des employés du CN.

Les parties ont admis que la grève n'a pas interrompu le service postal entre l'Île et le continent et qu'un service aérien à horaire fixe transportait quotidiennement des passagers.

*a* L'agriculture et le tourisme occupent, respectivement, les premier et deuxième rang des industries de l'Île. La saison du tourisme dure dix semaines avec une période de pointe en juillet et août. Presque tous les touristes utilisent les traversiers pour se rendre sur l'Île en automobile. En outre, les habitants des Îles de la Madeleine, dans le golfe du Saint-Laurent, ainsi que les touristes qui s'y rendent, reviennent sur le continent en prenant le traversier, qui relie ces Îles et l'Île-du-Prince-Édouard et de là, le traversier, qui les ramène sur le continent. Environ 80 voitures par jour cherchaient à regagner ainsi le continent pendant la grève.

*c* La saison touristique se termine aux environs de la dernière semaine d'août et, en 1973, le 23 août, le lendemain du début de la grève. On peut facilement imaginer la consternation qui devait s'ensuivre. Les parents en vacances avec leurs enfants craignaient d'être en retard pour la rentrée des classes. Un bon nombre de personnes étaient ainsi bloquées sur l'Île et, les vacances finies, beaucoup se retrouvaient sans argent. Le gouvernement provincial a fourni gratuitement nourriture et logement à ceux qui étaient sans ressources et un service exceptionnel d'encaissement de chèques fut mis sur pied pour ceux qui prouvaient leur solvabilité. La province organisa également d'urgence un système de réservations pour l'unique service de traversier actif. Elle émettait des billets numérotés qui établissaient en fait l'ordre dans lequel se feraient les réservations. La priorité était accordée aux camions, le reste suivait selon un ordre établi. Une réservation ferme sur l'unique traversier prenait de sept à huit jours. Cent quarante-quatre employés provinciaux étaient affectés à ces services.

*f* Durant la grève, la Northumberland Ferries Limited permit à 6,463 véhicules et à leurs passagers de quitter l'Île. En 1974, l'année suivante, 20,874 véhicules avaient quitté l'Île par les deux parcours de traversiers de la Compagnie des chemins de fer nationaux sur une période égale à la durée de la grève en 1973. En supposant que le nombre de véhicules était à peu près le même les deux années, on peut mieux percevoir l'effet de l'interruption du service en 1973.

*h* L'économie nationale était à ce point touchée par la grève que le Parlement a jugé prudent d'adopter une loi décrétant le retour au travail. Sur le continent, les inconvénients de la grève étaient considérables mais, on pouvait tout de même utiliser d'autres moyens de transport pour passagers et marchandises même si le service offert n'était pas aussi efficace. Dans l'Île, les conséquences de la grève furent d'autant plus importantes que la province est séparée du continent par le détroit de Northumberland, large d'environ 9 milles au point le plus proche.

*j* Au vu de ces faits, il a estimé [à la page 729] que pendant la grève, le service de traversiers «Était insuffisant . . . [il] n'a pu produire les résultats voulus et s'est donc avéré inefficace». Il en a donc

730], therefore, that “the Dominion Government was in breach of its duty imposed upon it by the Order in Council”.

The learned Trial Judge, however, decided [at page 738], with reference to the third question, for reasons to which reference will be made hereafter, that “the breach of the duty does not give rise to an action for damages at the suit of Her Majesty in the right of Prince Edward Island”.

At the conclusion of the part of the Trial dealing with the question of liability, judgment was rendered in the following terms:

The breach of the statutory duty upon Her Majesty the Queen in the right of Canada does not give rise to an action for damages for that breach at the suit of Her Majesty the Queen in the right of the Province of Prince Edward Island.

The plaintiff is, therefore, not entitled to judgment for the relief sought in Her statement of claim.

Each party shall bear its own costs.

From this judgment, the Deputy Attorney General of Canada appealed on behalf of the appellant, and the respondent cross-appealed.

The point on which the appeal is based is put by the memorandum filed in this Court by the Attorney General of Canada, as follows:

The Attorney General of Canada submits that the learned trial judge erred in holding that a ferry service, which was acknowledged to be an efficient service, had become an inefficient service during a 10-day and 8½-hour period when there was a general strike by the employees of the operator with the consequence that the services provided by the other ferryman were inadequate.

On this question, I am in agreement with the conclusion reached by the learned Trial Judge. In any event, in my view, his conclusion was a conclusion of fact, was open to him on the evidence and cannot be said to be clearly wrong.<sup>2</sup> In my view, the appeal should, therefore, be dismissed.

<sup>2</sup> It is to be noted that the Attorney General's memorandum raises no question as to the legal effect of the particular part of the Terms of Union but merely the question of fact as to whether what had admittedly been an “efficient service” had become “inefficient”. No request was made for any amendment to the memorandum. The only question to be considered, therefore, is the question of fact. I do not mean to cast doubt on the view that Canada was bound by the Terms of Union to provide an efficient ferry service or the view that, having regard to changes in circumstances since 1873, what was required by the “Terms” was the kind of ferry service being provided before the 1973 strike.

conclu [à la page 730] que «le gouvernement canadien a manqué au devoir que lui imposait l'arrêt en conseil».

Toutefois, à propos de la troisième question, le savant juge de première instance a décidé [à la page 738] que, pour des raisons que je mentionnerai ultérieurement, «Sa Majesté du chef de l'Île-du-Prince-Édouard n'a pas pour autant le droit d'interjeter une action en dommages-intérêts».

En clôturant la partie de l'instance qui traite de la question de la responsabilité, il a prononcé son jugement dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le manquement au devoir statutaire attribué à Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts à l'instance de Sa Majesté la Reine, du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard.

La demanderesse n'a donc pas droit à un jugement pour le redressement qu'elle demande dans sa déclaration.

Chaque partie se chargera de ses propres frais.

Le sous-procureur général du Canada a interjeté appel de ce jugement au nom de l'appelante et l'intimée a présenté un appel incident.

Le point sur lequel l'appel repose est énoncé dans le mémoire déposé devant cette cour par le procureur général du Canada. En voici les termes:

[TRADUCTION] Le procureur général du Canada affirme que le savant juge de première instance a eu tort de statuer qu'un service de traversiers, reconnu comme un service efficace, est devenu inefficace pendant 10 jours et 8½ du fait d'une grève générale des employés de l'exploitant, qui a eu comme conséquence que les services fournis par l'autre exploitant d'un service de traversiers se sont révélés insuffisants.

Sur ce point, je suis d'accord avec les conclusions du savant juge de première instance. En tout cas, elles portent sur les faits et lui ont été inspirées par la preuve. On ne peut donc pas dire carrément qu'il a eu tort.<sup>2</sup> J'estime que l'appel doit être rejeté.

<sup>2</sup> A noter que le mémoire du procureur général ne soulève pas la question de l'effet juridique qu'a cette partie des conditions de l'Union, mais simplement la question de fait suivante: le service, reconnu comme «efficace», est-il devenu «inefficace»? Personne n'a demandé que le mémoire soit modifié. Donc, la seule question qui reste à examiner est la question de fait. Je n'ai pas l'intention de mettre en doute que le Canada était tenu par les conditions de l'Union de fournir un service de traversiers efficace ni de contester que, compte tenu des changements survenus depuis 1873, le service de traversiers requis en vertu des «conditions» était celui fourni avant la grève de 1973.

On the cross-appeal, the respondent submits that the finding of the learned Trial Judge that the breach of duty “did not give rise to a cause of action in the Province for damages” was wrong.

The reasons given by the learned Trial Judge for holding that the appellant is not liable in these proceedings to the respondent even though he had concluded that the “Dominion Government” was in breach of its duty under the Terms of Union may, as I understand them, be summarized as follows:

1. He conceived the question to be whether “an action will lie for damages” and expressed the view [at pages 730-731] that

Whether such action for damages will lie will depend on the intention of the legislature to be derived from the language of the statute, in this instance *The British North America Act* and the Order in Council, and taking the matter a step further, what party is entitled, within the ambit of the statute, to bring the action, or put another way, who is the intended beneficiary of the right.

2. He cited authority for the proposition that a provincial executive’s power to create binding contractual obligations is subject to legislative authorization or ratification and seemed to apply that principle as leading to the conclusion [at page 732] that “the Crown” cannot “be held liable in a civil action for damages”.

3. Based on *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*<sup>3</sup>, which held that an action in negligence would not lie against that municipality for the manner in which it attempted unsuccessfully to exercise its legislative powers, he concluded [at page 733] that “a breach of a general public duty, in this case the duty to provide and pay for a ferry service, does not give rise to a civil action in damages against the Crown in the right of Canada”.

4. He cited a decision of the Trial Division that held that a user of the mails has no right of action against Her Majesty for an interruption of postal service and concluded [at page 734]

Quant à l’appel incident, l’intimée prétend que les conclusions du savant juge de première instance que le manquement au devoir «ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts de la part de la province» sont erronées.

Les raisons du savant juge de première instance pour statuer que l’appelante n’est pas responsable envers l’intimée, tout en concluant par ailleurs que le «gouvernement du Dominion» a manqué au devoir que les conditions de l’Union lui imposaient, peuvent, si je comprends bien, se résumer comme suit:

1. Pour lui, la question revient à décider de «la recevabilité d’une action en dommages-intérêts». Il exprime son point de vue [aux pages 730-731] dans les termes suivants:

La recevabilité d’une telle action en dommages-intérêts dépend de l’intention du législateur, exprimée dans la loi, soit en l’espèce l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* et l’arrêté en conseil; l’étape suivante consiste à déterminer à qui la loi accorde un droit d’action ou, en d’autres termes, qui est le bénéficiaire de ce droit.

2. Il cite la jurisprudence à l’appui de la proposition selon laquelle le pouvoir de l’exécutif provincial de créer des obligations contractuelles exécutoires est assujéti à une autorisation ou à une ratification législatives et il semble appliquer ce principe pour conclure [à la page 732] que «la Couronne» ne peut pas «être tenue responsable des dommages-intérêts dans une action au civil».

3. En se basant sur *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*<sup>3</sup>, où la Cour a statué qu’une action en négligence ne pouvait pas être engagée contre la municipalité en cause pour avoir tenté sans succès d’exercer ses pouvoirs législatifs, il conclut [à la page 733] qu’«un manquement à un devoir public général, soit en l’espèce le devoir de fournir un service de traversiers et de se charger des dépenses qu’il occasionne, ne donne pas naissance à une action au civil en dommages-intérêts contre Sa Majesté du chef du Canada».

4. Il cite un jugement rendu par la Division de première instance selon lequel un usager n’a pas de droit d’action contre Sa Majesté pour une interruption de service postal et conclut [à la

<sup>3</sup> [1971] S.C.R. 957.

<sup>3</sup> [1971] R.C.S. 957.

that “where there is an obligation created by the statute for the general public good and where there is a breach of that obligation, there is no right of action in a particular person injured by the breach”. He proceeded from there to consider whether “Her Majesty in the right of the Province of Prince Edward Island can maintain a civil action for damages caused by this breach of the statutory duty any more so than an individual who may have been affected thereby”. He dealt with this matter as follows [at pages 734-736]:

The general scheme of *The British North America Act* is that with regard to the distribution of legislative powers when it has been determined that the subject matter of the legislation falls within the exclusive purview of the Provincial Legislatures or the Parliament of Canada, then each such legislature is supreme. Here there is no question that the Parliament of Canada has exclusive and omnipotent jurisdiction, by virtue of section 91, Head 13, over “Ferries between a Province and any British or Foreign Country or between Two Provinces”.

In *Theodore v. Duncan* [1919] A.C. 696, Viscount Haldane said at page 706:

The Crown is one and indivisible throughout the Empire, and it acts in self-governing States on the initiative and advice of its own Ministers in these States.

Section 9 of *The British North America Act, 1867* reads:

9. The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

As such, Her Majesty the Queen in the right of Canada has seen fit to assume the responsibility of establishing and paying for a ferry service with the Island for the general good of all residents of Canada and not only for the residents of Prince Edward Island. At best, the failure to fulfill that duty might affect the residents of Prince Edward Island to a greater degree than residents of a distant province but that of itself does not confer a right of action for damages.

The Queen in the right of Prince Edward Island is the same Queen as the Queen in the right of Canada. Here the liability is that of the Queen in the right of Canada. The action to enforce that liability by way of compensation in damages is by the Queen in the right of the Province who is the same Royal Person, although advised by different ministers, but it is the Queen suing Herself which is incongruous. Accordingly I do not think that *The British North America Act* intended that the duty can be enforceable in a court by way of judgment for damages for a breach of that duty at the behest of the Queen in the right of the Province against the Queen in the right of Canada.

If that were so, there would be no need for the enactment of section 19 of the *Federal Court Act* but rather relief by way of damages could be obtained as it can by any person or legal

page 734] que «le manquement à une obligation édictée par la Loi dans l'intérêt commun n'est pas sanctionné par un droit d'action que pourrait exercer l'individu lésé». Il part de là pour examiner si, «contrairement à l'individu lésé, Sa Majesté du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard peut intenter au civil une action en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de ce manquement au devoir statutaire». Il traite cette question comme suit [aux pages 734-736]:

En ce qui concerne la répartition des pouvoirs législatifs selon l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, le principe général en la matière veut que lorsque tel domaine est considéré comme relevant de la compétence exclusive d'une législature, provinciale ou fédérale, cette législature est souveraine à cet égard. Il ne fait aucun doute en l'espèce que l'article 91(13) confère au Parlement du Canada la compétence exclusive et entière sur «les passages d'eau (*ferries*) entre une province et tous pays britannique ou étranger, ou entre deux provinces».

Dans l'arrêt *Theodore c. Duncan* [1919] A.C. 696, le vicomte Haldane dit à la page 706:

[TRADUCTION] La Couronne est une et indivisible dans toutes les parties de l'Empire et, dans les états qui s'autogouvernent, elle agit conformément à l'initiative et aux conseils de ses propres ministres dans ces États.

Voici le libellé de l'article 9 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867:

9. A la Reine continueront d'être et sont par le présent attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada.

A ce titre, Sa Majesté la Reine du chef du Canada a décidé d'assumer la responsabilité d'établir et de subventionner un service de traversiers jusqu'à l'Île, non seulement pour le bien commun des habitants de l'Île-du-Prince-Édouard mais aussi de tous les résidents du Canada. On peut dire, tout au plus, que le défaut de remplir ce devoir peut affecter davantage les résidents de l'Île-du-Prince-Édouard que ceux d'une province éloignée, mais cela ne confère pas automatiquement un droit d'action en dommages-intérêts.

La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard est la même Reine que la Reine du chef du Canada. En l'espèce, l'obligation en cause incombe à la Reine du chef du Canada. L'action en dommages-intérêts pour inexécution est intentée par la Reine du chef de la province, qui est la même personne mais conseillée par des ministres différents; la contradiction consiste dans le fait que la Reine intente des poursuites contre elle-même. A mon avis, donc, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne prévoit pas qu'un tribunal puisse faire respecter cette obligation par voie de jugement en dommages-intérêts pour manquement à ce devoir dans une action intentée au nom de la Reine du chef de la province contre la Reine du chef du Canada.

Si c'était le cas, les dispositions de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* seraient alors superflues car on pourrait obtenir un redressement par voie d'action en dommages-intérêts, à

entity under section 17 against the Crown which is defined in the Act as Her Majesty in the right of Canada.

I do not overlook that section 19 vests jurisdiction in the Trial Division of this Court in the first instance to determine controversies between Canada and a province where the legislature of the province has passed an Act agreeing that this Court has jurisdiction in such controversies as Prince Edward Island has done. However, it seems to me that because Her Majesty in the right of the Province and in the right of Canada being one and the same person cannot be construed as separate entities for the purpose of a civil action in damages, but that they can only be considered as separate entities for the limited purpose of determining the obligation of the Dominion and if there has been a breach thereof, that is to set forth the rights and obligations *vis-à-vis* the Dominion and the Province. That would be declaratory relief. But to carry the matter a step forward and say that there shall be judgment for monetary damages is not contemplated because of the very nature of the constitution as outlined in *The British North America Act*.

For the reason that Her Majesty cannot sue herself there must be a recourse to basic principles, that is the principle applicable where there is a general public duty for the benefit of all residents of Canada, not only a segment of the whole population, whom Her Majesty in the right of the Province seeks to represent. Being a general public duty for the reasons previously expressed no cause of action lies in an individual who is adversely affected by a failure to perform that duty. The right, if it had existed, would be in the individual and not in Her Majesty in the right of the Province.<sup>4</sup>

The submissions of the appellant on the cross-appeal that, as I understood them, were intended to support the conclusion that, even if there were a breach of statutory duty, in the circumstances of this case there is no right to damages, in a manner that differed somewhat from the reasons of the learned Trial Judge are summarized in that part of the memorandum of the Attorney General of Canada on the cross-appeal that reads as follows:

4. It is respectfully submitted that, having regard to the whole of the Order-in-Council and *The British North America Act, 1867*, and the circumstances in which they were enacted, the statutory duty must be held to be of a political rather than of a legal nature. The Order-in-Council divides constitutional responsibility for various subject matters between the Federal and Provincial levels of government in Canada, and the legislative

<sup>4</sup> He went on to demonstrate that he found support for his conclusion in remarks of the Chief Justice of Canada in *P.P.G. Industries Canada Ltd. and Pilkington Brothers (Canada) Limited v. The Attorney General of Canada* [1976] 2 S.C.R. 739. As these remarks do not, as it seems to me, bear on the problems raised by this proceeding, I shall not further refer to them.

laquelle peut avoir recours toute personne physique ou morale, en vertu de l'article 17 contre la Couronne soit, selon ladite Loi, Sa Majesté du chef du Canada.

Je n'oublie pas que l'article 19 confère à la Division de première instance la compétence pour trancher les litiges entre le Canada et une province lorsque l'assemblée législative de la province a adopté une loi reconnaissant que la Cour a compétence dans ces litiges, comme l'a fait l'Île-du-Prince-Édouard. Il me semble cependant que puisque Sa Majesté du chef de la province et Sa Majesté du chef du Canada sont une seule et même personne, il est impossible de conclure qu'il s'agit de personnalités juridiques différentes aux fins d'une action en dommages-intérêts, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme personnalités juridiques distinctes qu'à la seule fin de déterminer l'obligation du Canada en cas de manquement, c'est-à-dire de déterminer les droits et les obligations respectives du Canada et de la province. Il s'agirait alors d'un jugement déclaratoire. Mais on ne peut envisager d'aller plus loin et d'accorder un jugement en dommages-intérêts en raison de la nature même de la constitution telle qu'établie dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Puisque Sa Majesté ne peut intenter des poursuites contre elle-même, il faut revenir aux principes fondamentaux, c'est-à-dire aux principes applicables lorsqu'il existe un devoir d'intérêt public général au bénéfice de tous les Canadiens, et non seulement de la partie de la population que Sa Majesté du chef de la province est censée représenter. Étant donné qu'il s'agit d'un devoir d'intérêt public général, aucun individu lésé par suite du manquement à ce devoir n'a de cause d'action, comme nous l'avons vu plus haut. Ce droit, s'il avait existé, aurait appartenu à l'individu, et non à Sa Majesté du chef de la province.<sup>4</sup>

Les arguments exposés par l'appelante contre l'appel incident visent, si je comprends bien, à défendre la thèse que, même s'il y a eu manquement au devoir statutaire, il n'y a pas lieu à des dommages-intérêts dans les circonstances de l'espèce. Ils sont résumés de manière quelque peu différente des motifs du savant juge de première instance dans la partie du mémoire du procureur général du Canada afférent à l'appel incident que voici:

[TRADUCTION] 4. Le procureur général du Canada soutient respectueusement que, compte tenu de l'arrêté en conseil et de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et des circonstances dans lesquelles ils ont été adoptés, le devoir statutaire doit être considéré comme ayant un caractère plus politique que juridique. Pour plusieurs sujets, l'arrêté en conseil divise la responsabilité constitutionnelle au Canada entre les

<sup>4</sup> Il continue en démontrant que les commentaires du juge en chef du Canada dans *P.P.G. Industries Canada Ltd. et Pilkington Brothers (Canada) Limited c. Le Procureur général du Canada* [1976] 2 R.C.S. 739, corroborent ses conclusions. Comme ces commentaires ne me semblent pas porter sur les problèmes que cette action soulève, je ne m'y référerai pas davantage.

intent that those responsibilities are political and not legal is shown by the facts that:

(a) constitutional obligations are imposed for the benefit of the public in general rather than for the benefit of the Crown;

(b) in light of the fact that the statutory duty upon which Prince Edward Island relies does not expressly remove the Crown's prerogative not to be sued in tort, it cannot have been intended by the enactment of that statutory duty to create rights enforceable by action in tort against the Crown because:

(i) the prerogative of the Crown not to be sued in tort can be removed only by express language.

(ii) an action for breach of statutory duty is an action in tort;

(iii) at the time the statutory duty was enacted (1873), the Crown in right of Canada was immune from actions for torts.

The subsequent enactment of legislation making the Crown liable to actions in tort as though it were a private person does not alter the fact that it was never intended by the enactment of statutory duties in *The British North America Act* that breach of the duty by the Crown should be considered as giving rise to a tortious conduct. As mentioned above, such legislative intent must be demonstrated as the basis of any action for damages for breach of a statutory duty. The duty or obligation imposed on the Federal Government by the Order-in-Council to assume and affray [*sic*] all charges for an efficient transit service between the island and the mainland was not an obligation enforceable in a Court of law. The obligation was and remains in the nature of a political obligation the breach of which would not give rise to any judiciable issue. In the event that there should be a failure to comply with that duty or an omission then

"For any omission of that duty the Sovereign cannot be held responsible. The responsibility would rest with the advisers of the Crown, and they are responsible to Parliament, and to Parliament alone" per Lush, J. in *Rustomjee v. The Queen* (1876) 1 Q.B.D. 487 at 497, cited with approval by Lord Buckmaster in *Civilian War Claimants Association, Limited v. The King* [1932] A.C. 14 at 25-26

Having regard to the realities of Canadian Confederation, it is necessary to have some means of adjudicating inter-governmental controversies, and section 19 of the *Federal Court Act* was enacted for that purpose. This is a statutory exception to the principle of law mentioned above, and this Court's jurisdiction in such controversies is no broader than the terms of the enactment. However, that provision is inapplicable inasmuch as the Province has not sought determination of a controversy but has brought an action for damages. Any decision of this Honourable Court that a breach of the obligation to be found in the Order-in-Council, would give rise to an action for damages would constitute an extension of the Court's true function into a domain that does not belong to it, namely the

paliers de gouvernement fédéral et provincial et l'intention du législateur que ces responsabilités soient politiques et non pas juridiques apparaît dans les faits suivants:

a) les obligations constitutionnelles sont imposées pour le bénéfice du public en général plutôt que pour celui de la Couronne;

b) étant donné que le devoir statutaire invoqué par l'Île-du-Prince-Édouard n'enlève pas expressément à la Couronne sa prérogative de ne pas être poursuivie en responsabilité délictuelle, le législateur n'a pas pu en le créant avoir l'intention de créer des droits exécutoires par une action en responsabilité délictuelle contre la Couronne parce que:

(i) la prérogative dont jouit la Couronne de ne pas être poursuivie en responsabilité délictuelle ne peut lui être enlevée qu'en termes exprès.

(ii) une action pour manquement à un devoir statutaire est une action en responsabilité délictuelle;

(iii) à l'époque où le devoir statutaire a été imposé (1873), la Couronne du chef du Canada jouissait de l'immunité à l'égard de toute action en responsabilité délictuelle.

L'adoption ultérieure de lois qui assujettissent la Couronne à des poursuites en responsabilité délictuelle, comme si elle était un particulier, ne change rien au fait que le législateur, en incorporant des devoirs statutaires dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, n'a jamais voulu que le manquement au devoir imputable à la Couronne soit considéré comme donnant lieu à une conduite délictueuse. Comme nous l'avons déjà dit, il faut prouver cette intention pour pouvoir engager une action en dommages-intérêts fondée sur le manquement à un devoir statutaire. Le devoir (ou l'obligation) de se charger des dépenses occasionnées par un service de transport efficace entre l'Île et les côtes du Canada, imposé au gouvernement fédéral par l'arrêté en conseil, n'est pas exécutoire par une cour de justice. L'obligation garde un caractère politique et son inexécution ne donne pas lieu à un litige judiciaire. Au cas où il y aurait défaut ou omission à propos de ce devoir, alors,

«Le Souverain ne peut être tenu responsable d'aucun manquement à ce devoir. Les responsables sont les conseillers de la Couronne qui en répondent devant le Parlement et seulement devant lui», déclare le juge Lush dans *Rustomjee c. La Reine* (1876) 1 Q.B.D. 487, à la p. 497, cité et approuvé par lord Buckmaster dans *Civilian War Claimants Association, Limited c. Le Roi* [1932] A.C. 14, aux pp. 25 et 26.

Compte tenu des réalités de la Confédération canadienne, il est indispensable qu'il y ait certains moyens de régler les litiges intergouvernementaux et l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été adopté à cette fin. Il s'agit là d'une exception que la loi fait au principe de droit susmentionné et la compétence de cette cour à l'égard de ces litiges ne s'étend pas au-delà des termes de la loi. Toutefois, cette disposition est inapplicable lorsque la province ne cherche pas à régler un litige, mais introduit une action en dommages-intérêts. Toute décision de cette honorable cour portant que l'inexécution de l'obligation imposée par l'arrêté en conseil donne lieu à une action en dommages-intérêts constituerait une extension de ses fonctions à un domaine où elle n'a pas accès, c'est-à-dire l'examen

consideration of undertakings and obligations depending entirely on political sanctions.

7. The statutory duty upon which the Respondent relies is by its terms imposed upon the "Dominion Government" but, there being no such legal entity, the duty must in law be considered to have been imposed upon the Crown.

8. It is therefore submitted that no action for damages lies against the Crown in right of Canada at the instance of the Crown in right of Prince Edward Island. Rather, the Province's appropriate and only remedy is to proceed under section 19 of the *Federal Court Act* for a declaration determining the nature and extent of the duty imposed on Canada and whether that duty has been breached.

There are two aspects of the cross-appeal that, in my view, may be disposed of shortly.

In so far as the appellant's position is based on the description of the parties in the style of cause and the body of the statement of claim being such as to characterize the proceeding as a claim in damages against Her Majesty in right of Canada that would fall under section 17 of the *Federal Court Act* rather than a dispute between Canada and the Province that would fall under section 19, I am of the view that this is a mere technicality (Rule 302) that should not be allowed to affect the outcome of the cross-appeal. In my view, if the Trial Division has jurisdiction over the substance of the matter in the statement of claim, that is sufficient. Here, in my view, which I shall endeavour to explain hereafter, there is a matter that falls within section 19, *viz.*, a dispute between Canada and Prince Edward Island as to whether Prince Edward Island is entitled to be compensated for breach of the Term of Union and, if so, to what extent. Furthermore, the parties are acting through officers of state that have the responsibility of safeguarding the rights of the parties whether those parties be legal persons such as Her Majesty or political entities such as Canada or Prince Edward Island. I can see no ground of substance for allowing the matter to turn on the way the parties were described.

In so far as the learned Trial Judge relied upon the principle that the executive's power to contract is conditional upon legislative authority or approbation is concerned, it seems to me that the only comment required is that that principle only

d'entreprises et d'obligations dépendant entièrement de sanctions politiques.

7. Le devoir statutaire invoqué par l'intimée est imposé expressément au «gouvernement du Dominion» mais, comme il n'existe aucune entité juridique de ce nom, il doit être considéré en droit comme ayant été imposé à la Couronne.

8. Le procureur général du Canada soutient donc qu'aucune action en dommages-intérêts contre la Couronne du chef du Canada à la demande de la Couronne du chef de l'Île-du-Prince-Édouard n'est possible. Le seul recours dont dispose la province consiste donc en un jugement déclaratoire rendu en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui détermine la nature et l'étendue du devoir imposé au Canada et son exécution ou son inexécution.

A mon avis, on peut régler brièvement deux aspects de l'appel incident.

Dans la mesure où la position de l'appelante est fondée sur le fait que la description des parties qui figure dans l'intitulé de la cause et dans la déclaration qualifie la procédure de réclamation en dommages-intérêts contre Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, entrant dans le cadre de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, plutôt que de différend entre le Canada et la province entrant dans le cadre de l'article 19, je suis d'avis qu'il s'agit là d'une simple question de procédure (Règle 302), qui ne devrait pas influencer sur le résultat de l'appel incident. A mon sens, si la Division de première instance a compétence sur la question qui fait l'objet de la réclamation, cela suffit. Ici, à mon avis, que je tâcherai d'expliquer plus loin, il s'agit d'une question qui relève de l'article 19, savoir, un litige entre le Canada et l'Île-du-Prince-Édouard pour déterminer si cette dernière a droit à une indemnité pour l'inexécution des conditions de son entrée dans l'Union et, si oui, l'importance de cette indemnité. En outre, les parties agissent par l'intermédiaire d'agents de l'État, dont le rôle consiste à sauvegarder les droits des parties, qu'elles soient des personnes juridiques comme Sa Majesté ou des entités politiques comme le Canada ou l'Île-du-Prince-Édouard. Je ne vois aucun motif de fond qui permette de trancher le litige sur la simple description des parties.

Dans la mesure où le savant juge de première instance a invoqué le principe que le pouvoir de contracter dévolu à l'exécutif est assujéti à une autorisation législative, je ne vois qu'un seul commentaire à faire: le principe ne s'applique qu'aux

applies to contracts and has no application to the present problem.<sup>5</sup> As I view it, the present problem is to decide what effect is to be given to an obligation imposed by a particular part of the Constitution, which takes the form of an order having the effect of a United Kingdom statute.<sup>6</sup>

The other reasons given by the learned Trial Judge and the other submissions of the appellant on this branch of the case raise problems that are more difficult, in part, because of the murky nature of the *legal* personality of Her Majesty and because of the problems raised by the fact that our Constitution adopts, for a country with divided sovereignty, a sovereign whose legal characteristics have been developed for a unitary state.<sup>7</sup>

At this point I should say that, as I understood it, the matter was discussed before us on the basis that there was an obligation (duty) imposed by the term in question, by virtue of the Order in Council under section 146, on the "Dominion Government" in favour of "Prince Edward Island". There is another possible view—namely, that the term did not create an obligation (which, by definition, requires that there be an obligee) but merely imposed a constitutional duty or function on the "Dominion Government" of the same character as that that is sometimes imposed expressly when a government service is established by statute or

<sup>5</sup> The appellant relied strongly on the decision of the High Court of Australia in *The State of South Australia v. The Commonwealth of Australia* (1961-1962) 108 C.L.R. 130, but that decision involved a claim based on an intergovernmental agreement and I can see no application for the reasoning of the judges in that case to the problems raised by this case.

<sup>6</sup> "... the principle actually adopted was not that of federation in the strict sense, but one under which the Constitutions of the provinces had been surrendered to the Imperial Parliament for the purpose of being refashioned. The result had been to establish wholly new Dominion and provincial Governments with defined powers and duties both derived from the statute ..." per Viscount Haldane in *Bonanza Creek Gold Mining Company, Limited v. The King* [1916] 1 A.C. 566 at p. 579. See also *In re Representation of P.E.I. in the House of Commons* (1903) 33 S.C.R. 594 at pp. 664-665; and *Samson v. The Queen* [1957] S.C.R. 832, per Rand J., at p. 836.

<sup>7</sup> See Appendix "B" for a portion of "The Crown as Corporation" from *Maitland Selected Essays* 1936. See also *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment* [1977] 2 W.L.R. 450 (H.L.).

contrats et non pas à l'espèce.<sup>5</sup> Selon moi, il s'agit de décider ici quel effet il convient de donner à une obligation imposée par une partie de la constitution, qui revêt la forme d'une ordonnance ayant l'effet d'une loi du Royaume-Uni.<sup>6</sup>

Les autres motifs du savant juge de première instance et les autres arguments de l'appelante sur cette partie de l'affaire soulèvent des problèmes qui sont plus difficiles, en particulier, à cause du caractère obscur de la personnalité *juridique* de Sa Majesté et des problèmes engendrés du fait que notre constitution adopte, pour un pays qui a divisé sa souveraineté, un souverain dont les caractéristiques juridiques ont été conçues pour un état unitaire.<sup>7</sup>

A ce stade-ci, je voudrais ajouter que, si j'ai bien compris, les débats menés devant nous portaient du principe qu'en vertu de l'arrêté en conseil rendu sous le régime de l'article 146, la condition en question impose une obligation (un devoir) au «gouvernement du Dominion» en faveur de l'«Île-du-Prince-Édouard». Il y a un autre point de vue possible: la condition n'a pas créé d'obligation (qui, par définition, suppose qu'il y a un obligataire), mais a simplement imposé au «gouvernement du Dominion» une fonction ou un devoir d'ordre constitutionnel de même nature que celui qui est parfois imposé de façon expresse quand une

<sup>5</sup> L'appelante s'est fortement réclamée de l'arrêt rendu par la Haute Cour d'Australie dans *The State of South Australia c. The Commonwealth of Australia* (1961-62) 108 C.L.R. 130, mais ledit arrêt comportait une réclamation basée sur un accord intergouvernemental et je ne vois vraiment pas comment le raisonnement tenu par les juges dans cette affaire-là peut s'appliquer aux problèmes soulevés dans la présente espèce.

<sup>6</sup> [TRADUCTION] «... le principe effectivement adopté n'était pas celui d'une fédération *stricto sensu*, mais un principe en vertu duquel les Constitutions des provinces avaient été cédées au Parlement impérial en vue de leur refonte. Comme conséquence, on a établi des gouvernements provinciaux et un gouvernement fédéral tout à fait nouveaux. Des pouvoirs et devoirs bien définis, tirés de la loi qui les avait créés, leur furent attribués. ...» Le vicomte Haldane dans *Bonanza Creek Gold Mining Company, Limited c. Le Roi* [1916] 1 A.C. 566, à la p. 579. Voir aussi *In re Representation of P.E.I. in the House of Commons* (1903) 33 R.C.S. 594, aux pp. 664 et 665; et *Samson c. La Reine* [1957] R.C.S. 832, par le juge Rand, à la p. 836.

<sup>7</sup> Voir en annexe «B» un extrait de «The Crown as Corporation» tiré des *Maitland Selected Essays* 1936. Voir aussi *Town Investments Ltd. c. Le ministère de l'Environnement* [1977] 2 W.L.R. 450 (C.L.).

impliedly by the conferring of monopoly or other powers. I am, however, of the view, for the reasons set out in Appendix "A", that the condition in question does impose an obligation in favour of "Prince Edward Island", whatever may be represented by those words, and I shall consider what effect should be given to proceedings based on breach of the statutory obligation so understood.

In my view, the learned Trial Judge misconceived the true character of what was involved, when he

(a) regarded it as a claim against Her Majesty,<sup>8</sup>

(b) regarded it as a claim by Her Majesty,<sup>8</sup>

(c) regarded it as an "action", as that word is ordinarily used in the judicial system whose normal function is to settle disputes between ordinary persons.

As I have already indicated, I do agree with the learned Trial Judge as to the substance of the obligation involved. The problem, as I see it, is to establish, as far as is necessary for these proceedings, the nature or character of the "obligor" and "obligee" and of the appropriate parties to legal proceedings concerning disputes arising from breach of such an obligation.

I propose to consider the matter

(a) first, from the point of view of what legal rights and obligations are involved because the identification of the "obligor" and "obligee" is an integral part of describing an obligation, and

(b) second, from the point of view of the nature and character of the proceeding in the Trial Division and the parties thereto.

I turn, first, to the difficult problem of determining the character of the "obligor" and the "obligee" in the statutory obligation that has been breached.

<sup>8</sup> The fact that the style of cause was so framed is a technicality that should not, as the learned Trial Judge very properly recognized, be allowed to defeat the obvious purpose of the proceedings.

loi crée un service d'État ou de manière implicite quand on accorde un monopole ou d'autres pouvoirs. Je suis toutefois d'avis, pour les motifs exposés à l'annexe «A», que la condition dont il est question impose effectivement une obligation en faveur de l'«Île-du-Prince-Édouard», peu importe ce que ces mots peuvent représenter, et je vais examiner l'effet qu'il faut donner à des procédures fondées sur l'inexécution de l'obligation statutaire ainsi comprise.

A mon sens, le savant juge de première instance a mal compris la véritable nature de l'affaire lorsqu'il l'a considérée

a) comme une réclamation contre Sa Majesté<sup>8</sup>

b) comme une réclamation émanant de Sa Majesté<sup>8</sup>

c) comme une «action», au sens que ce terme revêt ordinairement dans le système judiciaire, dont la fonction normale consiste à régler les différends entre des personnes ordinaires.

Comme je l'ai déjà dit, je suis entièrement d'accord avec le savant juge de première instance sur le fond de l'obligation. Selon moi, le problème consiste à établir, dans la mesure où cette action l'exige, la nature ou le caractère de l'obligé et de l'obligataire et des parties appropriées aux poursuites judiciaires en ce qui concerne les litiges engendrés par l'inexécution d'une obligation de cette nature.

Je propose d'examiner la question

a) d'abord, du point de vue des droits et obligations juridiques qu'elle comporte parce que l'identification de l'obligé et de l'obligataire fait intégralement partie de la description d'une obligation, et

b) du point de vue de la nature et du caractère de l'action engagée devant la Division de première instance, et des parties à cette action.

Je passe d'abord au problème difficile de déterminer le caractère de l'obligé et de l'obligataire dans l'obligation statutaire inexécutée.

<sup>8</sup> Le fait que l'intitulé de la cause ait été établi ainsi est une question de procédure qui ne doit pas, comme le savant juge de première instance l'a très correctement reconnu, permettre d'aller à l'encontre de l'objet évident de l'action.

While the Constitution must be interpreted, having regard to changing times,<sup>9</sup> in considering what was intended by certain expressions used at the time when parts of the Constitution were given statutory form, it is of help to consider those expressions in the light of developments in the institutions in question as of that time.<sup>10</sup> For this reason, in considering who is the “obligor” and “obligee” in respect of the duty that the learned Trial Judge has held to be breached, it is worthy of note, without undue reference to the statutes and authorities,

(a) that, for present purposes, it is sufficiently accurate to say that, in England, as it existed prior to the incorporation of the other parts of the United Kingdom of Great Britain and Ireland (which was the Kingdom when *The British North America Act* was enacted in 1867),<sup>11</sup> absolute power of government had been originally, legally and factually, vested in the Sovereign but, by a process of gradual development, government had been separated into legislative, executive and judicial branches, carried on legally in the name of the Sovereign, although in fact by a democratically controlled organization;

(b) that, by 1867, as a result of such gradual development—statutory, jurisprudential and conventional—government was carried on in the United Kingdom

(i) on the legislative side, by the Sovereign acting by and with the advice and consent of the United Kingdom Houses of Parliament,

(ii) on the executive side, by the Sovereign acting either on the advice of, or through the agency of, Ministers (collectively called, as of any time, the “Government” of “the day”) which Ministers were not, generally speaking, chosen by the Sovereign but had tenure based on maintaining the confidence of Parliament, and

La constitution doit être interprétée en tenant compte du changement d'époque<sup>9</sup> et en examinant le sens de certaines expressions utilisées au moment où elle a revêtu une forme législative. Toutefois, il est utile d'examiner ces expressions dans le contexte de l'évolution suivie par les institutions en question à cette époque.<sup>10</sup> Pour cette raison, en se demandant qui est l'«obligé» et qui est l'«obligataire» par rapport au devoir, que le savant juge de première instance estime inexécuté, il convient de noter, sans se référer indûment aux lois et à la jurisprudence,

a) qu'aux fins de l'espèce il est suffisamment exact de dire qu'en Angleterre, avant son incorporation aux autres parties du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande (qui était le royaume à l'époque où l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a été adopté en 1867),<sup>11</sup> le pouvoir de gouvernement absolu a été à l'origine, en droit et en fait, conféré au souverain, mais par suite d'un processus d'évolution progressive, le gouvernement a été divisé en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, exercés légalement au nom du souverain, bien qu'en fait par une organisation contrôlée démocratiquement;

b) que, vers 1867, comme résultat de cette évolution progressive (législative, jurisprudentielle et conventionnelle), le gouvernement était exercé au Royaume-Uni

(i) du point de vue législatif, par le souverain agissant par l'entremise des chambres du Parlement du Royaume-Uni et sur leur avis et de leur consentement;

(ii) du point de vue exécutif, par le souverain agissant soit sur l'avis soit par l'entremise de ministres (appelés collectivement le «gouvernement» du «jour») lesquels ministres n'étaient pas, en règle générale, choisis par le souverain, mais remplissaient leurs fonctions en conservant la confiance du Parlement;

<sup>9</sup> Cf. *Edwards v. Attorney-General for Canada* [1930] A.C. 124.

<sup>10</sup> Cf. *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada* [1894] A.C. 189 at pp. 199 et seq.; *Croft v. Dunphy* [1933] A.C. 156 at p. 166; and *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada* [1937] A.C. 391 at pp. 401-403.

<sup>11</sup> See the preamble to *The British North America Act, 1867*.

<sup>9</sup> Voir *Edwards c. Le procureur général du Canada* [1930] A.C. 124.

<sup>10</sup> Voir *Le procureur général de l'Ontario c. Le procureur général du Canada* [1894] A.C. 189, aux pp. 199 et suiv.; *Croft c. Dunphy* [1933] A.C. 156, à la p. 166; et *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada* [1937] A.C. 391, aux pp. 401 à 403.

<sup>11</sup> Voir le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

(iii) on the judicial side, by judges who were appointed by the Sovereign on the advice of Ministers but who, once appointed, were, during good behaviour, independent, in fact if not in law, of the Sovereign, the executive Government and Parliament; a

(iii) du point de vue judiciaire, par des juges nommés par le souverain sur l'avis des ministres mais qui, une fois nommés, étaient, durant bonne conduite, indépendants en fait, sinon en droit, du souverain, du gouvernement exécutif et du Parlement;

with the result that, subject to statutory exceptions, while others had the *de facto* power and responsibility, all acts of government, in the widest sense of that word, were, in law, acts of the Sovereign and all public property was vested in the Sovereign; b

de sorte que, sous réserve des exceptions contenues dans la loi, alors que d'autres détenaient en fait le pouvoir et la responsabilité, tous les actes du gouvernement, au sens le plus large du terme, étaient, en droit, des actes du souverain et que tous les biens publics lui étaient dévolus; c

(c) that, during the period leading up to *The British North America Act, 1867*, colonies and other possessions of the British Crown outside the Kingdom proper, sometimes called "provinces", were subject to the authority of the Sovereign acting on the advice of the United Kingdom Ministers and the legislative authority of the United Kingdom Parliament;<sup>12</sup> d

c) que, durant la période qui a conduit à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, les colonies et autres possessions de la Couronne britannique situées hors du royaume proprement dit, parfois appelées «provinces», étaient assujetties à l'autorité du souverain agissant sur l'avis des ministres du Royaume-Uni et avec la sanction législative du Parlement du Royaume-Uni;<sup>12</sup> e

(d) that grants of local government, which, sooner or later, developed into responsible government, were ordinarily made to such colonies and possessions, which governments were carried on by governors or other officials in the name of the Sovereign on the advice of local executive and legislative councils and, in accordance with authority from the Sovereign or legislative authority, acquired control of public monies and property legal title to which was in the Sovereign;<sup>13</sup> f

d) que ces colonies et possessions se voyaient en général octroyer un gouvernement local qui, tôt ou tard, devenait un gouvernement responsable; un gouverneur ou autre fonctionnaire exerçait ce gouvernement au nom du souverain sur l'avis des conseils exécutif et législatif locaux et, avec l'autorisation du souverain ou la sanction législative, acquérait le contrôle des fonds et des biens publics, dont le titre de propriété légal appartenait au souverain;<sup>13</sup> g

(e) that, with rare exceptions, all such governments as well as the Government of the United Kingdom, were, in law, pretty generally regard- h

e) que, à de rares exceptions près, tous ces gouvernements ainsi que celui du Royaume-Uni étaient généralement considérés en droit comme

<sup>12</sup> "Crown" was used then, as it is now, as the equivalent of "Her Majesty" to refer to the Person who was the Sovereign. Compare the definition of "Her Majesty . . ." in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28. For the constitutional position of possessions of the Crown outside the Kingdom, see, for example, *Campbell v. Hall* (1774) 98 E.R. 848, and *Halsbury's Laws of England*, first edition, vol. 6, pp. 421 *et seq.* i

<sup>13</sup> See, for example, sections LIX and LXI of *The Union Act*, 1840 (U.K.). j

<sup>12</sup> Le mot «Couronne» était alors utilisé, comme maintenant, comme équivalent de «Sa Majesté» pour désigner la personne qui était le souverain. Voir la définition de «Sa Majesté...» dans la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 28. Pour la position constitutionnelle des possessions de la Couronne situées en dehors du royaume, voir, par exemple, *Campbell c. Hall* (1774) 98 E.R. 848 et *Halsbury's Laws of England*, 1<sup>re</sup> édition, vol. 6, pp. 421 et suiv. j

<sup>13</sup> Voir, par exemple, les articles LIX et LXI de l'*Acte d'Union*, 1840, (R.-U.).

ed as being carried on by a single person who was Sovereign<sup>14</sup> although the forum in which the Sovereign could be impeached depended on the government involved.<sup>15</sup>

exercés par une seule personne, le souverain,<sup>14</sup> bien que le tribunal devant lequel le souverain pouvait être poursuivi en justice dépendait du gouvernement impliqué.<sup>15</sup>

a

It is against this background that, by *The British North America Act, 1867*, provision was made for the creation of Canada by the Union of certain of such provinces, colonies and other possessions. By that Act, legislative and executive power in the Union was divided<sup>16</sup> between

C'est face à ce contexte que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, a créé le Canada, en procédant à l'union de certaines de ces provinces, colonies et autres possessions. Il a divisé les pouvoirs législatif et exécutif<sup>16</sup> entre:

b

(a) "Executive Government and authority of and over Canada" that was vested in "The Queen" (section 9) and a "Parliament for Canada" consisting of the Queen and the Canadian Houses of Parliament (section 17), and

a) «le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada», qui étaient attribués à «la Reine» (article 9) et, «pour le Canada, un Parlement» composé de la Reine et des chambres canadiennes du Parlement (article 17), et

d

(b) an "Executive Authority" for each province (sections 58 *et seq.*), also vested in the Queen,<sup>17</sup> and a Legislature for each province (sections 69 to 88) consisting of a Lieutenant Governor acting on behalf of the Queen and an appropriate legislative body.<sup>17</sup>

b) une «autorité exécutive» pour chaque province (articles 58 et suiv.) attribuée aussi en droit à la Reine<sup>17</sup> et une Législature pour chaque province (articles 69 à 88) composée d'un lieutenant-gouverneur qui agit pour le compte de la Reine, et d'un corps législatif approprié.<sup>17</sup>

e

f

Public property of the provinces and colonies so united, although legally vested in the Sovereign, was divided between that which was subject to appropriation by the Canadian Parliament (sections 106 *et seq.*) and that which was subject to appropriation by the respective provincial legislatures (section 126). Furthermore, certain property was described as being the "property" of Canada

Les biens publics des provinces et des colonies ainsi unifiées, bien que légalement dévolus au souverain étaient divisés en deux catégories selon que leur affectation revenait au Parlement canadien (articles 106 et suiv.) ou aux législatures provinciales respectives (article 126). En outre, certains biens étaient désignés comme la «propriété» du Canada (articles 107 et 108) ou comme «apparte-

g

h

<sup>14</sup> Compare *The Queen v. Bank of Nova Scotia* (1885) 11 S.C.R. 1, per Strong J. at p. 19:

That the Crown . . . by which I mean that Her Majesty the Queen is, in her own royal person, the head of that government . . . there can be no doubt . . .

<sup>15</sup> Cf. Robertson's *Civil Proceedings by and against the Crown* (1908) p. 340.

<sup>16</sup> Compare *Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. v. The King* [1916] 1 A.C. 566, at pp. 579-580.

<sup>17</sup> See *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick* [1892] A.C. 437, and *The King v. Carroll* [1948] S.C.R. 126.

<sup>14</sup> Comparer avec *La Reine c. La Banque de Nouvelle-Écosse* (1885) 11 R.C.S. 1, par le juge Strong à la page 19:

[TRADUCTION] Que la Couronne . . . par laquelle je veux dire que Sa Majesté la Reine, est, dans sa personne royale, la tête de ce gouvernement . . . il ne peut y avoir aucun doute . . .

<sup>15</sup> Voir l'ouvrage de Robertson, *Civil Proceedings by and against the Crown* (1908), p. 340.

<sup>16</sup> Comparer avec *Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. c. Le Roi* [1916] 1 A.C. 566, aux pp. 579 et 580.

<sup>17</sup> Voir *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Le receveur général du Nouveau-Brunswick* [1892] A.C. 437 et *Le Roi c. Carroll* [1948] R.C.S. 126.

i

j

(e.g., section 107 and section 108) or as “belonging” to one of the “Provinces”<sup>18</sup> (e.g., section 109 and section 110), and it was not only provided that “Canada” was to be “liable” for certain “Debts of each Province existing at the Union” (section 111) but provinces were to be “liable to Canada” for certain amounts (section 112, section 114 and section 115). Furthermore, there were various express provisions for payments by the “Government of Canada” or by “Canada” to the “Provinces” (e.g., section 116 and section 118). Moreover, in at least one case, there was a statutory duty imposed by the 1867 Act on Canada (“the Government and Parliament of Canada”) to carry out a public work for the benefit of particular provinces (section 145); and there was provision (section 146) for “Terms and Conditions” having the effect of statute that might require similar obligations in favour of new provinces to be admitted after 1867.

One finds in the use of the “courageous words”<sup>19</sup>—“Canada” and the “Provinces”—in *The British North America Act, 1867* an apparent anomaly, viz., notwithstanding that all state property and all executive and legislative power, both for Canada as a whole and for each province, are legally vested in the Sovereign, it is contemplated by the statute that there will be payments and liability as between any two of them. As far as I

<sup>18</sup> “... these expressions merely import that the right to its beneficial use, or to its proceeds, has been appropriated to the Dominion or the Province, as the case may be, and is subject to the control of its legislature, and land itself being vested in the Crown.” per Lord Watson in *St. Catherine’s Milling and Lumber Company v. The Queen* (1889) 14 App. Cas. 46, at p. 56. “... it should be added that the right of disposing of the land can only be exercised by the Crown under the advice of the Ministers of the Dominion or province, as the case may be...” per Lord Davey in *Ontario Mining Company Ltd. v. Seybold* [1903] A.C. 73 at p. 79. Cf. *Burrard Power Company, Ltd. v. The King* [1911] A.C. 87, per Lord Mersey at p. 95.

<sup>19</sup> Compare Maitland’s Essay “The Crown as Corporation” (*supra*) at p. 121. Similar references to Canada and the provinces seem to occur consistently in subsequent *B.N.A. Acts*, Orders in Council made pursuant thereto and such statutes as *The Manitoba Act*, *The Saskatchewan Act*, *The Alberta Act* and *The Natural Resources Transfer Agreement Act of 1930* discussed in *West Canadian Collieries Limited v. Attorney General of Alberta* [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 275. (See Appendix to the Revised Statutes of Canada.)

nant» à l’une des «provinces»<sup>18</sup> (articles 109 et 110), et non seulement le «Canada» était «responsable» pour certaines «dettes... de chaque province existantes lors de l’Union» (article 111), mais les provinces étaient aussi «responsables envers le Canada» de certains montants (articles 112, 114 et 115). En outre, il y avait plusieurs dispositions expresses concernant les paiements par le «gouvernement du Canada» ou par le «Canada» aux «provinces» (articles 116 et 118). Dans un cas au moins, l’Acte de 1867 imposait au Canada («le gouvernement et le Parlement du Canada») le devoir d’exécuter des travaux publics pour le bénéfice de certaines provinces (article 145) et il existait une disposition (article 146) afférente aux «termes et conditions» ayant l’effet d’une loi, qui pouvaient exiger des obligations analogues en faveur des nouvelles provinces qui seraient admises après 1867.

On constate une apparente anomalie dans l’utilisation que l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* de 1867 fait des «mots courageux»<sup>19</sup> («Canada» et les «provinces»). Tous les biens de l’état et tous les pouvoirs exécutifs et législatifs, tant pour le Canada dans son ensemble que pour chaque province, sont légalement dévolus au souverain; néanmoins, la loi prévoit des paiements et une responsabilité entre ces entités. Autant que je sache, il n’y a

<sup>18</sup> [TRADUCTION] «... ces expressions signifient simplement que le droit à son usage bénéficiaire, ou à son produit, a été attribué au Dominion ou à la province, selon le cas, et est assujéti au contrôle de sa législature, la terre elle-même étant dévolue à la Couronne»; lord Watson dans *St. Catherine’s Milling and Lumber Company c. La Reine* (1889) 14 A.C. 46, à la p. 56. [TRADUCTION] «... il convient d’ajouter que le droit d’aliéner la terre peut seulement être exercé par la Couronne sur l’avis des ministres du Dominion ou de la province, selon le cas, ...»; lord Davey dans *Ontario Mining Company Ltd. c. Seybold* [1903] A.C. 73, à la p. 79. Voir *Burrard Power Company, Ltd. c. Le Roi* [1911] A.C. 87, lord Mersey à la p. 95.

<sup>19</sup> Comparer avec l’essai de Maitland intitulé «The Crown as Corporation» (précité), à la p. 121. Des références analogues au Canada et aux provinces sont faites conséquemment dans les *Actes de l’Amérique du Nord britannique* ultérieurs, les arrêtés en conseil y afférents et des lois telles que l’*Acte du Manitoba*, l’*Acte de la Saskatchewan*, l’*Acte de l’Alberta* et la loi de 1930 concernant le transfert des ressources naturelles commentée dans *West Canadian Collieries Limited c. Le procureur général de l’Alberta* (1953) 8 W.W.R. (N.S.) 275. (Voir l’annexe aux Statuts révisés du Canada.)

know, there has been no authoritative rationalization of this apparent anomaly. Two possibilities are to be found in the jurisprudence, *viz.*,

(a) as between Canada or a province and an ordinary person, the relationship is, in law, between the Sovereign and the ordinary person while, as between Canada and a province (or between two provinces) it is a relationship between governments,<sup>20</sup>

(b) Her Majesty is not a single person but Her Majesty in right of Canada is one legal person and Her Majesty in right of a province is a distinctly different legal person.<sup>21</sup>

In my view, this anomaly does not have to be clarified for present purposes.<sup>22</sup> Indeed, I doubt

<sup>20</sup> Compare *Theodore v. Duncan* [1919] A.C. 696, per Viscount Haldane at p. 706:

The Crown is one and indivisible throughout the Empire, and it acts in self-governing States on the initiative and advice of its own Ministers in these States. The question is one not of property or of prerogative in the sense of the word in which it signifies the power of the Crown apart from statutory authority, but is one of Ministerial administration, and this is confided to the discretion in the present instance of the same set of Ministers under both Acts. With the exercise of that discretion no Court of law can interfere so long as no provision enacted by the Legislature is infringed. The Ministers are responsible for the exercise of their functions to the Crown and to Parliament only, and cannot be controlled by any outside authority, so long as they do nothing that is illegal.

See also *Williams v. Howarth* [1905] A.C. 551.

<sup>21</sup> Compare *Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada* (1887) 14 S.C.R. 345, per Fournier J. (dissenting) at pp. 363-364; *In re Taxation Agreement between Saskatchewan and Dominion of Canada* [1946] 1 W.W.R. 257 at p. 278 and at p. 285; *The Government of the Province of Newfoundland v. The Government of Canada* per Thorson P. in Ex.C.R. [1960] (unreported) and the judgment of the Chief Justice of Canada in *Her Majesty in Right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission* [1977] (unreported).

<sup>22</sup> The only class of case in which, as I conceive of it at the moment, this jurisprudential problem might have to be authoritatively determined, is illustrated by the case of a government claiming against another in a court having jurisdiction in claims between legal persons to which Her Majesty is subject, but not having the section 19 type of jurisdiction. The question then might arise as to whether Her Majesty in one right could bring an action against Her Majesty in another right on the same basis as an ordinary person brings an action against Her Majesty. The Government lawyers instructed to prepare the documentation for a transfer of administration

(Continued on next page)

eu aucune rationalisation impérative de cette apparente anomalie. La jurisprudence fait état de deux possibilités:

a) entre le Canada ou une province et une personne ordinaire, la relation se situe en droit entre le souverain et la personne ordinaire; tandis qu'entre le Canada et une province (ou entre deux provinces), la relation se situe entre les gouvernements,<sup>20</sup>

b) Sa Majesté n'est pas une seule personne, mais Sa Majesté du chef du Canada est une personne juridique et Sa Majesté du chef d'une des provinces, une personne juridique distincte.<sup>21</sup>

A mon avis, point n'est besoin d'expliquer cette anomalie aux fins de l'espèce.<sup>22</sup> Je doute même

<sup>20</sup> Comparer avec *Theodore c. Duncan* [1919] A.C. 696, où le vicomte Haldane déclare à la page 706:

[TRADUCTION] La Couronne est une et indivisible dans toutes les parties de l'Empire et, dans les États qui s'autogouvernent, elle agit conformément à l'initiative et aux conseils de ses propres ministres dans ces États. Ce n'est pas une question de propriété ou de prérogative dans le sens de pouvoir de la Couronne indépendant de l'autorité établie par la loi, mais une question de gestion ministérielle; en l'espèce, celle-ci est confiée à la discrétion des mêmes ministres en vertu des deux actes. Aucune cour de justice ne peut exercer ce pouvoir discrétionnaire s'il n'y a pas eu violation d'une disposition législative édictée par la législature. Les ministres ne sont responsables de l'exercice de leurs fonctions que devant la Couronne et le Parlement et n'ont de compte à rendre à aucune autorité extérieure, aussi longtemps qu'ils ne font rien d'illégal.

Voir aussi *Williams c. Howarth* [1905] A.C. 551.

<sup>21</sup> Comparer avec *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada* (1887) 14 R.C.S. 345, par le juge Fournier (dissident) (aux pp. 363 et 364; *In re Taxation Agreement between Saskatchewan and Dominion of Canada* [1946] 1 W.W.R. 257, aux pp. 278 et 285; *Le gouvernement de la province de Terre-Neuve c. Le gouvernement du Canada* par le président Thorson, Cour de l'Échiquier [1960] (non publié) et l'arrêt du juge en chef du Canada dans *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. La Commission canadienne des transports* [1977] (non publié).

<sup>22</sup> Le seul genre de cas où, selon moi, il pourrait être nécessaire de trancher ce problème jurisprudenciel, c'est par exemple celui d'un gouvernement qui formule une réclamation contre un autre devant un tribunal qui connaît des réclamations entre des personnes juridiques, dont Sa Majesté, mais qui n'a pas le genre de compétence visée à l'article 19. On pourrait alors se demander si Sa Majesté, du chef du Canada ou d'une province, peut engager une action contre elle-même, agissant à un autre titre, sur la même base qu'une personne ordinaire engage une action contre Sa Majesté. Les hommes de loi du gouvernement chargés de préparer la documentation pour un transfert d'admini-

(Suite à la page suivante)

whether the problem even arises in the circumstances of the dispute that is in question. Assuming the claim to be one against Her Majesty in one right by Her Majesty in another right, I cannot conceive that the special defences available to Her as against an ordinary person would be available to Her as against Herself in another right. Assuming the claim to be one government against another, the parties must be acting in some representative capacity and not on behalf of the individuals comprising their membership for the time being.

In my view, the present problem may be solved as a pure matter of statutory interpretation.

In so far as most of the provisions in *The British North America Act, 1867* to which I have referred are concerned, they can be interpreted, on the basis of the Sovereign being one and indivisible in the light of the explanation given by Viscount Dunedin in *In re Silver Brothers Limited*,<sup>23</sup> where he said:

It is true that there is only one Crown, but as regards Crown revenues and Crown property by legislation assented to by the Crown there is a distinction made between the revenues and property in the Province and the revenues and property in the Dominion. There are two separate statutory purses. In each the ingathering and expending authority is different.

On this view, a provision in the Constitution describing property as belonging to Canada or a province merely determines what legislative and executive bodies have jurisdiction and powers in relation thereto and when Canada (or the Government of Canada) is required to pay or transfer to, or is said to be entitled to payment or a transfer from, a province (or the Government of a province), it is merely a requirement of a transfer of money or other property from the legislative and executive control (sometimes called "administra-

(Continued from previous page)

have a problem as to which is the proper method, viz.,

(a) a transfer as between ordinary persons, or

(b) a statute, order in council or dispatch (see cases cited in the *Higbie* case [1945] S.C.R. 385);

but this would appear to me more a problem of elegance than substance as there is little doubt that the Courts would give effect to the transfer no matter which method was chosen.

<sup>23</sup> [1932] A.C. 514, at p. 524.

que le problème se pose à propos du litige qui nous occupe. S'il s'agit d'une réclamation dirigée contre Sa Majesté, du chef du Canada ou d'une province, par Sa Majesté agissant à un autre titre, je ne  
a peux pas concevoir que celle-ci invoque contre elle-même, agissant à un autre titre, les moyens de défense spéciaux dont elle dispose contre une personne ordinaire. S'il s'agit d'une réclamation dirigée par un gouvernement contre un autre, les  
b parties doivent agir à un certain titre représentatif et non pour le compte des individus qui en sont membres à l'époque pertinente.

A mon avis, le présent problème peut se résoudre  
c comme une question de pure interprétation de la loi.

Quant à la plupart des dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* que j'ai  
d mentionnées, on peut les interpréter en tenant pour acquis que le souverain est un et indivisible dans le contexte de l'explication que le vicomte Dunedin donne dans *In re Silver Brothers Limited*,<sup>23</sup> où il dit:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Il est exact qu'il existe une seule Couronne, mais relativement aux revenus et aux biens qui reviennent à la Couronne en vertu d'une loi, il faut distinguer les revenus et les biens d'une province de ceux du Dominion. Il s'agit de deux budgets distincts, établis par des lois différentes. Dans chaque  
f cas, le pouvoir de perception et de dépenses est différent.

A ce sujet, une disposition de la constitution, qui décrit les biens comme appartenant au Canada ou à une province, détermine simplement les organismes législatif et exécutif qui ont compétence et détiennent des pouvoirs sur ces biens; et lorsque le  
g Canada (ou le gouvernement du Canada) est requis de payer une somme ou de transférer un bien à une province ou a droit à un paiement ou à un transfert de la part d'une province (ou du  
h gouvernement d'une province), il s'agit simplement d'une demande de transfert d'argent ou d'autres

(Suite de la page précédente)

nistration ont quelque difficulté à choisir entre:

<sup>i</sup> a) un transfert analogue à ceux qui ont lieu entre personnes ordinaires; et

b) une loi, un arrêté en conseil ou une dépêche (voir la jurisprudence citée dans *Higbie* [1945] R.C.S. 385);

mais il s'agit en fait d'un problème plus théorique que pratique, car il est fort probable que les tribunaux donneraient effet au transfert, quelle que soit la méthode choisie.

<sup>23</sup> [1932] A.C. 514, à la p. 524.

tion”) of the one to the other.<sup>24</sup>

In any such case, the content of the *obligation* or right is clear, it is more difficult to define with precision the *obligor* and *obligee*. (Fortunately, this is a jurisprudential problem that does not ordinarily require to be solved.)

Clearly, the obligor or obligee is not the particular group of individuals who, at any particular time happens to constitute the executive or legislative arm of government of Canada or a province. Those individuals have no more interest personally in public property than other members of the public. For the transfer of property or the payment of monies type of case, it would be a practical solution to personify the respective executive (or executive and legislative) arms of government, or to regard the Sovereign as having a separate legal personality for Canada and for each of the provinces respectively. Such a personification might also serve to rationalize the class of case typified by Canada's claim against Ontario arising out of the surrender of Indian lands under Indian treaties negotiated by Canada.<sup>25</sup> This would, however, in my view, be a judicial creation or fiction that is unnecessary for such cases and would complicate

<sup>24</sup> See, for example, *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889) 14 App. Cas. 295, per Lord Watson at p. 301.

The title to the public lands of British Columbia has all along been, and still is, vested in the Crown; but the right to administer and to dispose of these lands to settlers, together with all royal and territorial revenues arising therefrom, had been transferred to the Province, before its admission into the Federal union.

Compare *Attorney General of Canada v. Western Highbie and Albion Investments Ltd.* [1945] S.C.R. 385.

<sup>25</sup> See *Dominion of Canada v. Province of Ontario* [1910] A.C. 637, per Lord Loreburn L.C. at p. 645:

To begin with, this case ought to be regarded as if what was done by the Crown in 1873 had been done by the Dominion Government, as in substance it was in fact done. The Crown acts on the advice of ministers in making treaties, and in owning public lands holds them for the good of the community. When differences arise between the two Governments in regard to what is due to the Crown as maker of treaties from the Crown as owner of public lands they must be adjusted as though the two Governments were separately invested by the Crown with its rights and responsibilities as treaty maker and as owner respectively.

biens d'un contrôle exécutif et législatif (parfois appelé «administration») à l'autre.<sup>24</sup>

<sup>a</sup> En pareil cas, le contenu de l'*obligation* ou du droit est clair, mais il est plus difficile de définir avec précision l'*obligé* et l'*obligataire*. (Heureusement, il s'agit d'un problème jurisprudenciel qui, en général, n'a pas besoin d'être résolu.)

<sup>b</sup>

<sup>c</sup> De toute évidence, l'obligé et l'obligataire n'appartiennent pas au groupe de personnes qui, à un moment donné, constituent le bras exécutif ou le bras législatif du gouvernement du Canada ou d'une province. Ces personnes n'ont pas plus d'intérêt dans les biens publics que les autres membres du public. Pour le genre d'affaires qui se rapportent au transfert de biens ou au paiement de sommes d'argent, il serait pratique de personnifier <sup>d</sup> les bras exécutifs (ou exécutif et législatif) respectifs du gouvernement, ou de considérer que le souverain a une personnalité juridique distincte pour le Canada et pour chacune des provinces. Une telle personnification pourrait servir à rationaliser des causes du genre de la réclamation du Canada contre l'Ontario à propos des terres indiennes en vertu de traités négociés par le Canada avec les Indiens.<sup>25</sup> Toutefois, à mon avis, il s'agirait là d'une création ou d'une fiction judi-

<sup>f</sup>

<sup>24</sup> Voir par exemple *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada* (1889) 14 App. Cas. 295, où lord Watson déclare à la page 301:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Le titre de propriété des terres publiques de la Colombie-Britannique a été depuis toujours, et est encore, dévolu à la Couronne; mais le droit de les administrer et de les céder aux colons, ainsi que tous les revenus royaux et territoriaux qui en proviennent, ont été transférés à la province avant son entrée dans l'Union fédérale.

Comparer avec *Le procureur général du Canada c. Western Highbie and Albion Investments Ltd.* [1945] R.C.S. 385.

<sup>h</sup> <sup>25</sup> Voir *Dominion of Canada c. La province de l'Ontario* [1910] A.C. 637, où lord Loreburn, L.C., déclare à la p. 645:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Pour commencer, dans cette affaire, il faut considérer que ce que la Couronne a fait en 1873 a été fait par le gouvernement du Dominion, comme c'est d'ailleurs la vérité. La Couronne agit sur l'avis des ministres lorsqu'elle passe des traités; et quand elle possède des terres publiques, elle les détient pour le bien de la communauté. Quand des différends surgissent entre les deux gouvernements à propos de ce qui est dû à la Couronne, négociateur de traités, par la Couronne, propriétaire des terres publiques, ils doivent être réglés comme si les deux gouvernements étaient séparément investis par la Couronne de ses droits et responsabilités à titre respectivement de négociateur de traités et de propriétaire.

rather than simplify the problems arising from such cases as a breach of the constitutional (statutory) right

(a) under section 145 of *The British North America Act, 1867*, to have a railway constructed to connect the St. Lawrence River to Halifax,

(b) under the Terms of Union with British Columbia, to have a transcontinental railway built,<sup>26</sup>

(c) under the Terms of Union with British Columbia, to provide "an efficient mail service" between Victoria and San Francisco and between Victoria and Olympia, or

(d) under the Prince Edward Island Terms of Union, to have an efficient ferry service operated.

In my view, there is a more realistic analysis of the situation, at least for such cases.

By 1867, it would seem that, while provinces and colonies such as the ones in question here were subject to the sovereignty of the British Crown, each of them had, as a political matter, achieved a political identity of its own within the British Empire not unlike the political identity of sovereign states in the international sphere. While such a political identity was not, at that time at least, in the eyes of the ordinary municipal law, a "person" capable of having rights and liabilities and suing and being sued, it was a political reality in the sense that the people of a particular "self-governing" region had to be accepted and dealt with as a unity having desires and interests in common, as is demonstrated by the fact that they were, by *The British North America Act, 1867*, so dealt with.

There is no doubt, in my view, that the United Kingdom Parliament, by section 145 of the 1867 Act, created a legal duty in favour of three "Provinces".<sup>27</sup> Similarly, in my view, the Prince

<sup>26</sup> Compare *Attorney General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway Co.* [1953] A.C. 594, at pp. 610 et seq.

<sup>27</sup> Compare *Dominion of Canada v. Province of Ontario* [1910] A.C. 637, at p. 645. This, in itself, may have created a right in a province to sue as such on the application of reasoning such as is found in *The Taff Vale Railway Company v. The Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] A. C. 426.

ciaire inutile en pareils cas, qui compliquerait au lieu de simplifier les affaires comme une violation du droit (statutaire) constitutionnel,

a) en vertu de l'article 145 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, à la construction d'un chemin de fer reliant le fleuve Saint-Laurent à la ville d'Halifax,

b) en vertu des conditions de l'Union, à la construction d'un chemin de fer transcontinental,<sup>26</sup>

c) en vertu des conditions de l'Union avec la Colombie-Britannique, à l'établissement d'un service postal effectif entre Victoria et San Francisco et entre Victoria et Olympia, ou

d) en vertu des conditions de l'entrée de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union, à l'exploitation d'un service de traversiers efficace.

A mon avis, il existe une analyse plus réaliste de la situation, au moins pour ces cas.

Vers 1867, les provinces et les colonies, comme celles dont il est question ici, étaient soumises à la souveraineté de la Couronne britannique; mais chacune d'elles, du point de vue politique, avait acquis au sein de l'Empire britannique une identité politique qui n'est pas étrangère à celle qu'ont les états souverains à l'échelle internationale. Aux yeux du droit municipal ordinaire, cette identité ne constituait pas, du moins à cette époque, une «personne» capable d'avoir des droits et des responsabilités, d'ester en justice et d'être poursuivie. C'était cependant une réalité politique en ce sens que la population d'une région autonome donnée, devait être acceptée et traitée comme une unité ayant des désirs et des intérêts communs, comme le démontre le fait qu'elle a été ainsi traitée par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

Il ne fait aucun doute, à mon sens, que le Parlement du Royaume-Uni, en adoptant l'article 145 de l'Acte de 1867, a créé une obligation légale en faveur de trois «provinces». <sup>27</sup> De même, à mon

<sup>26</sup> Comparer avec *Le procureur général de la Saskatchewan c. Le Chemin de fer canadien du Pacifique* [1953] A.C. 594, aux pp. 610 et suiv.

<sup>27</sup> Comparer avec *Dominion du Canada c. La province de l'Ontario* [1910] A.C. 637, à la p. 645. Cela peut en soi avoir créé en faveur d'une province le droit de poursuivre en tant que telle, si on applique le raisonnement qui figure dans *The Taff Vale Railway Company c. The Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] A.C. 426.

Edward Island Terms of Union created a legal duty in favour of that province in respect of a ferry service. In each case, as I view it, the "obligor", while it was described as the "Dominion Government" or the "Government and Parliament of Canada", was the newly created political entity called "Canada" and the obligee was a province or provinces. Neither the obligor nor obligee was an entity having status as a person in any British or international court of law. Nevertheless, the United Kingdom Parliament, by imposing duties on one in favour of another, made them parties to statutory rights or duties,<sup>28</sup> no matter how unorthodox it may be to create legal rights without legal remedies. It is important to emphasize that what we are discussing is "a general statutory arrangement" and not a contract or "independent treaty between the two governments".<sup>29</sup>

In my view, the result of conferring such statutory rights on the provinces in question, in the absence of any other sanction, was to confer a right on them to be compensated in respect of damages arising from breach thereof;<sup>30</sup> but the

<sup>28</sup> Speaking of section 109, it was said in *Attorney General of Ontario v. Mercer* (1883) 8 App. Cas. 767, at p. 778:

The general subject of the whole section is of a high political nature; it is the attribution of royal territorial rights, for purposes of revenue and government, to the provinces. . . .

In my view, from the point of view of an implied right to be compensated for breach, there is a difference in kind between a provision, such as that under consideration, which is, on the face of it, a part of the inducement by means of which the particular province was persuaded to join the union and other provisions (even though they are grammatically joined with it) that merely provide for Canada assuming the same responsibilities toward the new province as it assumes toward all the rest of the country.

<sup>29</sup> Compare *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889) 14 App. Cas. 295, per Lord Watson at p. 303 and *Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. v. The King* [1916] 1 A.C. 566, per Viscount Haldane at p. 579 (quoted in footnote *supra*).

<sup>30</sup> Compare *Samson v. The Queen* [1957] S.C.R. 832, per Locke J. at p. 841. As a realistic matter, it seems obvious that, just as being joined to the eastern provinces by railway was a *sine qua non* of British Columbia joining the union, so the right to be joined to the mainland by ferry service was a *sine qua non* of Prince Edward Island joining. To my mind, it is inconceivable that when such terms of union were given statutory form,

(Continued on next page)

avis, les conditions de l'entrée de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union ont créé en faveur de cette province une obligation légale relative à un service de traversiers. Dans chaque cas, j'estime que l'«obligé» qu'on appelle le «gouvernement du Dominion» ou le «gouvernement et le Parlement du Canada», était l'entité politique nouvellement créée appelée «Canada», et que l'obligataire était une ou plusieurs provinces. Ni l'obligé ni l'obligataire n'était une entité possédant une capacité juridique personnelle devant une cour de justice britannique ou internationale. Néanmoins, le Parlement du Royaume-Uni, en imposant à l'un des devoirs envers l'autre, les a fait parties à des droits et à des devoirs statutaires,<sup>28</sup> peu importe jusqu'à quel point c'est une hérésie de créer des droits sans recours légaux. Il importe de souligner que nous sommes en train de discuter un «arrangement statutaire général» et non pas un contrat ou un «traité indépendant entre les deux gouvernements».<sup>29</sup>

A mon sens, le fait de conférer aux provinces ces droits statutaires, en l'absence de toute autre sanction, a eu comme conséquence de leur conférer le droit d'être indemnisées pour les dommages provenant de leur inexécution;<sup>30</sup> mais le seul remède à

<sup>28</sup> A propos de l'article 109, il est dit dans *Le procureur général de l'Ontario c. Mercer* (1883) 8 App. Cas. 767, à la p. 778:

[TRADUCTION] La teneur générale de l'article a un caractère hautement politique; elle vise l'attribution aux provinces de droits territoriaux royaux aux fins de revenu et de gouvernement. . . .

A mon avis, du point de vue du droit implicite à une indemnisation pour inexécution, il existe une différence spécifique entre une disposition comme celle à l'étude qui, à première vue, est l'une des principales raisons qui ont incité la province à entrer dans l'Union, et les autres dispositions (même si elles sont grammaticalement jointes) qui prévoient simplement que le Canada assumera envers les nouvelles provinces les mêmes responsabilités qu'envers le reste du pays.

<sup>29</sup> Comparer avec *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada* (1889) 14 App. Cas. 295, par lord Watson, à la p. 303 et *Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. c. Le Roi* [1916] 1 A.C. 566, par le vicomte Haldane à la p. 579 (cité dans un renvoi précédent).

<sup>30</sup> Voir *Samson c. La Reine* [1957] R.C.S. 832, par le juge Locke à la p. 841. D'un point de vue réaliste, il paraît évident que, de même que la construction d'un chemin de fer pour relier la Colombie-Britannique aux provinces de l'Est était une condition *sine qua non* de son entrée dans l'Union, de même le droit d'être reliée au continent par un service de traversiers était une condition *sine qua non* de l'entrée de l'Île-du-Prince-

(Suite à la page suivante)

only remedy, at the time that the right was created was that that was available where there was no legal regime for settling disputes—namely (leaving aside force or other illegal acts), negotiation and invoking the intervention of third parties (e.g. in 1867 and 1873, Her Majesty's United Kingdom Government).<sup>31</sup> However, the lack of legal machinery at that time to determine disputes does not, in my view, detract from the existence at that time of a right to have the statutory duty carried out or to be compensated for breach of that duty.

In my view, when there is a statutory right to have something done with no express sanction for breach, there is, *prima facie*, an implied right to be compensated for a breach of such right; and neither the reasons given by the learned Trial Judge nor the submissions on behalf of the respondent make that reasoning inapplicable here.<sup>32</sup> I am, therefore, of the view that the learned Trial Judge

(Continued from previous page)

the resultant rights were meant to be of such an empty nature that breach thereof would not give rise to a right to compensation.

That is not to say that an individual who happened to be an inhabitant of the Province at the time of breach has a legal claim to damages for his loss suffered as an individual. I express no opinion on that question but I must express doubt with regard thereto. I am of opinion that the "obligee" is the "Province"—i.e., the mass of inhabitants of the geographical area whoever they may be from time to time. I do not see the obligation to the Province as a joint right of the individuals or as a right held in trust for them as individuals. I see an analogy to the "booty of war" case (*Kinloch v. The Secretary of State for India in Council* (1882) 7 App. Cas. 619 (H.L.)) and to the case of reparations received by a country which is the successful party to a peace treaty.

<sup>31</sup> The only machinery contemplated by *The British North America Act, 1867*, for settling disputes between Canada and the provinces as to the effect of the arrangements among them laid down by that Act is section 142 thereof, which reads:

**142.** The Division and Adjustment of the Debts, Credits, Liabilities, Properties, and Assets of Upper Canada and Lower Canada shall be referred to the Arbitrament of Three Arbitrators, One chosen by the Government of Ontario, One by the Government of Quebec, and One by the Government of Canada; and the Selection of the Arbitrators shall not be made until the Parliament of Canada and the Legislatures of Ontario and Quebec have met; and the Arbitrator chosen by the Government of Canada shall not be a Resident either in Ontario or in Quebec.

<sup>32</sup> The question whether what we are discussing is a "legal" obligation or a "political" obligation has no bearing that I can

l'époque où le droit a été créé, dont on disposait lorsqu'il n'y avait pas de régime légal pour régler les différends (si on laisse de côté la force et les autres actes illégaux) consistait à négocier et à invoquer l'intervention des tiers (par exemple, en 1867 et 1873, le gouvernement du Royaume-Uni de Sa Majesté).<sup>31</sup> Toutefois, j'estime que l'absence de rouages légaux à ce moment-là pour trancher les différends ne porte pas atteinte à l'existence, à ce moment-là, du droit de faire exécuter le devoir statutaire ou d'être indemnisé pour son inexécution.

A mon avis, lorsqu'il existe un droit statutaire à l'exécution de quelque chose, mais pas de sanction expresse pour l'inexécution, il y a à première vue un droit implicite à indemnisation pour manquement à ce droit, et ni les motifs du savant juge de première instance ni les arguments présentés par l'intimée ne rendent ce raisonnement inapplicable ici.<sup>32</sup> J'estime donc que le savant juge de première

(Suite de la page précédente)

Édouard. Il me paraît inconcevable que lorsque ces conditions de l'Union ont reçu la forme d'une loi, le législateur ait voulu que les droits qui en découleraient soient dénués de sens au point de ne pas donner lieu à une indemnisation.

Cela ne veut pas dire qu'une personne qui habitait la province à l'époque de l'inexécution ait un droit légal à des dommages-intérêts pour sa perte subie à titre individuel. Je n'exprime aucune opinion à ce sujet, mais quelque doute. Je suis d'avis que l'«obligataire» est la «province», c'est-à-dire la masse des habitants de la région géographique, quels qu'ils puissent être d'une époque à l'autre. Je ne vois pas l'obligation envers la province comme un droit solidaire des personnes ou comme un droit détenu en fiducie pour leur compte en tant qu'individus. Je vois ici une analogie avec le cas de «butin de guerre» (*Kinloch c. The Secretary of State for India in Council* (1882) 7 App. Cas. 619 (C.L.)) et celui des réparations accordées à un pays vainqueur dans un traité de paix.

<sup>31</sup> Le seul mécanisme qu'envisage l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, pour régler les différends entre le Canada et les provinces quant à l'effet des accords intervenus entre eux et consacrés par cet Acte, est l'article 142 dont voici le texte:

**142.** Le partage et l'ajustement des dettes, crédits, obligations, propriétés et actif du Haut et du Bas-Canada seront soumis à la décision de trois arbitres, dont l'un sera choisi par le gouvernement de l'Ontario, un autre par le gouvernement du Québec et le dernier par le gouvernement du Canada. Le choix des arbitres n'aura lieu qu'après que le Parlement du Canada et les Législatures de l'Ontario et du Québec auront été réunis; l'arbitre choisi par le gouvernement du Canada ne devra être domicilié ni dans l'Ontario ni dans le Québec.

<sup>32</sup> La question de savoir si l'objet de notre discussion est une obligation «légale» ou une obligation «politique» n'a, à mes yeux,

was wrong when he concluded, in effect, that the breach of the Terms of Union that he found did not give rise to a right to compensation for damages suffered as a result of the breach.

However, it does not follow that, because a right conferred on the Province by virtue of Imperial legislation has been breached by Canada, the province has a right to a *judgment* against Canada. This brings me to a consideration of the nature and character of the proceeding in the Trial Division and of the parties thereto.

I doubt that either Canada or a province is a person in the sense that it would, as such, be recognized as falling within the jurisdiction of a Superior Court having the jurisdiction of the common law Superior Courts.<sup>33</sup> In any event, the

see on the question whether there is an implied right to compensation for breach. Just as there can be social obligations that, not being legal obligations, are not justiciable in a court of law, so there can be political obligations that are not so justiciable; and, prior to the creation of the special type of judicial remedy now reflected in section 19 of the *Federal Court Act*, any obligation (e.g., to pay money) to which "Canada" or the "provinces" were parties, as such, must have been such a "political obligation" because the parties were political entities and were not as such entities in respect of which any court of law had jurisdiction. It follows that, at that time, the sole remedy was political pressure just as, in the case of social obligations, the sole remedy is social pressure. However, what has to be considered is not the nature of the remedy but the nature of the right. Whether the remedy was political or judicial action, in my view, just as failure to pay money or transfer property when required by law gives rise to an incidental right to future payment or transfer and compensation for loss arising from delay, so failure to provide a service required by law during a period gives rise to a right to compensation for loss arising from the failure.

<sup>33</sup> As I understand the use of the word "person" in the law, it is that which is competent in the eyes of the law to have rights and obligations and to sue and be sued. (Cf. section 20 of the *Interpretation Act* and the definition of "person" in section 28 thereof.) Persons may, therefore, vary from one system of law to another; e.g., from a municipal system to international law. As I see it, the provisions of *The British North America Act* that are being considered create a system of rights somewhere in between and section 19 sets up a jurisdiction to give effect to such rights. Canada and the provinces are the persons who are competent to have rights and obligations and to sue and be sued under such system and jurisdiction.

instance a eu tort de conclure que l'inexécution des conditions de l'Union, qu'il a constatée, ne donnait pas lieu à une indemnisation pour les dommages qui en sont résultés.

a

Toutefois, il ne s'ensuit pas que, parce que le Canada n'a pas exécuté un droit conféré à la province en vertu d'une loi impériale, la province a droit à un *jugement* contre le Canada. Cela m'amène à examiner la nature des procédures engagées devant la Division de première instance, et celle des parties elles-mêmes.

b

Je doute que le Canada ou une province soit une personne qui entre comme telle dans la compétence des cours supérieures de *common law*.<sup>33</sup> Quoi qu'il en soit, j'estime que la Division de première instance n'a aucune compétence dans un différend

c

d aucune conséquence sur la question de savoir s'il existe un droit implicite à une indemnisation en cas d'inexécution. Tout comme il peut y avoir des obligations sociales qui, n'étant pas des obligations légales, ne peuvent être réglées devant une cour de justice, il peut y avoir des obligations politiques qui subissent le même sort; et, avant la création de la forme spéciale de recours judiciaire qu'on retrouve maintenant à l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, toute obligation (par ex. de payer une somme d'argent) à laquelle le «Canada» ou les «provinces» étaient parties, était nécessairement, comme telle, une «obligation politique» de ce genre parce que les parties étaient des entités politiques qui, en tant que telles, ne relevaient de la compétence d'aucune cour de justice. Il en résulte qu'à ce moment-là, les pressions politiques étaient le seul recours, tout comme dans le cas d'obligations sociales, les pressions sociales constituent le seul recours. Cependant, ce n'est pas la nature du recours qu'il faut examiner, mais la nature du droit. Que le recours soit politique ou judiciaire, à mon avis, tout comme l'omission de payer une somme d'argent ou de transférer un bien lorsque la loi l'exige fait naître un droit incident à un paiement ou à un transfert futur et à une indemnisation pour les pertes résultant de retards, l'omission de fournir pendant un certain temps un service exigé par la loi fait naître un droit à une indemnisation pour les pertes résultant de l'omission.

d

e

f

g

h

<sup>33</sup> Si je comprends bien le sens que le mot «personne» a dans la loi, il désigne quiconque est capable à ses yeux d'avoir des droits et des obligations, de poursuivre et d'être poursuivi. (Voir l'article 20 de la *Loi d'interprétation*, et la définition de «personne» dans son article 28.) Les personnes peuvent donc différer d'un système de droit à un autre, par exemple d'un système municipal à un système de droit international. Selon moi, les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, que je suis en train d'examiner, créent un système de droit quelque peu intermédiaire et l'article 19, une compétence en vue de donner effet à ces droits. Le Canada et les provinces sont les personnes capables d'avoir des droits et des obligations, de poursuivre et d'être poursuivies en vertu de ce système et de cette compétence.

i

j

Trial Division would, in my view, have no jurisdiction in a dispute between two such political entities<sup>34</sup> apart from section 19 of the *Federal Court Act*, which reads:

19. Where the legislature of a province has passed an Act agreeing that the Court, whether referred to in that Act by its new name or by its former name, has jurisdiction in cases of controversies,

(a) between Canada and such province, or

(b) between such province and any other province or provinces that have passed a like Act,

the Court has jurisdiction to determine such controversies and the Trial Division shall deal with any such matter in the first instance.

and the "agreeing" provincial Act. In my view, this legislation (section 19 and the provincial "Act") creates a jurisdiction differing in kind from the ordinary jurisdiction of municipal courts to decide disputes between ordinary persons or between the Sovereign and an ordinary person.<sup>35</sup> It is a jurisdiction to decide disputes as between political entities and not as between persons recognized as legal persons in the ordinary municipal courts.<sup>36</sup> Similarly, in my view, this legislation creates a jurisdiction differing in kind from international courts or tribunals. It is a jurisdiction to decide a dispute in accordance with some "recognized legal principle"<sup>37</sup> (in this case, a provision in the legal constitution of Canada, which is, *vis-à-vis* international law, Canadian municipal law).

<sup>34</sup> I can see that, on the view that Her Majesty as part of each of the respective executive and legislative arms of government combined, is a separate legal person, the Federal Court might have jurisdiction under section 17 of the *Federal Court Act* where the claim is for a transfer of administration of Crown property (which would include a payment of money) from one executive arm to another. I cannot see how such a view would permit a realistic interpretation of a constitutional obligation such as that under consideration. It is not the executive or legislative arms of government that are the true sufferers or delinquents. It is the particular public (group of people) represented by such arms of government.

<sup>35</sup> Even in such courts, the Sovereign can only be impleaded as "provided by statute". See *Young v. SS. "Scotia"* [1903] A.C. 501 at pp. 504-505.

<sup>36</sup> Compare *Sloman v. The Governor and Government of New Zealand* (1876) L.R. 1 C.P.D. 563.

<sup>37</sup> *Dominion of Canada v. Province of Ontario* [1910] A.C. 637, per Lord Loreburn L.C. at p. 645. I take "legal" in this phrase to exclude the application of ideas of abstract justice and "recognized" to require recognition as part of the municipal law of Canada.

entre deux entités politiques de cette nature,<sup>34</sup> si ce n'est celle que lui confère l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont voici le libellé:

19. Lorsque l'assemblée législative d'une province a adopté une loi reconnaissant que la Cour, qu'elle y soit désignée sous son nouveau ou son ancien nom, a compétence dans le cas de litige

a) entre le Canada et cette province, ou

b) entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi au même effet,

la Cour a compétence pour juger ces litiges et la Division de première instance connaît de ces questions en première instance.

et la loi provinciale qui la reconnaît. A mon sens, ces dispositions législatives (l'article 19 et la «loi provinciale») créent une compétence qui diffère par sa nature de la compétence ordinaire conférée aux cours municipales pour trancher les différends entre les personnes ordinaires ou entre le souverain et une personne ordinaire.<sup>35</sup> Elle tranche les différends entre des entités politiques et non pas entre des personnes juridiques reconnues devant les tribunaux municipaux ordinaires.<sup>36</sup> De même, selon moi, ces dispositions créent une compétence qui diffère par sa nature de celle des cours internationales. Elle tranche les différends conformément à certains «principes juridiques reconnus»<sup>37</sup> (en l'espèce, une disposition de la constitution légale du Canada qui est, *vis-à-vis* du droit international, le droit municipal canadien).

<sup>34</sup> Si on accepte le point de vue que Sa Majesté, en tant que partie à la fois du bras exécutif et du bras législatif du gouvernement, est une personne juridique distincte, je peux admettre que la Cour fédérale pourrait avoir compétence en vertu de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* si la réclamation vise un transfert d'administration de biens de la Couronne (ce qui inclut un paiement) d'un bras exécutif à l'autre. Je ne peux pas admettre que ce point de vue permette une interprétation réaliste d'une obligation constitutionnelle comme celle que je suis en train d'examiner. Ce ne sont pas les bras exécutif ou législatif du gouvernement qui sont les vraies victimes ou les coupables; c'est le public (groupe de gens) représenté par ces bras du gouvernement.

<sup>35</sup> Même devant ces cours, le souverain ne peut être poursuivi en justice que comme «prévu par la loi». Voir *Young c. SS. "Scotia"* [1903] A.C. 501 aux pp. 504-505.

<sup>36</sup> Cf. *Sloman c. The Governor and Government of New Zealand* (1876) L.R. 1 C.P.D. 563.

<sup>37</sup> *Dominion du Canada c. La province de l'Ontario* [1910] A.C. 637, par lord Loreburn, L.C., à la p. 645. A mon sens, «juridique» dans cette expression exclut l'application d'idées de justice abstraite, et «reconnu» exige la reconnaissance en tant que partie du droit municipal du Canada.

The effect of the enactment of the original forerunner of section 19,<sup>38</sup> once the “agreeing” provincial legislation was passed, was, as I see it, to convert a legal (statutory) right of a “province” without a legal remedy into a legal right with a remedy, albeit a remedy that can be nothing more than a judicial declaration.<sup>39</sup>

On this view of the nature of a proceeding under section 19, the parties thereto are the political entities, in this case the Province and Canada, which cannot be described any more accurately, as I conceive them, than the peoples or public for the time being of the geographical areas involved. In effect, it is a claim by the people for the time being of Prince Edward Island against the people for the time being of all Canada. In my view, it does not matter whether such parties are referred to in the proceedings by the geographical names or by reference to the executive governments that represent the inhabitants of the geographical areas and that must be their spokesmen for the purposes of the dispute.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> See section 54 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*, c. 11 of the Statutes of Canada of 1875.

<sup>39</sup> This is not to be taken as depreciatory of the remedy. A judicial remedy against the Sovereign (Government) in right of Canada has always been by declaration. See section 10 of the *Petition of Right Act*, R.S.C. 1970, c. P-12, and Rule 605 of the *Federal Court Rules*, which reads:

*Rule 605.* A judgment against the Crown shall be a declaration that the person in favour of whom the judgment is given is entitled to the relief to which the Court has decided that he is entitled, either absolutely or upon such terms and conditions, if any, as are just.

The Government will not, of course, ignore the Court's decision. “It is the duty of the Crown and of every branch of the Executive to abide by and obey the law” (*Eastern Trust Company v. McKenzie, Mann and Co., Ltd.* [1915] A.C. 750, at p. 759).

<sup>40</sup> While describing the executive government as “Her Majesty in right of” may or may not be particularly appropriate, there is no question, reading the proceedings in the light of section 19, that it is the Province and Canada that are the true parties to the dispute and so there is, in my view, no defect in the proceeding. (See *Her Majesty in Right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission* [1977] per Laskin C.J.C. (unreported).) Furthermore, the practical result of the proceeding, if successful, will probably be a declaration that the Province is entitled to be paid \$x by Canada which would mean a transfer from the Government of Canada to the Government of Prince Edward Island of money that would then become

(Continued on next page)

L'adoption du premier texte législatif qui a précédé l'article 19,<sup>38</sup> après que la loi provinciale qui reconnaît la compétence eut été passée, a eu pour effet, selon moi, de convertir un droit légal (statutaire) d'une «province» sans redressement légal en un droit légal assorti d'un redressement légal, bien que ce redressement se limite à une déclaration judiciaire.<sup>39</sup>

Selon ce point de vue sur la nature d'une procédure engagée en vertu de l'article 19, les parties sont des entités politiques (en l'espèce, la province et le Canada), que je ne saurais décrire avec plus d'exactitude qu'en disant qu'elles représentent la population actuelle (ou le public) des régions géographiques concernées. En effet, il s'agit bien en l'espèce d'une réclamation de la population actuelle de l'Île-du-Prince-Édouard contre la population actuelle de tout le Canada. A mon sens, il importe peu que dans les procédures on se réfère à ces parties par leur nom géographique ou par les gouvernements exécutifs qui représentent les habitants des régions géographiques et sont leurs porte-parole aux fins du différend.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Voir l'article 54 de l'Acte des cours Suprême et l'Échiquier, c. 11 des Statuts du Canada de 1875.

<sup>39</sup> Cela ne doit pas être considéré comme une dévalorisation du recours. Un redressement judiciaire contre le souverain (gouvernement) du chef du Canada a toujours été une déclaration. Voir l'article 10 de la *Loi sur les pétitions de droit*, S.R.C. 1970, c. P-12 et la Règle 605 de la Cour fédérale, dont voici le libellé:

*Règle 605.* Un jugement contre la Couronne doit être une déclaration à l'effet que la personne en faveur de laquelle le jugement est rendu a droit au redressement auquel la Cour a décidé qu'elle avait droit, soit de façon absolue, soit, le cas échéant, aux conditions qui sont justes.

Bien entendu, le gouvernement n'ignorera pas la décision de la Cour. [TRADUCTION] «C'est le devoir de la Couronne et de toute branche de l'exécutif de respecter la loi» (*Eastern Trust Company c. McKenzie, Mann and Co., Ltd.* [1915] A.C. 750, à la p. 759).

<sup>40</sup> L'expression «Sa Majesté, du chef de» employée pour désigner le gouvernement exécutif peut être ou ne pas être particulièrement appropriée; il ne fait toutefois aucun doute, si on lit les procédures dans le contexte de l'article 19, que la province et le Canada sont les vraies parties au différend et, partant, il n'y a, à mon avis, aucun vice de procédure. (Voir *Sa Majesté la Reine, du chef de la province de l'Alberta c. La Commission canadienne des transports* [1977] par le juge en chef Laskin (non publié).) En outre, le résultat pratique de ces procédures, si elles réussissent, sera probablement une déclaration portant que la province est fondée à recevoir tant de dollars du Canada, ce qui signifierait un transfert, du gouvernement du

(Suite à la page suivante)

In considering the judgment of this Court that would flow, if the conclusion that I have reached is adopted by the Court, consideration must be given to that part of the learned Trial Judge's reasons, which reads [at page 721]:

In seeking a trial date counsel for the parties agreed that the trial, in the first instance, should be limited to the question of liability and that the question of damages should be deferred to a subsequent time depending upon the resolution of the question of liability. Accordingly both parties waived examination for discovery respecting the quantum of damages to a time prior to the trial of that issue, should it become necessary.

Having regard thereto, my conclusion would be that the appeal should be dismissed with costs and the cross-appeal should be allowed with costs, that the judgment of the Trial Division should be set aside and that the matter should be referred back for further proceedings in accordance with the arrangement between the parties pursuant to which the matter went to trial.

(Continued from previous page)

subject to appropriation by the Legislature of Prince Edward Island. Section 57(3) of the *Federal Court Act* would not seem to apply to authorize payment, in which event, it would seem that special Parliamentary authority would be necessary. In such a proceeding, Rule 5—the “Gap Rule”—would, I should have thought, solve most procedural problems, as, for example, the problem that arose in 1960 in the unreported judgment of Thorson P. in *Government of the Province of Newfoundland v. Government of Canada*.

I should add that, as far as this appeal is concerned, as I have already indicated, it does not seem to me to make any difference whether the parties to this proceeding are conceived to be

- (a) the “Governments” of Canada and Prince Edward Island, respectively,
- (b) Her Majesty in right of Canada and Her Majesty in right of Prince Edward Island, regarded as two separate legal personalities, or
- (c) Canada and Prince Edward Island regarded as political entities (rather than ordinary legal personalities) upon whom the Constitution imposes rights and obligations that may give rise to disputes for which section 19 creates a remedy different in kind juristically from the ordinary remedies in municipal courts.

No matter which is the more accurate analysis, as it seems to me, the learned Trial Judge erred in not holding that there was a right to compensation for breach of the particular provision in the terms of union. However, the damages to be assessed during the second stage of the trial may vary substantially depending upon the correct view as to who is the *party* who is to be compensated.

Eu égard au jugement que cette cour prononcera si elle adopte mes conclusions, il me faut examiner la partie des motifs du savant juge de première instance que voici [à la page 721]:

Lorsqu'ils ont demandé que soit fixée la date du procès, les avocats des parties ont convenu que l'audition en première instance devrait se limiter à la question de responsabilité et que la question des dommages-intérêts devait être remise à plus tard, suivant l'issue de la première. Les deux parties ont donc remis l'interrogatoire préalable au sujet du montant des dommages à une époque antérieure à l'audition de cette question, le cas échéant.

Compte tenu de ce qui précède, je conclurais qu'il faut rejeter l'appel avec dépens, accueillir l'appel incident avec dépens, annuler le jugement de la Division de première instance et lui renvoyer l'affaire aux fins de compléter les procédures conformément à l'accord intervenu entre les parties, en vertu duquel l'affaire est venue à audience.

(Suite de la page précédente)

Canada au gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard, d'une somme d'argent que la législature de l'Île-du-Prince-Édouard pourrait alors inclure dans son budget. L'article 57(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne semble pas s'appliquer pour autoriser un paiement, auquel cas une affectation spéciale par le Parlement semble nécessaire. Dans une procédure de ce genre, la Règle 5, (la «règle des lacunes») peut, je pense, résoudre la plupart des problèmes de procédure, comme, par exemple, celui qui s'est présenté en 1960 dans le jugement non publié du président Thorson dans *Le gouvernement de la province de Terre-Neuve c. Le gouvernement du Canada*.

J'ajouterais qu'en ce qui concerne le présent appel, comme je l'ai déjà indiqué, il ne me semble pas y avoir de différence si les parties sont

- a) les «gouvernements» respectifs du Canada et de l'Île-du-Prince-Édouard,
- b) Sa Majesté du chef du Canada et Sa Majesté du chef de l'Île-du-Prince-Édouard, étant deux personnes juridiques distinctes, ou
- c) le Canada et l'Île-du-Prince-Édouard considérés comme des entités politiques (et non comme des personnes juridiques distinctes) à qui la constitution accorde des droits et impose des obligations qui peuvent donner lieu à des différends à l'égard desquels l'article 19 crée un recours dont la nature juridique diffère des recours ordinaires devant les cours municipales.

Peu importe quelle est l'analyse la plus exacte, le savant juge de première instance, à ce qu'il me semble, a commis une erreur en ne concluant pas qu'il existait un droit à une indemnisation pour l'inexécution de la disposition en cause des conditions de l'Union. Cependant, les dommages à évaluer au cours de la seconde étape de l'instance peuvent varier de façon importante suivant la manière exacte de voir qui est la *partie* et qui doit être indemnisé.

However, my tentative conclusion that the matter should be referred back to the Trial Division for further proceedings raises a question as to the validity of section 19 of the *Federal Court Act* in so far as it purports to confer jurisdiction on the Trial Division in respect of this claim by the Province against Canada. The parties indicated, through their counsel on the argument in this Court, that they were satisfied that the Trial Division has jurisdiction. There have, moreover, been various decisions on appeal in proceedings initiated under the predecessors of section 19 by which the Supreme Court of Canada and the Judicial Committee have dealt with such matters without casting any doubt on the jurisdiction created by such provisions.<sup>41</sup> Two recent decisions of the Supreme Court of Canada—*Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited* [1977] 2 S.C.R. 1054 and *McNamara Construction (Western) Limited v. The Queen* [1977] 2 S.C.R. 654—have, however, cast new light on the ambit of section 101 of *The British North America Act, 1867* which requires consideration of the question of jurisdiction because the Court should “take objection where the absence of jurisdiction is apparent on the face of the proceedings”.<sup>42</sup> It follows, in my view, that this Court should not refer the matter back to the Trial Division for further proceedings if it is apparent on the face of the proceedings that the Trial Division has no jurisdiction.

After giving the two recent decisions of the Supreme Court of Canada concerning the ambit of section 101 the best consideration that I can, I have concluded that they do not make it “apparent” that the Trial Division has no jurisdiction in this claim by Prince Edward Island against Canada so as to justify or require this Court to take cognizance of such absence of jurisdiction when the matter has not been put in issue between the parties. One of those cases deals with a dispute

<sup>41</sup> See, for example, *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889) 14 App. Cas. 295; *Dominion of Canada v. Province of Ontario* [1910] A.C. 637; *The King v. Attorney-General of British Columbia* [1924] A.C. 213; and *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* [1924] A.C. 222.

<sup>42</sup> See *Westminster Bank, Ltd. v. Edwards* [1942] A.C. 529, per Viscount Simon L.C. at p. 533.

Toutefois, cette conclusion provisoire quant au renvoi de l'affaire à la Division de première instance aux fins de compléter les procédures, soulève un doute quant à la validité de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dans la mesure où il a pour effet de donner compétence à la Division de première instance relativement à cette réclamation de la province contre le Canada. Au cours des débats devant nous, les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, ont manifesté leur conviction que la Division de première instance avait compétence. En outre, il existe divers jugements d'appel afférents à des actions engagées sous le régime des textes législatifs qui ont précédé l'article 19 et dans lesquels la Cour suprême et le Comité judiciaire ont réglé ces questions sans jeter aucun doute sur la compétence créée par ces textes.<sup>41</sup> Toutefois, deux arrêts de la Cour suprême du Canada, *Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Limitée* [1977] 2 R.C.S. 1054 et *McNamara Construction (Western) Limited c. La Reine* [1977] 2 R.C.S. 654, ont jeté une nouvelle lumière sur la portée de l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, qui requiert l'examen de la compétence, car la Cour doit [TRA-DUCTION] «soulever une objection lorsqu'il est évident au vu du dossier, qu'il y a absence de compétence». <sup>42</sup> Selon moi, il s'ensuit que nous ne devrions pas renvoyer l'affaire à la Division de première instance aux fins de compléter les procédures s'il est évident, au vu du dossier, qu'elle n'a pas compétence.

Après avoir examiné de mon mieux ces deux arrêts de la Cour suprême du Canada sur la portée de l'article 101, je conclus qu'ils ne montrent pas de façon «évidente» que la Division de première instance n'a pas compétence à l'égard de la présente réclamation de l'Île-du-Prince-Édouard contre le Canada, auquel cas nous aurions été justifiés ou tenus de prendre acte de cette absence de compétence alors que les parties n'ont pas engagé de controverse à ce sujet. L'un de ces arrêts

<sup>41</sup> Voir par exemple *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada* (1889) 14 App. Cas. 295; *Le Dominion du Canada c. La province de l'Ontario* [1910] A.C. 637; *Le Roi c. Le procureur général de la Colombie-Britannique* [1924] A.C. 213; et *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada* [1924] A.C. 222.

<sup>42</sup> Voir *Westminster Bank, Ltd. c. Edwards* [1942] A.C. 529, par le vicomte Simon, L.C., à la p. 533.

between ordinary persons. The other deals with a claim by Her Majesty against an ordinary person. In both cases, the matter was to be resolved by application of provincial law.<sup>43</sup> There was no occasion in those cases for the Court to address itself to the question whether the application of a part of the Constitution of Canada (as found in or under United Kingdom legislation) to resolve a dispute between Canada and one of its provinces fell within the words "Administration of the Laws of Canada" in section 101 of *The British North America Act, 1867*.<sup>44</sup>

My conclusion is, therefore, that the appeal should be dismissed with costs and the cross-appeal should be allowed with costs, that the judgment of the Trial Division should be set aside and that the matter should be referred back to the Trial Division for further proceedings in accordance with the arrangement between the parties pursuant to which the matter went to trial.

#### APPENDIX "A"

##### DISCUSSION OF TERMS AND CONDITIONS UPON WHICH PRINCE EDWARD ISLAND WAS ADMITTED TO CONFEDERATION

The Imperial order-in-council of June 26, 1873, after reciting the terms of section 146 of *The*

<sup>43</sup> In the *Quebec North Shore Paper Company* case, the Chief Justice of Canada (delivering the judgment of the Court) pointed out [at page 1063] "that the law respecting the Crown came into Canada as part of the public or constitutional law of Great Britain, and there can be no pretence that that law is provincial law". The passage in which this appears was quoted by him, when giving judgment on behalf of the Court in the *McNamara* case.

<sup>44</sup> If the matter comes to be argued, there are other aspects that may require to be considered. It may be that, properly considered, section 19, like the old section 20 of the *Exchequer Court Act*, creates a legally enforceable right as well as conferring jurisdiction on the Court. (See *The King v. Armstrong* (1908) 40 S.C.R. 229 at p. 248; *The King v. DesRosiers* (1908) 41 S.C.R. 71, at p. 78; and *The Queen v. Murray* [1967] S.C.R. 262, per Martland J. (delivering the judgment of the Court) at p. 269.) It may, on the other hand, be that, in so far as claims against Canada are concerned, section 19 is legislation, under the introductory words of section 91, conferring arbitral powers on the Court and authorizing it to accept similar powers, in so far as claims against provinces are concerned, from provincial legislatures on the principle applied, in a different context, in *P.E.I. Potato Marketing Board v. H.B. Willis Inc.* [1952] 2 S.C.R. 392.

traite d'un différend entre personnes ordinaires; l'autre d'une réclamation de Sa Majesté contre une personne ordinaire. La Cour a réglé ces deux affaires en appliquant la loi provinciale.<sup>43</sup> Dans aucune de ces affaires la Cour n'était appelée à se demander si l'application d'une partie de la constitution du Canada (telle qu'elle figure dans la législation du Royaume-Uni) pour régler un différend entre le Canada et l'une de ses provinces relève de l'expression «exécution des lois du Canada», qui figure à l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.<sup>44</sup>

En conclusion, je suis d'avis qu'il faut rejeter l'appel avec dépens, annuler le jugement de la Division de première instance et lui renvoyer l'affaire pour qu'elle complète les procédures conformément à l'accord intervenu entre les parties, en vertu duquel l'affaire est venue à audience.

#### ANNEXE «A»

##### DISCUSSION DES TERMES ET CONDITIONS AUXQUELS L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD A ÉTÉ ADMISE DANS LA CONFÉDÉRATION

Après avoir mentionné les termes de l'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*,

<sup>43</sup> Dans *Quebec North Shore Paper Company*, le juge en chef du Canada (en prononçant le jugement de la Cour) a souligné [à la page 1063] «que le droit relatif à la Couronne a été introduit au Canada comme partie du droit constitutionnel ou du droit public de la Grande-Bretagne; on ne peut donc prétendre que ce droit est du droit provincial.» Il a cité ce passage en prononçant au nom de la Cour l'arrêt *McNamara*:

<sup>44</sup> Si l'affaire vient à être débattue, il pourra s'avérer nécessaire d'examiner certains autres aspects. Il se peut que l'article 19, si on l'examine correctement, comme l'ancien article 20 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, en plus de donner compétence à la Cour, crée un droit légalement exécutable. (Voir *Le Roi c. Armstrong* (1908) 40 R.C.S. 229, à la p. 248; *Le Roi c. DesRosiers* (1908) 41 R.C.S. 71, à la p. 78; et *La Reine c. Murray* [1967] R.C.S. 262, par le juge Martland (prononçant le jugement de la Cour), à la p. 269.) Il se peut, d'autre part, qu'en ce qui concerne les réclamations contre le Canada, l'article 19 soit une loi qui, en vertu des termes introductifs de l'article 91, confère à la Cour des pouvoirs d'arbitre et l'autorise à recevoir des législatures provinciales, en ce qui concerne les réclamations contre les provinces, des pouvoirs analogues suivant le principe appliqué, dans un contexte différent, dans *P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc.* [1952] 2 R.C.S. 392.

*British North America Act, 1867*, and referring to the Addresses of the Houses of Parliament and the Legislative Council and House of Assembly of Prince Edward Island, ordered that Prince Edward Island be admitted into and become part of Canada upon the terms and conditions set forth in such addresses.<sup>45</sup>

The terms and conditions that were set forth in each of such addresses read as follows:

- [A] That Canada shall be liable for the debts and liabilities of Prince Edward Island at the time of the Union;
- [B] That in consideration of the large expenditure authorized by the Parliament of Canada for the construction of railways and canals, and in view of the possibility of a re-adjustment of the financial arrangements between Canada and the several Provinces now embraced in the Dominion, as well as the isolated and exceptional condition of Prince Edward Island, that Colony shall, on entering the Union, be entitled to incur a debt equal to fifty dollars per head of its population, as shewn by the Census Returns of 1871, that is to say: four millions seven hundred and one thousand and fifty dollars;
- [C] That Prince Edward Island not having incurred debts equal to the sum mentioned in the next preceding Resolution, shall be entitled to receive, by half-yearly payments, in advance, from the General Government, interest at the rate of five per cent. per annum on the difference, from time to time, between the actual amount of its indebtedness and the amount of indebtedness authorized as aforesaid, viz., four millions seven hundred and one thousand and fifty dollars;
- [D] That Prince Edward Island shall be liable to Canada for the amount (if any) by which its public debt and liabilities at the date of the Union, may exceed four millions seven hundred and one thousand and fifty dollars and shall be chargeable with interest at the rate of five per cent. per annum on such excess;
- [E] That as the Government of Prince Edward Island holds no lands from the Crown, and consequently enjoys no revenue from that source for the construction and maintenance of local works, the Dominion Government shall pay by half-yearly instalments, in advance, to the Government of Prince Edward Island, forty-five thousand dollars per annum, less interest at five per cent. per annum, upon any sum not exceeding eight hundred thousand dollars which the Dominion Government may advance to the Prince Edward Island Government for the purchase of lands now held by large proprietors;
- [F] That in consideration of the transfer to the Parliament of Canada of the powers of taxation, the following sums shall be paid yearly by Canada to Prince Edward Island,

<sup>45</sup> It also made certain provisions concerning the representation of Prince Edward Island in Parliament to which it is unnecessary to refer for present purposes.

et avoir invoqué les adresses des chambres du Parlement, du Conseil législatif et de la Chambre d'Assemblée de l'Île-du-Prince-Édouard, l'arrêté en conseil impérial du 26 juin 1873 a ordonné que l'Île-du-Prince-Édouard soit admise dans le Canada et en fasse partie aux termes et conditions exprimés dans lesdites adresses.<sup>45</sup>

Voici le libellé des termes et conditions énoncés dans chacune de ces adresses:

- [A] [TRADUCTION] Que le Canada sera responsable des dettes et obligations de l'Île du Prince-Edouard existantes à l'époque de l'Union.
- [B] Qu'en considération des dépenses considérables autorisées par le parlement du Canada, pour la construction de chemins de fer et de canaux, et en vue de la possibilité de régler les arrangements financiers entre le Canada et les diverses provinces formant actuellement la Confédération, et vu la position isolée et exceptionnelle de l'Île du Prince-Edouard, cette colonie aura droit, en entrant dans l'Union, de contracter une dette égale à cinquante piastres par tête de la population, telle qu'indiquée par les tableaux du recensement de 1871, c'est-à-dire quatre millions sept cent un mille cinquante piastres.
- [C] Que l'Île du Prince-Edouard n'ayant pas contracté une dette égale à la somme mentionnée dans la résolution précédente, aura droit de recevoir du gouvernement général, en paiements semi-annuels et d'avance, un intérêt de cinq pour cent par année sur la différence, établie de temps à autre, entre le montant réel de sa dette et le montant de la dette autorisée comme il est dit plus haut, savoir: quatre millions sept cent un mille cinquante piastres.
- [D] Que l'Île du Prince-Edouard sera redevable au Canada du montant (s'il y en a) dont sa dette publique et ses obligations à l'époque de l'Union pourra excéder quatre millions sept cent un mille cinquante piastres, et devra payer intérêt au taux de cinq pour cent par année sur cet excédent.
- [E] Que le gouvernement de l'Île du Prince-Edouard ne possédant pas de terres de la couronne, et, en conséquence, ne retirant pas de revenu de cette source pour l'établissement et l'entretien de travaux locaux, le gouvernement fédéral paiera, par versements semi-annuels et d'avance, au gouvernement de l'Île du Prince-Edouard, quarante-cinq mille piastres par année moins l'intérêt à cinq pour cent par année sur toute somme, n'excédant pas huit cent mille piastres, que le gouvernement fédéral pourra avancer au gouvernement de l'Île du Prince-Edouard, pour l'achat des terres actuellement en la possession de grands propriétaires.
- [F] Qu'en considération du transfert au parlement du Canada du droit d'imposer des taxes, les sommes suivantes seront payées annuellement par le Canada à l'Île du

<sup>45</sup> Il comportait également certaines dispositions concernant la représentation au Parlement de l'Île-du-Prince-Édouard, auxquelles il n'est pas nécessaire de se référer pour les fins présentes.

for the support of its Government and Legislature, that is to say, thirty thousand dollars, and an annual grant equal to eighty cents per head of its population, as shown by the Census returns of 1871, viz., 94,021, both by half-yearly payments in advance—such grant of eighty cents per head to be augmented in proportion to the increase of population of the Island as may be shown by each subsequent decennial Census, until the population amounts to four hundred thousand, at which rate such grant shall thereafter remain it being understood that the next Census shall be taken in the year 1881;

[G] That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.:—

The salary of the Lieutenant Governor;

The salaries of the Judges of the Superior Court and of the District or County Courts when established;

The charges in respect of the Department of Customs; The Postal Department;

The protection of the Fisheries;

The provision for the Militia;

The Lighthouses, Shipwrecked Crews, Quarantine and Marine Hospitals;

The Geological Survey;

The Penitentiary;

Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion;

The maintenance of telegraphic communication between the Island and the mainland of the Dominion;

And such other charges as may be incident to, and connected with, the services which by the "British North America Act, 1867," appertain to the General Government, and as are or may be allowed to the other Provinces;

[H] That the railways under contract and in course of construction for the Government of the Island, shall be the property of Canada;

[I] That the new building in which are held the Law Courts, Registry Office, etc., shall be transferred to Canada, on the payment of sixty-nine thousand dollars. The purchase to include the land on which the building stands, and a suitable space of ground in addition, for yard room, etc;

[J] That the Steam Dredge Boat in course of construction, shall be taken by the Dominion, at a cost not exceeding twenty-two thousand dollars;

[K] That the Steam Ferry Boat owned by the Government of the Island, and used as such, shall remain the property of the Island;

[L] That the population of Prince Edward Island having been increased by fifteen thousand or upwards since the year 1861, the Island shall be represented in the House

Prince-Edouard pour les frais de son gouvernement et de sa législature, savoir: trente mille piastres et un octroi annuel égal à quatre-vingts centins par tête de sa population, telle qu'indiquée par les tableaux du recensement de 1871, soit: 94,021, les deux sommes payables semi-annuellement et d'avance, le dit octroi de quatre-vingts centins par tête devant être augmenté en proportion de l'accroissement de la population de l'Île tel qu'indiqué par les recensements décennaux subséquents, jusqu'à ce que la population ait atteint le chiffre de quatre cent mille âmes, chiffre sur lequel l'octroi devra être réglé ultérieurement, avec l'entente que le prochain recensement aura lieu en l'année 1881.

[G] Que le gouvernement du Canada assumera la responsabilité et supportera tous les frais des services suivants:\*

Le traitement du lieutenant-gouverneur;

Les traitements des juges de la Cour Suprême et des juges des cours de district ou de comté, quand ces cours seront établies;

Les frais d'administration des douanes;

Le service postal;

La protection des pêcheries;

Les dépenses de la milice;

Les phares, équipages naufragés, quarantaine et hôpitaux de marine;

L'exploration géologique;

Le pénitencier;

Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada;

L'entretien des communications télégraphiques entre l'Île et la terre ferme du Canada.

Et telles autres dépenses relatives aux services qui, en vertu de «l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867», dépendent du gouvernement général, et qui sont ou pourront être alloués aux autres provinces.

[H] Que les chemins de fer donnés à contrat et en voie de construction pour le compte du gouvernement de l'Île deviendront les propriétés du Canada.

[I] Que le nouvel édifice où siègent les cours de justice, et où se trouve le bureau d'enregistrement, etc., sera transféré au Canada, sur paiement de soixante-neuf mille piastres. Le prix d'achat comprendra le terrain sur lequel se trouve l'édifice et, en outre, une étendue convenable de terrain pour les cours, etc., etc.

[J] Que le dragueur à vapeur en construction deviendra la propriété du gouvernement fédéral, moyennant une somme n'excédant pas vingt-deux mille piastres.

[K] Que le bateau passeur à vapeur, aujourd'hui la propriété de l'Île, demeurera en sa possession.

[L] Que la population de l'Île du Prince-Edouard ayant augmenté de quinze mille âmes ou plus depuis l'année 1861, l'Île sera représentée dans la Chambre des Com-

\* Voir le renvoi au bas de la page 535 des présents motifs.

of Commons of Canada by six Members; the representation to be readjusted, from time to time, under the provisions of the "British North America Act, 1867;"

[M] That the constitution of the Executive Authority and of the Legislature of Prince Edward Island, shall, subject to the provisions of the "British North America Act, 1867," continue, as at the time of the Union, until altered under the authority of the said Act, and the House of Assembly of Prince Edward Island existing at the date of the Union shall, unless sooner dissolved, continue for the period for which it was elected;

[N] That the Provisions in the "British North America Act, 1867," shall, except those parts thereof which are in terms made, or by reasonable intentment, may be held to be especially applicable to, and only to affect one and not the whole of the Provinces now composing the Dominion, and except so far as the same may be varied by these resolutions, be applicable to Prince Edward Island, in the same way and to the same extent as they apply to the other Provinces of the Dominion, and as if the Colony of Prince Edward Island had been one of the Provinces originally united by the said Act.

A preliminary observation is that, in my view, this document must be understood having regard to the fact that it is obviously a political document prepared by politicians and is not a statute drafted by professional draftsmen. This appears particularly from the organization of the subject matter—or lack of any such organization. The document plunges immediately into the financial arrangements (paragraphs marked A to F) and concludes with the principal term, concerning which there could have been no controversy, that the provisions of *The British North America Act, 1867* applicable to all the other provinces would apply to Prince Edward Island except as varied by the terms and conditions themselves (paragraph marked N). In my view, this obvious lack of attention to scientific arrangement of the document is particularly evident in the paragraph where one finds the provision that has to be construed in this appeal (paragraph marked G).

In my view, having regard to the fact that the terms of this document are obviously the direct result of political negotiations, the introductory words of this paragraph (paragraph marked G) must be read flexibly according to the particular item in relation to which they are read. Where the item is in terms (and in substance) a disbursement (i.e., a charge on government funds), it would

munes par six membres, ce chiffre devant être modifié, de temps à autre, en vertu des dispositions de «l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867».

[M] Que la constitution du pouvoir exécutif et de la législature de l'Île du Prince-Édouard sera maintenue telle qu'elle sera à l'époque de l'Union, sujette aux dispositions de «l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867», jusqu'à ce qu'une modification ait lieu en vertu du dit acte, et la Chambre d'Assemblée de l'Île du Prince-Édouard, telle qu'existante à l'époque de l'Union, sera maintenue durant la période pour laquelle elle a été élue, à moins qu'il n'y ait dissolution de la dite chambre auparavant.

[N] Que les dispositions de «l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867», sauf les parties de ces dispositions qui sont, en termes exprès, ou qui, par une interprétation raisonnable, seront censées être spécialement applicables et limitées à une seule et non à la totalité des provinces formant maintenant la Confédération, et sauf les modifications qui peuvent y être apportées par les présentes résolutions,—seront applicables à l'Île du Prince-Édouard, de la manière et dans la mesure qu'elles s'appliquent aux autres provinces de la Confédération, comme si la colonie de l'Île du Prince-Édouard eût été l'une des provinces originairement unies par le dit acte.

Comme remarque préliminaire, à mon avis, il faut concevoir ce document en tenant compte du fait qu'il constitue évidemment un document politique rédigé par des politiciens et non pas une loi rédigée par des rédacteurs professionnels. Cela appert particulièrement de l'organisation du sujet—ou du manque d'organisation sur ce point. Le document s'attaque immédiatement aux arrangements financiers (alinéas A à F) et sa conclusion principale qui ne peut porter à controverse porte que les dispositions de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* applicables à toutes les autres provinces, seront applicables à l'Île-du-Prince-Édouard, sauf les modifications qui peuvent y être apportées par les termes et conditions eux-mêmes (alinéa N). A mon avis ce manque d'attention manifeste à l'arrangement scientifique du document est particulièrement évident à l'alinéa où se trouvent les dispositions qu'il nous faut interpréter dans le présent appel (alinéa G).

Considérant le fait que les termes de ce document résultent manifestement de négociations politiques, il faut, à mon avis, lire les premiers mots de cet alinéa (alinéa G) avec souplesse selon l'objet particulier qu'ils introduisent. Lorsque dans ses termes (et sa substance) l'objet est une somme déboursée (c.-à-d. un prélèvement sur les fonds du gouvernement) il me semble que l'on doit ignorer

seem to me that the words "for the following services" must be ignored. In such cases, the specific items would all seem to fall within the terms of the concluding item "... charges ... incident to, and connected with, the services which by the 'British North America Act, 1867,' appertain to the General Government ..."—e.g., section 60, section 100, section 91(2) and (3), section 91(5), section 91(12), and section 91(7). Certain items, however, appear to contemplate that the Dominion Government will "assume" and "defray all the charges for" certain services (i.e., branches of the public service) theretofore operated by the Colony—e.g., "the Department of Customs", "The Postal Department", "The protection of the Fisheries", "the Militia", "The Geological Survey" and "The Penitentiary". The item here in question—"Efficient Steam Service"—in my view, is different in character from either of those two classes of item. It refers to a service "to be established and maintained ... Winter and Summer ...". It does relate to a service but it does not provide for a mere assumption of operations theretofore operated by the Colony to be integrated into the respective national services but it is a requirement that a theretofore non-existent service be "established" and "maintained" in the future.

I am, therefore, of the view that this item in the paragraph in question is different in kind from the other items in that paragraph (with the possible exception of the "telegraphic communication" item). It is neither the repetition, for greater certainty, of what would follow from entry of the Province into Confederation on the same terms as apply to the other provinces nor is it a taking over of staff and facilities previously operated by the Colony. It must, in my view, be read (once incorporated by reference in the Order in Council) as a legal obligation imposed on the Dominion Government to establish and maintain a new service. Furthermore, reading the document realistically, as one directly worked out in political negotiations, in my view, it must be read as an obligation imposed in favour of "Prince Edward Island" in the same way as the financial terms ("C", "E" and "F") and the property terms ("K") where Prince Edward Island was expressly made the beneficiary of the obligation.

les mots «des services suivants». Dans de tels cas, les termes «... dépenses relatives aux services qui, en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867' dépendent du gouvernement général ...» —par ex., l'article 60, l'article 100, l'article 91(2),(3),(5),(12) et (7)—semblent couvrir tous ces objets particuliers. Cependant certains objets paraissent prévoir que le gouvernement fédéral «assumera la responsabilité» et «supportera tous les frais» de certains services (c.-à-d. des divisions de la fonction publique) jusqu'alors administrés par la colonie—par ex. l'«administration des douanes», «Le service postal», «La protection des pêcheries», «la milice», «L'exploration géologique», et «Le pénitencier». A mon avis l'objet en question—«Un service convenable de bateaux à vapeur» est de nature différente de ces deux catégories d'objet. Il se rapporte à un service «qui sera établi et maintenu ... l'été et l'hiver ...». Il a effectivement trait à un service, mais il ne prévoit pas que la simple appropriation des opérations jusqu'alors conduites par la colonie doit être intégrée dans les services nationaux respectifs; il constitue plutôt une exigence suivant laquelle un service alors inexistant doit être «établi» et «maintenu» par la suite.

Je suis donc d'avis que l'objet en question diffère en nature des autres objets de l'alinéa (l'objet «communications télégraphiques» possiblement excepté). Il ne s'agit pas d'une répétition pour plus de certitude de ce que l'entrée de la province dans la Confédération entraînera, aux mêmes conditions applicables aux autres provinces, ni de la prise en charge du personnel et des facilités antérieurement administrés par la colonie. J'estime que (dès lors qu'une mention l'incorpore dans l'arrêté en conseil) il faut l'interpréter comme une obligation légale imposée au gouvernement fédéral d'établir et de maintenir un nouveau service. De plus une lecture réaliste du document comme étant directement issu de négociations politiques, indique à mon avis qu'il faut l'interpréter comme une obligation imposée en faveur de l'Île-du-Prince-Édouard tout comme les conditions financières («C», «E» et «F») et les conditions de propriété («K») où on nomme expressément l'Île-du-Prince-Édouard bénéficiaire de l'obligation.

In my opinion, it would be unrealistic to put these provisions, which were obviously the result of hard bargaining, in the same class as either

(a) a limitation on legislative power—e.g., the provision in question in *Attorney General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway Co.*<sup>46</sup>—which operates of its own force, or

(b) a provision imposing on government service agencies a legal duty to provide services to the public, where, at least until recently, the sanction for failure has been political action alone.

In my view, notwithstanding its position in the document, the “Efficient Steam Service” item is of the same nature as the financial provisions and the provisions dividing public property and created a statutory obligation as between Canada and the Province once it was incorporated in the Order in Council under section 146.

#### APPENDIX “B”

Maitland—Selected Essays (1936) Cambridge University Press

*The Crown as Corporation*<sup>47</sup>

The medieval king was every inch a king, but just for this reason he was every inch a man and you did not talk nonsense about him. You did not ascribe to him immortality or ubiquity or such powers as no mortal can wield. If you said that he was Christ’s Vicar, you meant what you said, and you might add that he would become the servant of the devil if he declined towards tyranny. And there was little cause for ascribing to him more than one capacity. Now and then it was necessary to distinguish between lands that he held in right of his crown and lands which had come to him in right of an escheated barony or vacant bishopric. But in the main all his lands were his lands, and we must be careful not to read a trusteeship for the nation into our medieval documents. The oft-repeated demand that the king should “live of his own” implied this view of the situation. I do not mean that this was at any time a complete view. We may, for example, find the lawyers of Edward II’s day catching up a notion that the canonists had propagated, declaring that the king’s crown is always under age, and so co-ordinating the *corona* with the *ecclesia*. But English lawyers were not good at work of this kind; they liked their persons to be real, and what we have seen of the parochial glebe has shown us that even the church (*ecclesia particularis*) was not for them a person. As to the king, in all the Year Books I have seen very little said of

<sup>46</sup> [1953] A.C. 594.

<sup>47</sup> Published in 1901 in 17 L.Q.R. 131.

A mon avis, il ne serait pas réaliste de classer ensemble ces dispositions, issues évidemment de négociations difficiles, comme étant soit

a) une limitation du pouvoir législatif—par ex., la disposition en question dans *Le procureur général de la Saskatchewan c. Le Chemin de fer canadien du Pacifique*<sup>46</sup>—qui agit par elle-même, soit

b) une disposition imposant aux organismes de services gouvernementaux l’obligation légale d’assurer des services au public lorsque, jusqu’à récemment du moins, la sanction pour manquement n’a été qu’une action politique.

Je suis d’avis que, malgré sa position dans le document, l’objet «service convenable de bateaux à vapeur» est de la même nature que les dispositions financières et les dispositions divisant la propriété publique et qu’il a créé une obligation statutaire entre le Canada et la province, à partir du moment où on l’a incorporé dans l’arrêté en conseil en vertu de l’article 146.

#### ANNEXE «B»

[TRADUCTION] Maitland—Essais choisis (1936)—Presse de l’Université de Cambridge

*La Couronne en tant que personne morale*<sup>47</sup>

Au moyen-âge, le roi était complètement roi, mais justement pour cette raison, il était aussi homme dans toute l’acception du terme et ne disait pas d’inepties sur lui-même. On ne lui attribuait pas l’immortalité, l’ubiquité ou des pouvoirs qu’aucun mortel ne peut exercer. Lorsqu’on disait qu’il était le vicaire du Christ, on le pensait réellement et on ajoutait parfois qu’il deviendrait le serviteur du diable s’il penchait vers la tyrannie. Il n’y avait guère de raison de lui attribuer plus d’une capacité. De temps à autre, il fallait distinguer entre les biens qui lui appartenaient du chef de sa Couronne et ceux qui lui venaient de quelque baronnie en déshérence ou évêché vacant. Mais, dans l’ensemble, toutes ses terres lui appartenaient en propre et nous devons nous garder de voir dans nos documents médiévaux trace d’une quelconque administration au profit de la nation. Le principe exposé de façon réitérée selon lequel le roi devait «vivre de ses propres moyens» supposait implicitement cette façon de voir. Je ne veux pas dire qu’à aucun moment, elle ait été générale. Par exemple, sous le règne de Édouard II, on trouve des juristes qui s’emparent de la notion répandue par les canonistes selon laquelle la Couronne du roi est toujours mineure, et relie ainsi la Couronne et l’Église. Mais les juristes anglais ne sont pas doués pour ce genre de travail; ils aiment que leurs personnes soient réelles et ce que nous voyons

<sup>46</sup> [1953] A.C. 594.

<sup>47</sup> Publié en 1901 dans 17 L.Q.R. 131.

him that was not meant to be strictly and literally true of a man, of an Edward or a Henry.

Then, on the other hand, medieval thought conceived the nation as a community and pictured it as a body of which the king was the head. It resembled those smaller bodies which it comprised and of which it was in some sort composed. What we should regard as the contrast between State and Corporation was hardly visible. The "commune of the realm" differed rather in size and power than in essence from the commune of a county or the commune of a borough. And as the *comitatus* or county took visible form in the *comitatus* or county court, so the realm took visible form in a parliament. Every one, said Thorpe C.J. in 1365, "is bound to know at once what is done in Parliament, for Parliament represents the body of the whole realm." For a time it seems very possible, as we read the Year Books, that so soon as lawyers begin to argue about the nature of corporations or bodies politic and clearly to sever the Borough, for example, from the sum of burgesses, they will definitely grasp and formulate the very sound thought that the realm is "a corporation aggregate of many". In 1522 Fineux C.J. after telling how some corporations are made by the king, others by the pope, others by both king and pope, adds that there are corporations by the common law, for, says he, "the parliament of the king and the lords and the commons are a corporation." What is still lacking is the admission that the corporate realm, besides being the wielder of public power, may also be the "subject" of private rights, the owner of lands and chattels. And this is the step that we have never yet formally taken.

The portrait that Henry VIII painted of the body politic of which he was the sovereign head will not be forgotten:

Where by divers sundry old authentic histories and chronicles it is manifestly declared and expressed that this realm of England is an Empire, and so hath been accepted in the world, governed by One supreme Head and King, having the dignity and royal estate of the Imperial Crown of the same, unto whom a Body Politick, compact of all sorts and degrees of people and by names of Spirituality and Temporality been bounden, and owen to bear, next to God, a natural and humble obedience. . . .

It is stately stuff into which old thoughts and new are woven. "The body spiritual" is henceforth to be conceived as "part of the said body politick" which culminates in King Henry. The medieval dualism of Church and State is at length transcended by the majestic lord who broke the bonds of Rome. The frontispiece of the Leviathan is already before our eyes. But, as for Hobbes, so also for King Henry, the personality of the corporate body is concentrated in and absorbed by the personality of its monarchical head. His reign was not the time when the king's lands could be severed from the nation's lands, the king's wealth from the common wealth, or even the king's power from the power of the State. The idea of a corporation

des biens paroissiaux montre que même l'Église (*ecclesia particularis*) n'était pas une personne pour eux. Quant au roi, j'ai vu fort peu de choses à son sujet dans les Year Books\*, qui ne soient strictement et littéralement valables pour un homme, un Édouard ou un Henri.

<sup>a</sup> Par ailleurs, la pensée médiévale a conçu la nation comme une communauté et l'a dépeinte comme un corps, dont le roi était la tête. Ce corps en rassemblait de plus petits, dont il était en quelque sorte composé. Ce que nous considérons comme l'opposition entre l'État et la personne morale constituée par un seul était à peine visible. La «commune du royaume» différait <sup>b</sup> plus en taille et en pouvoir qu'en essence, de la communauté d'un comté ou d'une circonscription. Et de même que le *comitatus* ou comté avait pris une forme visible dans la cour du *comitatus* ou du comté, de même le royaume prit une forme visible dans un parlement. En 1365, le juge en chef Thorpe déclare: «Chacun est tenu de connaître spontanément les travaux du Parlement, car celui-ci représente le corps de tout le royaume.» Pendant un certain temps, il semble très possible, <sup>c</sup> lorsque nous lisons les Year Books, que les juristes aient commencé à discuter sur la nature des personnes morales et des corps publics et aient nettement dissocié la circonscription, par exemple, du groupement de bourgs, puis finalement saisi et <sup>d</sup> formulé la pensée très profonde que le royaume est «une personne morale formée de l'agrégat de beaucoup d'autres». En 1522, le juge en chef Fineux, après avoir indiqué de quelle manière certaines personnes morales sont créées par le roi, d'autres par le pape et d'autres encore par le roi et le pape, <sup>e</sup> ajoute qu'il y a des personnes morales de droit commun car, dit-il, «le Parlement du roi et des seigneurs et la Chambre des communes constituent une personne morale». Ce qui manque encore, c'est le royaume personne morale qui, en plus d'être celui qui manie l'épée et exerce les pouvoirs publics, peut aussi être le «détenteur» de droits privés, le propriétaire de biens et <sup>f</sup> d'effets. Ce pas, nous ne l'avons encore jamais formellement franchi.

Le portrait qu'Henri VIII a brossé du corps politique, dont il était le souverain, est toujours vivace:

Lorsque diverses histoires et chroniques anciennes et authentiques déclarent clairement que ce royaume d'Angleterre est un empire, et que le monde l'a reconnu comme tel, <sup>g</sup> gouverné par une tête suprême, le Roi, qui a la dignité et la condition royales de la Couronne impériale, envers qui un corps politique, ramassis de toutes les classes de la population, est lié au nom de la spiritualité et de la temporalité et à qui il doit, immédiatement après Dieu, une obéissance <sup>h</sup> humble et naturelle. . . .

Il s'agit là d'une toile de fond imposante où sont tissées des idées anciennes et nouvelles. «Le corps spirituel» est désormais conçu comme «une partie dudit corps politique», qui culmine dans la personne du roi Henri. Le dualisme médiéval de l'Église <sup>i</sup> et de l'État est à la longue dépassé par le seigneur majestueux, qui a rompu ses liens avec Rome. Le frontispice du Leviathan est toujours devant nos yeux. Mais pour Hobbes, comme aussi pour le roi Henri, la personnalité du corps social se concentre sur la personnalité de la tête monarchique qui l'absorbe. Ce n'est pas sous son règne que les biens du roi peuvent être <sup>j</sup> dissociés de ceux de la nation, la richesse du roi, de la richesse commune ou même le pouvoir du roi, du pouvoir de l'état.

\* Anciens recueils annuels d'Angleterre.

sole which was being prepared in the ecclesiastical sphere might do good service here. Were not all Englishmen incorporated in King Henry? Were not his acts and deeds the acts and deeds of that body politic which was both Realm and Church?

A certain amount of disputation there was sure to be over land acquired by the king in divers ways. Edward VI, not being yet of the age of twenty-one years, purported to alienate land which formed part of the duchy of Lancaster. Did this act fall within the doctrine that the king can convey while he is an infant? Land had been conveyed to Henry VII "and the heirs male of his body lawfully begotten". Did this give him an estate tail or a fee simple conditional? Could the head of a body politic beget heirs? A few cases of this kind came before the Court soon after the middle of the sixteenth century. In Plowden's reports of these cases we may find much curious argumentation about the king's two "bodies", and I do not know where to look in the whole series of our law books for so marvellous a display of metaphysical—or we might say metaphysiological—nonsense. Whether this sort of talk was really new about the year 1550, or whether it had gone unreported until Plowden arose, it were not easy to say; but the Year Books have not prepared us for it. Two sentences may be enough to illustrate what I mean:

So that he [the king] has a body natural adorned and invested with the estate and dignity royal, and he has not a body natural distinct and divided by itself from the office and dignity royal, but a body natural and a body politic together indivisible, and these two bodies are incorporated in one person and make one body and not divers, that is, the body corporate in the body natural *et e contra* the body natural in the body corporate. So that the body natural by the conjunction of the body politic to it (which body politic contains the office, government and majesty royal) is magnified and by the said consolidation hath in it the body politic.

"Which faith," we are inclined to add, "except every man keep whole and undefiled, without doubt he shall perish everlastingly." However, a gleam of light seems sometimes to penetrate the darkness. The thought that in one of his two capacities the king is only the "head" of a corporation has not been wholly suppressed.

The king has two capacities, for he has two bodies, the one whereof is a body natural . . . the other is a body politic, and the members thereof are his subjects, and he and his subjects together compose the corporation, as Southcote said, and he is incorporated with them and they with him, and he is the head and they are the members, and he has the sole government of them.

Again, in that strange debate occasioned by the too sudden death of Sir James Hales, Brown J. says that suicide is an offence not only against God and Nature, but against the King, for "he, being the Head, has lost one of his mystical members". But, for reasons that lie for the more part outside the history of law, this thought fell into the background. The king was left with "two bodies"; one of them was natural, the other non-natural. Of this last body we can say little; but it is "politic", whatever "politic" may mean.

L'idée d'une personne morale constituée par un seul, qui a pris naissance dans le milieu ecclésiastique, peut être fort utile ici. Tous les Anglais n'étaient-ils pas incorporés dans le roi Henri? Tous ses actes n'étaient-ils pas ceux du corps politique, qui était à la fois le Royaume et l'Église?

a Un certain nombre de litiges sont inévitablement nés des divers modes d'acquisition des biens par le roi. Édouard VI, qui n'avait pas encore vingt et un ans, prétendit céder une terre qui faisait partie du duché de Lancaster. Cet acte entrainait-il dans la doctrine affirmant que le roi peut faire une cession quand il est mineur? La terre en question avait été cédée à Henri VII et «aux héritiers mâles qu'il engendrerait légalement». Cela lui donnait-il un bien substitué ou un bien qui lui était réservé à titre d'héritier? La tête d'une personne morale peut-elle engendrer des héritiers? La Cour a été saisie de quelques cas de ce genre peu après le milieu du XVI<sup>e</sup> siècle. Dans les rapports de c Plowden sur ces causes, nous trouvons une curieuse et abondante argumentation sur les deux «corps» du roi, et je ne sais pas où trouver dans nos livres de droit un aussi remarquable étalage d'inepties métaphysiques ou, pourrions-nous dire, métaphysologiques. Ce genre de propos était-il réellement nouveau vers l'année 1550 ou n'a-t-il pas été rapporté avant l'apparition d Plowden? Ce n'est pas facile à dire; mais le Year Books ne nous y ont pas préparés. Deux phrases suffisent à illustrer ce que je veux dire:

e En sorte qu'il [le roi] a un corps naturel orné et investi de la condition et de la dignité royales et son corps naturel n'est pas distinct de la charge et de la dignité royales mais c'est un corps naturel et un corps politique indivisibles l'un de l'autre et ces deux corps sont incorporés en une seule personne et constituent un seul corps et non plusieurs, c'est-à-dire le corps social dans le corps naturel et vice versa, le corps naturel dans le corps social. En sorte que le corps naturel est amplifié par l'adjonction du corps politique (lequel corps politique contient la charge, le gouvernement et la majesté royale).

g «Quelle foi!», sommes-nous enclins à ajouter, «si chaque homme ne la garde pas intacte et immaculée, il périra éternellement.» Toutefois, une leur semble parfois percer l'obscurité. L'idée que dans l'une de ses deux capacités, le roi n'est que la tête de la personne morale n'a pas encore été complètement supprimée.

h Le roi a deux capacités, car il a deux corps: un corps naturel...et un corps politique, dont les membres sont constitués par ses sujets, et lui et ses sujets forment ensemble la personne morale, comme a dit Southcote, et il est incorporé à eux et ils sont incorporés à lui, et il est la tête et ils sont les membres, et il a sur eux un gouvernement exclusif.

i Là encore, dans cet étrange débat occasionné par la mort trop brutale de sir James Hales, le juge Brown dit que le suicide est une offense non seulement contre Dieu et la Nature, mais aussi contre le Roi, car «étant la tête, il a perdu l'un de ses membres mystiques». Mais, pour des raisons qui sont pour la plupart extérieures à l'histoire du droit, cette idée est tombée au second plan. Le roi reste avec deux corps: un corps naturel et un corps non naturel. Sur ce dernier, nous savons peu de chose, si ce n'est qu'il est «politique», quel que soit le sens que l'on donne à ce terme.

Meanwhile the concept of a corporation sole was being fashioned in order to explain, if this were possible, the parson's relation to the glebe. Then came Coke and in his masterful fashion classified Persons for the coming ages. They are natural or artificial. Kings and parsons are artificial persons, corporations sole, created not by God but by the policy of man.

Abortive as I think the attempt to bring the parson into line with corporations aggregate—abortive, for the freehold of the glebe persists in falling into abeyance whenever a parson dies—the attempt to play the same trick with the king seems to me still more abortive and infinitely more mischievous. In the first place, the theory is never logically formulated even by those who are its inventors. We are taught that the king is two “persons”, only to be taught that though he has “two bodies” and “two capacities” he “hath but one person”. Any real and consistent severance of the two personalities would naturally have led to “the damnable and damned opinion”, productive of “execrable and detestable consequences”, that allegiance is due to the corporation sole and not to the mortal man. In the second place, we are plunged into talk about kings who do not die, who are never under age, who are ubiquitous, who do no wrong and (says Blackstone) think no wrong; and such talk has not been innocuous. Readers of Kinglake's *Crimea* will not have forgotten the instructive and amusing account of “the two kings” who shared between them control of the British army: “the personal king” and “his constitutional rival”. But in the third place, the theory of the two kings or two persons stubbornly refuses to do any real work in the case of jurisprudence.

We might have thought that it would at least have led to a separation of the land that the king held as king from the land that he held as man, and to a legal severance of the money that was in the Exchequer from the money that was in the king's pocket. It did nothing of the sort. All had to be done by statute, and very slowly and clumsily it was done. After the king's lands had been made inalienable, George III had to go to Parliament for permission to hold some land as a man and not as a king, for he had been denied rights that were not denied to “any of His Majesty's subjects”. A deal of legislation, extending into Queen Victoria's reign, has been required in order to secure “private estates” for the king. “Whereas it is doubtful”, says an Act of 1862. “And whereas it may be doubtful”, says an Act of 1873. Many things may be doubtful if we try to make two persons of one man, or to provide one person with two bodies.

The purely natural way in which the king was regarded in the Middle Ages is well illustrated by the terrible consequences of what we now call a demise of the Crown, but what seemed to our ancestors the death of a man who had delegated many of his powers to judges and others. At the delegator's death the delegation ceased. All litigation not only came to a stop but had to be begun over again. We might have thought that the introduction of phrases which gave the king an immortal as well as a mortal body would have transformed this part of the law. But no. The consequences of the old principle had to be picked off one after another by statute. At the beginning of Queen Victoria's reign it was discovered that “great inconvenience had arisen on occasion of the demise of the Crown from the necessity of renewing all military commissions under

Pendant ce temps, le concept de la personne morale constituée par un seul a été élaboré pour expliquer, si possible, les relations entre le bénéfice ecclésiastique et la terre. C'est alors qu'apparaît Coke et sa façon magistrale de classer les personnes pour les temps à venir. Elles sont naturelles ou artificielles. Les rois et les titulaires d'un bénéfice ecclésiastique sont des personnes artificielles, des personnes morales créées non par Dieu, mais par la politique des hommes.

J'estime stérile la tentative consistant à aligner le bénéfice ecclésiastique sur les personnes morales (stérile car le franc-fief de la terre continue à tomber en souffrance chaque fois qu'un ecclésiastique meurt); j'estime encore plus stérile et infiniment plus néfaste de jouer le même jeu avec le roi. Tout d'abord, la théorie n'a jamais été logiquement formulée même par ses auteurs. On nous enseigne que le roi est deux «personnes» seulement pour nous enseigner ensuite que bien qu'il ait «deux corps» et «deux capacités», il «n'a qu'une personne». Toute dissociation réelle et logique des deux personnalités conduirait naturellement à «l'opinion réprovable et réprouvée» génératrice de «conséquences exécrables» selon laquelle l'allégeance est due à la personne morale constituée par un seul et non pas à l'homme mortel. Nous sommes ensuite plongés dans des élucubrations sur les rois qui ne meurent jamais, qui ne sont jamais mineurs, qui sont doués d'ubiquité, qui ne commettent jamais d'erreur et (dit Blackstone) pensent toujours juste; et ces élucubrations sont loin d'être inoffensives. Les lecteurs de *Crimea*, de Kinglake, n'ont pas oublié le conte amusant et instructif «des deux rois» qui se partageaient le commandement de l'armée britannique: «le roi personnel» et «son rival constitutionnel». Mais la théorie des deux rois ou des deux personnes refuse obstinément de cadrer avec le droit.

Nous aurions pu penser au moins qu'elle conduirait à la séparation des biens que le roi détenait à titre de roi et de ceux qu'il détenait à titre d'homme, ainsi qu'à une dissociation légale entre l'argent du Trésor et son argent de poche. Il n'en a rien été. Tout devait se faire par statut et s'est fait très lentement et très maladroitement. Lorsque les biens du roi ont été déclarés inaliénables, Georges III a dû se rendre devant le Parlement pour lui demander la permission de posséder des biens à titre d'homme et non plus à titre de roi, car on lui refusait des droits qui étaient accordés à «n'importe lequel des sujets de Sa Majesté». Il a fallu plusieurs lois, même sous le règne de la reine Victoria, pour assurer au roi des «propriétés privées». «Attendu qu'il est douteux», dit une loi de 1862 «et attendu qu'il peut être douteux», dit une loi de 1873. Bien des choses peuvent être douteuses si on essaie de faire d'un seul homme deux personnes ou de créer une personne avec deux corps.

La façon purement naturelle de concevoir le roi, qui prévalait au moyen âge, est illustrée par les terribles conséquences de ce que nous appelons maintenant la transmission de la Couronne et qui apparaissait à nos ancêtres comme la mort d'un homme et qui avait délégué nombre de ses pouvoirs à des juges et à d'autres. A la mort du déléguant, la délégation cessait. Quant aux litiges, loin de cesser, ils rebondissaient. On aurait pu penser que l'introduction des phrases qui ont donné au roi un corps immortel aussi bien que mortel, aurait transformé cette partie du droit. Eh bien, non! Les conséquences du vieux principe devaient être supprimées l'une après l'autre. Au commencement du règne de la reine Victoria, on s'est aperçu que «l'obligation de renouveler toutes les commissions militaires formées sous la signature du roi avait entraîné beaucoup d'in-

the royal sign manual". When on a demise of the Crown we see all the wheels of the State stopping or even running backwards, it seems an idle jest to say that the king never dies.

But the worst of it is that we are compelled to introduce into our legal thinking a person whose personality our law does not formally or explicitly recognize. We cannot get on without the State, or the Nation, or the Commonwealth, or the Public, or some similar entity, and yet that is what we are professing to do. In the days when Queen Elizabeth was our Prince—more often Prince than Princess—her secretary might write in Latin *De republica Anglorum*, and in English *Of the Commonwealth of England*: Prince and Republic were not yet incompatible. A little later Guy Fawkes and others, so said the Statute Book, had attempted the destruction of His Majesty and "the overthrow of the whole State and Commonwealth". In 1623 the Exchequer Chamber could speak of the inconvenience that "remote limitations" had introduced "in the republic". But the great struggle that followed had the effect of depriving us of two useful words. "Republic" and "Commonwealth" implied kinglessness and therefore treason. As to "the State", it was a late comer—but little known until after 1600—and though it might govern political thought, and on rare occasions make its way into the preamble of a statute, it was slow to find a home in English law-books. There is wonderfully little of the State in Blackstone's Commentaries. It is true that "The people" exists, and "the liberties of the People" must be set over against "the prerogatives of the King"; but just because the King is no part of the People, the People cannot be the State or Commonwealth.

But "the Publick" might be useful. And those who watch the doings of this Publick in the Statute Book of the eighteenth century may feel inclined to say that it has dropped a first syllable. After the rebellion of 1715 an Act of Parliament declared that the estates of certain traitors were to be vested in the king "to the use of the Publick". Whether this is the first appearance of "the Publick" as *cestui que trust* of a part of those lands of which the king is owner I do not know; but it is an early example. Then we come upon an amusing little story which illustrates the curious qualities of our royal corporation sole. One of the attainted traitors was Lord Derwentwater, and the tenants of his barony of Langley had been accustomed to pay a fine when their lord died: such a custom was, I believe, commoner elsewhere than in England. But, says an Act of 1738, the said premises "being vested in His Majesty, his heirs and successors in his politick capacity, which in consideration of law never dies, it may create a doubt whether the tenants of the said estates ought . . . to pay such fines . . . on the death of His present Majesty (whom God long preserve for the benefit of his People) or on the death of any future King or Queen". So the tenants are to pay as they would have paid "in case such King or Queen so dying was considered as a private person only and not in his or her politick capacity". Thus that artificial person, the king in his politick capacity, who is a trustee for the Publick, must be deemed to die now and then for the benefit of *cestui que trust*.

But it was of "the Publick" that we were speaking, and I believe that "the Publick" first becomes prominent in connexion

convénients». Lorsque, à l'occasion de la transmission de la Couronne, tous les rouages de l'État s'arrêtent ou font même machine arrière, il semble oisieux de prétendre que le roi ne meurt jamais.

Mais le pire de tout, c'est que nous sommes contraints d'introduire dans notre pensée juridique une personnalité que notre droit ne reconnaît ni formellement ni explicitement. Nous ne pouvons rien faire sans l'État, la Nation, le Commonwealth ou le Public ou quelque autre entité analogue, et pourtant c'est ce que nous prétendons faire. A l'époque où la reine Elizabeth était notre prince (plus souvent prince que princesse), son secrétaire pouvait écrire en latin *De republica Anglorum* et en anglais *Of the Commonwealth of England*, prince et république n'étant pas encore incompatibles. Un peu plus tard, Guy Fawkes et d'autres, si on en croit le recueil des actes législatifs, ont essayé de détruire Sa Majesté et «de renverser l'État et le Commonwealth». En 1623, la Chambre de l'Échiquier pouvait parler des inconvénients que des «limitations lointaines» avaient introduits «dans la République». Mais le grand combat qui a suivi a eu pour effet de nous priver de deux mots utiles: «République» et «Commonwealth» qui, impliquant l'absence de royaume, constituaient en soi une trahison. Quant à «l'État» il est apparu plus tard (il était peu connu jusqu'en 1600) et bien qu'il ait gouverné la pensée politique et, dans de rares occasions, se soit introduit dans le préambule d'une loi, il a été long à trouver droit de cité dans les livres juridiques. Dans les commentaires de Blackstone, il est étonnamment peu question de l'État. Il est vrai que «le peuple» existe et que «les libertés du peuple» doivent être brandies contre «les prérogatives du Roi»; mais justement parce que le Roi ne fait pas partie du peuple, le peuple ne peut être ni l'État ni le Commonwealth.

Mais «le Public» pourrait être utile. Et ceux qui surveillent les faits et gestes de ce public dans le recueil des actes législatifs du XVIII<sup>e</sup> siècle peuvent être enclins à penser qu'il en a laissé tomber la première syllabe. Après la rébellion de 1715, un acte du Parlement a déclaré que les biens de certains traîtres seraient remis au roi «à l'usage du public». Faut-il voir là la première apparition du «public» comme bénéficiaire d'une fiducie pour une partie des biens, dont le roi est propriétaire? Je n'en sais rien, mais cet exemple date de loin. Nous tombons alors sur une histoire amusante, qui illustre fort bien les curieuses qualités de notre personne morale royale. Lord Derwentwater faisait partie des traîtres condamnés à la confiscation de leurs biens et les tenanciers à bail de sa baronnie de Langley avaient coutume de payer une amende lorsque leur seigneur mourrait. Je crois que cette coutume était plus répandue hors d'Angleterre. Mais, dit une loi de 1738, lesdits lieux «étant remis à Sa Majesté, ses héritiers et ses successeurs dans sa capacité politique, qui aux yeux du droit ne meurt jamais, on peut se demander si les tenanciers desdits biens doivent ou non . . . payer ces amendes . . . à la mort de Sa Majesté (que Dieu la garde longtemps en vie pour le bien de son peuple) ou à la mort de tout futur Roi ou Reine». Donc, les tenanciers doivent payer «comme ils l'auraient fait au cas où ce Roi ou cette Reine en mourant serait considéré seulement comme une personne privée et non pas dans sa capacité politique». Donc, cette personne artificielle qu'est le roi dans sa capacité politique, fiduciaire du public, doit être réputée mourir de temps à autre au profit du bénéficiaire de la fiducie.

Mais nous parlions du «public» et, à mon avis, la première fois qu'on le voit prendre de l'importance, c'est par rapport à la

ion with the National Debt. Though much might be done for us by a slightly denaturalized king, he could not do all that was requisite. Some proceedings of one of his predecessors, who closed the Exchequer and ruined the goldsmiths, had made our king no good borrower. So the Publick had to take his place. The money might be "advanced to His Majesty", but the Publick had to owe it. This idea could not be kept off the statute book. "Whereas", said an Act of 1786, "the Publick stands indebted to" the East India Company in a sum of four millions and more.

What is the Publick which owes the National Debt? We try to evade that question. We try to think of that debt not as a debt owed by a person, but as a sum charged upon a pledged or mortgaged thing, upon the Consolidated Fund. This is natural, for we may, if we will, trace the beginnings of a national debt back to days when a king borrows money and charges the repayment of it upon a specific tax; perhaps he will even appoint his creditor to collect that tax, and so enable him to repay himself. Then there was the long transitional stage in which annuities were charged on the Aggregate Fund, the General Fund, the South Sea Fund, and so forth. And now we have the Consolidated Fund; but even the most licentious "objectification" (or, as Dr James Ward says, "reification") can hardly make that Fund "a thing" for jurisprudence. On the one hand, we do not conceive that the holders of Consols would have the slightest right to complain if the present taxes were swept away and new taxes invented, and, on the other hand, we conceive that if the present taxes will not suffice to pay the interest of the debt more taxes must be imposed. Then we speak of "the security of an Act of Parliament", as if the Act were a profit-bearing thing that could be pledged. Or we introduce "the Government" as a debtor. But what, we may ask, is this Government? Surely not the group of Ministers, not the Government which can be contrasted with Parliament. I am happy to think that no words of mine can affect the price of Bank Annuities, but it seems to me that the national debt is not a "secured debt" in any other than that loose sense in which we speak of "personal security", and that the creditor has nothing to trust to but the honesty and solvency of that honest and solvent community of which the King is the head and "Government" and Parliament are organs.

One of our subterfuges has been that of making the king a trustee (*vel quasi*) for unincorporated groups. Another of our subterfuges has been that of slowly substituting "the Crown" for King or Queen. Now the use which has been made in different ages of the crown—a chattel now lying in the Tower and partaking (so it is said) of the nature of an heirloom—might be made the matter of a long essay. I believe, however, that an habitual and perfectly unambiguous personification of the Crown—in particular, the attribution of acts to the Crown—is much more modern than most people would believe. It seems to me that in fully half the cases in which Sir William Anson writes "Crown", Blackstone would have written "King". In strictness, however, "the Crown" is not, I take it, among the persons known to our law, unless it is merely another name for the King. The Crown, by that name, never sues, never prosecutes, never issues writs or letters patent. On the face of formal records the King or Queen does it all. I would not, if I could, stop the process which is making "the Crown" one of the names of a certain organized community; but in the meantime that

dette nationale. Bien qu'un roi légèrement dénaturé aurait pu faire beaucoup pour nous, il ne pouvait pas faire tout ce qui était requis. Les procédés de l'un de ses prédécesseurs, qui avait fermé l'Échiquier et ruiné les orfèvres, ont fait de notre roi un mauvais emprunteur, si bien que le public a dû prendre sa place. L'argent pouvait être «avancé à Sa Majesté», mais il était dû par le public. Cette idée n'a pas pu être exclue du recueil des actes législatifs. «Attendu», dit un acte de 1786, que «le public reste endetté» envers la Compagnie des Indes orientales d'une somme de quatre millions ou plus.

Quel est le public qui supporte la dette nationale? Nous essayons d'éviter la question. Nous essayons de penser à cette dette non pas comme à une dette due par une personne, mais comme à une somme qui affecte un bien hypothéqué ou engagé, le Fonds consolidé. Cela est naturel, car une dette nationale prend naissance le jour où le roi emprunte de l'argent et impose une taxe particulière pour le rembourser. Il peut aussi charger son créancier de percevoir cette taxe, ce qui lui permettra de le rembourser. Puis, il y a eu le long stade transitoire où on a perçu des annuités sur le Fonds collectif, le Fonds général, le Fonds de la Mer du sud, etc. Et maintenant, nous avons le Fonds consolidé; mais même «l'objectivation» la plus audacieuse (ou, comme dit le Dr James Ward, la «reification») peut difficilement faire de ce fonds, «une chose» aux yeux du droit. D'une part, nous ne concevons pas que les détenteurs de rentes consolidées aient le plus léger droit de se plaindre si les impôts sont supprimés et remplacés par de nouveaux impôts; et d'autre part, si les impôts en vigueur ne suffisent pas à payer l'intérêt de la dette, il faut en imposer un plus grand nombre. Nous parlons alors de la «garantie d'un acte du Parlement», comme si la Loi était une chose lucrative qui peut être donnée en garantie, ou nous introduisons le gouvernement comme débiteur. Mais quel est ce gouvernement, sommes-nous en droit de demander? Sûrement pas le groupe de ministres ni le gouvernement qu'on peut opposer au Parlement. Je suis heureux à la pensée qu'aucune de mes paroles ne risque d'affecter le prix des rentes de la banque, mais il me semble que la dette nationale n'est pas une «dette garantie», si ce n'est au sens vague où nous parlons de garantie personnelle, et que le créancier n'a rien à espérer si ce n'est l'honnêteté et la solvabilité de cette communauté honnête et solvable, dont le roi est la tête et le «gouvernement» et le Parlement, les organes.

Nous avons recouru à plusieurs subterfuges: par exemple, faire du roi un fiduciaire (*vel quasi*) pour des groupes non incorporés, ou remplacer lentement le Roi ou la Reine par «la Couronne». Maintenant, l'usage que l'on a fait aux diverses époques de la Couronne (bien meuble qui gît maintenant dans la Tour et (a-t-on dit) a la nature d'un bijou de famille) peut servir de matière à une longue dissertation. Toutefois, je crois que la personnification habituelle et non ambiguë de la Couronne (en particulier, l'attribution des actes à la Couronne) est beaucoup plus moderne que la plupart des gens ne le croient. Selon moi, dans la moitié des cas où Sir William Anson écrit «Couronne», Blackstone aurait écrit «Roi». Toutefois, à strictement parler, «la Couronne» ne figure pas, à mon avis, parmi les personnes reconnues dans notre droit, à moins qu'elle soit simplement un autre nom pour le Roi. La Couronne, sous ce nom, n'engage jamais de poursuites et n'émet ni brevets ni lettres patentes. Sur les dossiers officiels, c'est le Roi (ou la Reine) qui fait tout cela. Je n'arrêterais pas, si je le pouvais, le processus qui fait de «la Couronne» l'un des noms d'une certaine commu-

term is being used in three or four different, though closely related, senses. "We all know that the Crown is an abstraction", said Lord Penzance. I do not feel quite sure of knowing even this.

The suggestion that "the Crown" is very often a suppressed or partially recognized corporation aggregate is forced upon us so soon as we begin to attend with care to the language which is used by judges when they are freely reasoning about modern matters and are not feeling the pressure of old theories. Let us listen, for example, to Blackburn J., when in a famous opinion he was explaining why it is that the Postmaster-General or the captain of a man-of-war cannot be made to answer in a civil action for the negligence of his subordinates. "These cases were decided upon the ground that *the government* was the principal and the defendant merely the servant. . . . All that is decided by this class of cases is that the liability of a servant of *the public* is no greater than that of the servant of any other principal, though the recourse against the principal, *the public*, cannot be by an action." So here the Government and the Public are identified, or else the one is an organ or agent of the other. But the Postmaster-General or the captain of a man-of-war is assuredly a servant of the Crown, and yet he does not serve two masters. A statute of 1887 tells us that "the expressions 'permanent civil service of the state', 'permanent civil service of Her Majesty', and 'permanent civil service of the Crown', are hereby declared to have the same meaning". Now as it is evident that King Edward is not (though Louis XIV may have been) the State, we seem to have statutory authority for holding that the State is "His Majesty". The way out of this mess, for mess it is, lies in a perception of the fact, for fact it is, that our sovereign lord is not a "corporation sole", but is the head of a complex and highly organized "corporation aggregate of many"—of very many. I see no great harm in calling this corporation a Crown. But a better word has lately returned to the statute book. That word is Commonwealth.

Even if the king would have served as a satisfactory debtor for the national debt, some new questions would have been raised in the course of that process which has been called the expansion of England; for colonies came into being which had public debts of their own. At this point it is well for us to remember that three colonies which were exceptionally important on account of their antiquity and activity, namely Massachusetts, Rhode Island, and Connecticut, were corporations duly created by charter with a sufficiency of operative and inoperative words. Also we may notice that the king was no more a corporator of Rhode Island than he was a corporator of the city of Norwich or of the East India Company, and that the Governor of Connecticut was as little a deputy of the king as was the Governor of the Bank of England. But even where there was a royal governor, and where there was no solemnly created corporation, there was a "subject" capable of borrowing money and contracting debts. At least as early as 1709, and I know not how much earlier, bills of credit were being emitted which ran in this form:

This indented bill of \_\_\_\_\_ shillings due from the Colony of New York to the possessor thereof shall be in value equal to money and shall be accepted accordingly by the Treasurer of this Colony for the time being in all public payments and

nauté organisée; mais, dans l'intervalle, ce terme a été utilisé dans trois ou quatre sens différents, bien qu'étroitement liés. «Nous savons tous que la Couronne est une abstraction», a dit lord Penzance. Même cela, je ne suis pas tout à fait sûr de le savoir.

<sup>a</sup> L'insinuation selon laquelle «la Couronne» est très souvent une personne morale supprimée ou partiellement reconnue nous est imposée si tôt que nous commençons à prêter l'oreille attentivement au langage utilisé par les juges, lorsqu'ils raisonnent librement sur les questions modernes et ne subissent pas la pression des vieilles théories. Écoutons, par exemple, le juge Blackburn qui, dans une opinion restée célèbre, explique pourquoi le directeur général des postes et le capitaine d'un navire de guerre ne sont pas dans une action civile tenus de répondre de la négligence de leurs subordonnés. «Ces causes ont été jugées au motif que *le gouvernement* est l'employeur et le défendeur simplement l'employé. . . . Il n'y est pris qu'une seule décision, à savoir que la responsabilité d'un employé envers *le public* n'est pas plus grande que celle d'un employé envers un autre employeur, bien que le recours contre *le public* ne puisse pas avoir lieu au moyen d'une action». Donc, ici, le gouvernement et le public sont identifiés, l'un étant un organe ou un agent de l'autre. Mais le directeur des postes et le capitaine du navire de guerre sont assurément des préposés de la Couronne, et pourtant ils ne servent pas deux maîtres. Une loi de 1887 nous dit que «des expressions 'service civil permanent de l'état', 'service civil permanent de Sa Majesté' et 'service civil permanent de la Couronne' ont le même sens. Maintenant, vu que de toute évidence le roi Édouard n'est pas l'État (bien que Louis XIV ait pu l'être), nous avons l'autorisation législative de prétendre que l'État est «Sa Majesté». Pour sortir de ce gâchis, car gâchis il y a, il nous faut percevoir le fait, car fait il y a, que notre lord souverain n'est pas une «personne morale constituée par un seul», mais la tête d'une personne morale complexe et hautement organisée, qui groupe beaucoup et même énormément de personnes. Je ne vois pas grand mal à l'appeler une Couronne, mais un meilleur terme a récemment fait sa réapparition dans le recueil des actes législatifs: «Commonwealth».

Même si le roi s'était comporté à l'égard de la dette nationale en bon débiteur, le processus que l'on a appelé l'expansion de l'Angleterre aurait engendré quelques nouvelles questions, car les colonies y sont entrées avec leurs dettes publiques. Il convient ici de se rappeler que trois colonies d'une importance exceptionnelle en raison de leur ancienneté et de leur dynamisme (le Massachusetts, le Rhode Island et le Connecticut) étaient des personnes morales dûment créées par charte avec assez de mots efficaces et inopérants. Nous pouvons aussi noter que le roi n'était pas plus membre du Rhode Island qu'il n'était membre du corps municipal de la ville de Norwich ou de la Compagnie des Indes orientales et que le gouverneur du Connecticut était aussi peu député du roi que le gouverneur de la Banque d'Angleterre. Mais même lorsqu'il y avait un gouvernement royal et pas de personne morale officiellement créée, il y avait un «sujet» capable d'emprunter de l'argent et de contracter des dettes. Dès 1709 au moins, et je ne sais pas exactement combien de temps avant, des lettres de crédit ont été émises, libellées comme suit:

Cette lettre de crédit représentant une créance en shillings due à son possesseur par la colonie de New York, aura une valeur égale à celle de l'argent et sera par suite acceptée par le trésorier de cette colonie actuellement pour tous les paie-

for any fund at any time in the Treasury. Dated, New York the first of November, 1709, by order of the Lieutenant Governor, Council and General Assembly of the said Colony.

In 1714 the Governor, Council and General Assembly of New York passed a long Act "for the paying and discharging the several debts and sums of money claimed as debts of this Colony". A preamble stated that some of the debts of the Colony had not been paid because the Governors had misapplied and extravagantly expended "the revenue given by the loyal subjects aforesaid to Her Majesty and Her Royal Predecessors, Kings and Queens of England, sufficient for the honourable as well as necessary support of their Government here." "This Colony", the preamble added, "in strict justice is in no manner of way obliged to pay many of the said claims"; however, in order "to restore the Publick Credit", they were to be paid. Here we have a Colony which can be bound even in strict justice to pay money. What the great colonies did the small colonies did also. In 1697 an Act was passed at Montserrat "for raising a Levy or Tax for defraying the Publick Debts of this His Majesty's Island".

The Colonial Assemblies imitated the Parliament of England. They voted supplies to "His Majesty"; but they also appropriated those supplies. In Colonial Acts coming from what we may call an ancient date and from places which still form parts of the British Empire, we may see a good deal of care taken that whatever is given to the king shall be marked with a trust. For instance, in the Bermudas, when in 1698 a penalty is imposed, half of it is given to the informer, "and the remainder to His Majesty, His Heirs and Successors, to be employed for and towards the support of the Government of these Islands and the contingent charges thereof". If "the old house and kitchen belonging to their Majesties [William and Mary] and formerly inhabited by the Governors of these Islands" is to be sold, then the price is to be paid "into the Publick Stock or Revenue for the Publick Uses of these Islands and the same to be paid out by Order of the Governor, Council and a Committee of Assembly". It would, I believe, be found that in some colonies in which there was no ancestral tradition of republicanism, the Assemblies were not far behind the House of Commons in controlling the expenditure of whatever money was voted to the king. In 1753 the Assembly of Jamaica resolved "that it is the inherent and undoubted right of the Representatives of the People to raise and apply monies for the services and exigencies of government and to appoint such person or persons for the receiving and issuing thereof as they shall think proper, which right this House hath exerted and will always exert in such manner as they shall judge most conducive to the service of His Majesty and the interest of his People." In many or most of the colonies the treasurer was appointed, not by the Governor but by an Act of Assembly; sometimes he was appointed by a mere resolution of the House of Representatives. In the matter of finance, "responsible government" (as we now call it) or "a tendency of the legislature to encroach upon the proper functions of the executive" (as some modern Americans call it) is no new thing in an English colony.

We deny nowadays that a Colony is a corporation. The three unquestionably incorporated colonies have gone their own way and are forgotten of lawyers. James L.J. once said that it

ments publics et, à tous moments, pour n'importe quel fonds du trésor. Fait à New York, le 1<sup>er</sup> novembre 1709, par ordre du lieutenant-gouverneur, du Conseil et de l'Assemblée générale de ladite colonie.

En 1714, le gouverneur, le Conseil et l'Assemblée générale de New York ont adopté une longue loi «pour le paiement de plusieurs dettes et sommes d'argent réclamées comme dettes de cette colonie». Un préambule déclarait que certaines dettes de la colonie n'ont pas été réglées parce que les gouverneurs ont mal appliqué et dépensé de façon extravagante «les revenus fournis par les loyaux sujets susmentionnés à Sa Majesté et à ses royaux prédécesseurs, Rois et Reines d'Angleterre, et suffisants pour assurer à leur gouvernement le soutien dont ils ont besoin.» «Cette colonie», ajoutait le préambule, «en stricte justice n'est nullement obligée de payer un certain nombre des dites réclamations». Toutefois, en vue de «restaurer le crédit public», il faut les payer. Nous avons ici une colonie qui peut être tenue, même en stricte justice, de payer des sommes d'argent. Ce que les grandes colonies ont fait, les petites l'ont aussi fait. En 1697, une loi a été passée à Montserrat «pour lever une taxe en vue de défrayer les dettes publiques de cette île de Sa Majesté».

Les assemblées coloniales ont imité le Parlement de l'Angleterre. Elles ont voté des crédits à Sa Majesté, mais elles en ont aussi fixé l'affectation. Dans les actes coloniaux de date ancienne et émanant de lieux qui font encore partie de l'Empire britannique, nous pouvons constater tous les soins pris pour que tout ce qui est donné au roi porte la marque d'une fiducie. Par exemple, en 1698, dans les Bermudes, il est imposé une pénalité, dont la moitié est donnée à l'informateur «et le reste à Sa Majesté, ses Héritiers et Successeurs, pour appuyer le gouvernement de ces îles et faire face aux charges éventuelles y afférentes». Si «la vieille maison et la cuisine qui appartiennent à leurs Majestés [Guillaume et Marie] et étaient autrefois habitées par les gouverneurs de ces îles», doivent être vendues, alors le prix en sera versé «dans le Trésor public aux fins d'utilisation publique dans ces îles et les prélèvements sur cette somme auront lieu par ordonnance du gouverneur, du conseil et du comité de l'Assemblée». A mon avis, on constatera dans certaines colonies où il n'y a aucune tradition ancestrale de républicanisme, que les Assemblées n'étaient pas très en retard sur la Chambre des communes en ce qui concerne le contrôle des dépenses afférentes à tous les crédits votés au roi. En 1753, l'Assemblée de la Jamaïque a décrété «que les représentants du peuple ont le droit naturel et indiscutable de lever et d'appliquer des crédits au service et aux exigences du gouvernement et de nommer une ou plusieurs personnes pour les recevoir et les distribuer comme elles le jugent bon, droit que cette Chambre a exercé et exercera toujours de la manière qu'elle jugera la plus apte à servir Sa Majesté et les intérêts de son peuple.» Dans la plupart des colonies, le trésorier était nommé non pas par le gouverneur, mais par une loi votée par l'Assemblée; parfois, il était nommé par simple résolution de la Chambre des représentants. En matière de finances, le «gouvernement responsable» (comme nous l'appelons maintenant) et «une tendance de la législature à usurper les fonctions de l'exécutif» (comme disent certains Américains modernes) ne sont pas nouveaux dans une colonie anglaise.

Aujourd'hui, nous nions qu'une colonie est une personne morale. Les trois colonies indiscutablement incorporées ont suivi leur propre voie et les juristes les ont oubliées. Le lord juge

seemed to him an abuse of language to speak of the Governor and Government of New Zealand as a corporation. So be it, and I should not wish to see a "Governor" or a "Government" incorporated. But can we—do we really and not merely in words—avoid an admission that the Colony of New Zealand is a person? In the case that was before the Court a contract for the conveyance of emigrants had professedly been made between "Her Majesty the Queen for and on behalf of the Colony of New Zealand" of the first part, Mr Featherston, "the agent-general in England for the Government of New Zealand", of the second part, and Sloman & Co. of the third part. Now when in a legal document we see those words "for and on behalf of" we generally expect that they will be followed by the name of a person; and I cannot help thinking that they were so followed in this case. I gather that some of the colonies have abandoned the policy of compelling those who have aught against them to pursue the ancient, if royal, road of a petition of right. Perhaps we may not think wholly satisfactory the Australian device of a "nominal defendant" appointed to resist an action in which a claim is made "against the Colonial Government", for there is no need for "nominal parties to actions where real parties (such, for example, as a Colony or State) are forthcoming. But it is a wholesome sight to see "the Crown" sued and answering for its torts. If the field that sends cases to the Judicial Committee is not narrowed, a good many old superstitions will be put upon their trial.

In the British North America Act, 1867, there are courageous words. "Canada shall be liable for the debts and liabilities of each Province existing at the Union. Ontario and Quebec conjointly shall be liable to Canada. . . . The assets enumerated in the fourth schedule . . . shall be the property of Ontario and Quebec conjointly. Nova Scotia shall be liable to Canada. . . . New Brunswick shall be liable to Canada. . . . The several Provinces shall retain all their respective public property. . . . New Brunswick shall receive from Canada. . . . The right of New Brunswick to levy the lumber dues. . . . No lands or property belonging to Canada or any Province shall be liable to taxation. . . ." This is the language of statesmanship, of the statute book, and of daily life. But then comes the lawyer with theories in his head, and begins by placing a legal estate in what he calls the Crown or Her Majesty. "In construing these enactments, it must always be kept in view that wherever public land with its incidents is described as 'the property of' or as 'belonging to' the Dominion or a Province, these expressions merely import that the right to its beneficial use, or to its proceeds, has been appropriated to the Dominion or the Province, as the case may be, and is subject to the control of its legislature, the land itself being vested in the Crown." And so we have to distinguish the lands vested in the Crown "for" or "in right of" Canada from the lands vested in the Crown "for" or "in right of" Quebec or Ontario or British Columbia, or between lands "vested in the Crown as represented by the Dominion" and lands "vested in the Crown as represented by a Province". Apparently "Canada" or "Nova Scotia" is person enough to be the Crown's *cestui que trust* and at the same time the Crown's representative, but is not person enough to hold a legal estate. It is a funny jumble, which becomes funnier still if we insist that the Crown is a legal fiction.

James a dit une fois que le fait de parler du gouverneur et du gouvernement de la Nouvelle-Zélande comme d'une personne morale lui paraissait un abus de langage. C'est juste et je ne voudrais pas voir un «gouverneur» ou un «gouvernement» incorporés. Mais pouvons-nous, en réalité et non pas seulement  
 a verbalement, éviter de reconnaître que la colonie de la Nouvelle-Zélande est une personne? Dans l'affaire portée devant la Cour, un contrat afférent au transport d'immigrants avait été passé ouvertement entre «Sa Majesté la Reine pour la colonie de la Nouvelle-Zélande», d'une part, M. Featherston, «agent général en Angleterre pour le gouvernement de la Nouvelle-  
 b Zélande», et Sloman & Co., d'autre part. Maintenant, lorsqu'on voit dans un document juridique le terme «pour . . .», on s'attend en général qu'il soit suivi du nom d'une personne et je ne peux pas m'empêcher de penser qu'il en a été ainsi en l'occurrence. Je crois comprendre que certaines colonies ont abandonné la politique consistant à contraindre ceux qui  
 c avaient quelques droits contre elles de recourir à l'ancien, sinon royal, moyen de pétition de droit. Il se peut que nous ne soyons pas entièrement satisfaits de la formule australienne d'un «défendeur nominal» nommé pour contester une action, où la réclamation est présentée «contre le gouvernement colonial», car il n'y a pas besoin de «parties nominales aux actions lorsque  
 d les parties réelles (par exemple, une colonie ou un état) comparaissent. Mais il est salutaire que «la Couronne» soit poursuivie et tenue de répondre de ses torts. Si on ne rétrécit pas maintenant le domaine qui envoie des causes au Comité judiciaire, un grand nombre d'anciennes superstitions subiront leur procès.

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, contient des termes courageux: «le Canada sera responsable des dettes et obligations de chaque province existante lors de l'Union. Les provinces de l'Ontario et de Québec seront conjointement responsables envers le Canada. . . . L'actif énuméré dans la quatrième annexe . . . sera la propriété de l'Ontario et du Québec conjointement. La Nouvelle-Écosse sera responsable envers le Canada. . . . Le Nouveau-Brunswick sera responsable envers le Canada. . . . Les diverses provinces conserveront respectivement toutes leurs propriétés publiques. . . . Le Nouveau-Brunswick recevra du Canada . . . droit, pour le Nouveau-Brunswick de prélever, sur les bois de constructions, les droits. . . . Nulle terre  
 e ou propriété appartenant au Canada ou à quelque province ne sera sujette à taxation. . . .» C'est le langage de la politique, du recueil des actes législatifs et de la vie quotidienne. Mais alors apparaît le juriste avec ses théories en tête, qui prétend placer dans le domaine légal ce qu'il appelle la Couronne ou Sa Majesté. «Lorsqu'on interprète ces textes législatifs, il faut  
 f toujours avoir présent à l'esprit que chaque fois qu'on décrit des biens publics comme 'la propriété de' ou 'appartenant au' Dominion ou à une province, ces expressions signifient simplement que le droit à leur usage bénéficiaire ou à leurs produits a été affecté au Dominion ou à la province, selon le cas, et est soumis au contrôle de la législature, le bien lui-même étant  
 g dévolu à la Couronne.» Il nous faut distinguer entre les biens dévolus à la Couronne «pour» ou «du chef du» Canada et ceux dévolus à la Couronne «pour» ou «du chef du» Québec ou de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique, où entre les biens  
 h dévolus à la Couronne représentée par le Dominion et les biens dévolus à la Couronne représentée par une province». Apparemment, le «Canada» et la «Nouvelle-Écosse» sont suffisamment des personnes morales pour bénéficier des fiducies de la Couronne, mais pas assez pour détenir une propriété légale.

C'est un drôle de brouillamini, qui devient encore plus drôle si nous continuons à maintenir que la Couronne est une fiction juridique.

\* \* \*

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

PRATTE J. (*dissenting in part*): I agree with the Chief Justice and my brother Le Dain that the appeal should be dismissed. However, I do not share their view in respect of the cross-appeal which, in my opinion, should also be dismissed.

LE JUGE PRATTE (*dissident en partie*): Je rejetterais l'appel pour les motifs donnés par le juge en chef et le juge Le Dain dont, cependant, je ne peux partager l'opinion relativement au contre-appel qui, à mon sens, devrait lui aussi être rejeté.

The Order in Council of June 26, 1873, imposed on the Dominion Government the legal duty to establish and maintain an efficient ferry service between the mainland and Prince Edward Island. The Dominion having failed in the performance of that duty, is it under an obligation to compensate the Province of Prince Edward Island for the damage suffered as a consequence of that breach? This is, in my view, the crucial question raised by the cross-appeal. The Chief Justice and my brother Le Dain would answer it in the affirmative; I would answer it in the negative.

L'Ordre en conseil du 26 juin 1873 a imposé au gouvernement du Dominion l'obligation d'établir et d'assurer un service efficace de transport par bateau entre l'Île-du-Prince-Édouard et la terre ferme. Le Dominion ayant manqué à cette obligation, est-il tenu d'indemniser la province de l'Île-du-Prince-Édouard des dommages résultant de ce manquement? Telle est, à mon avis, la question capitale que soulève le contre-appel. Le juge en chef et le juge Le Dain y donneraient une réponse affirmative; j'y donnerais une réponse négative.

I concede that, as a rule, an individual who has been prejudicially affected by another person's failure to perform a statutory duty has the right to claim damages from that other person. But this is not an absolute rule:

Je conviens que, règle générale, celui qui subit un préjudice en raison du défaut d'une autre personne de remplir un devoir que lui impose une loi a le droit de réclamer réparation de cette autre personne. Mais cette règle n'est pas absolue:

Notwithstanding the general rule, there are many cases in which no action for damages will lie in respect of injuries caused by the breach of a statutory duty. For there is no such remedy unless the legislature, in creating the duty, intended that it should be enforceable in this way.<sup>48</sup>

[TRADUCTION] Malgré la règle générale, il y a plusieurs cas où le fait qu'un dommage ait été causé par le manquement à un devoir imposé par une loi ne donne pas ouverture à une action en dommages-intérêts. Pareille action n'existe que si le législateur, en créant le devoir, a voulu qu'il soit sanctionné de cette façon.<sup>48</sup>

While the Order in Council of June 26, 1873, was adopted following an agreement between Canada and Prince Edward Island, it did not describe the duty imposed on the Dominion Government relating to the ferry service as a duty toward the new Province or its Government. It is, therefore, possible to conceive of that duty as one toward the public at large. In that perspective, in case of a breach, the right to be compensated should not be limited to the Government of the Province; it should, in all logic, be granted to all persons suffering damage as a result of the breach. But this, I would find unacceptable. I cannot

Bien que l'Ordre en conseil du 26 juin 1873 ait été adopté à la suite d'une entente entre le Canada et l'Île-du-Prince-Édouard, il ne décrivait pas le devoir imposé au Dominion relativement au service de transport par bateau comme une obligation envers la nouvelle province ou son gouvernement. On peut donc penser qu'il s'agit là d'un devoir à l'égard du public en général. En ce cas, advenant que le Dominion manque à son devoir, le droit d'obtenir réparation ne devrait pas être limité au gouvernement de la province; il devrait, logiquement, être aussi reconnu à toute personne ayant subi un préjudice en conséquence de ce manque-

<sup>48</sup> *Salmond on the Law of Torts*, 15th ed., 1969, p. 312.

<sup>48</sup> *Salmond on the Law of Torts*, 15<sup>e</sup> éd., 1969, p. 312.

ascribe to a constitutional document of the nature of the Order in Council the intention of imposing on the Dominion Government, in addition to the public duty to establish and maintain the ferry service, the obligation to compensate all those who might suffer damage as a consequence of a failure in the performance of that obligation.

If, on the other hand, the duty in respect of the ferry service is conceived of as an obligation toward the new Province, the question, which remains a question of interpretation, is whether it was the intention of the Order in Council that the Dominion Government, in case of breach, be liable to the Province for the damage suffered as a consequence of the breach. If the problem is viewed in that light, the answer, in my view, must remain negative and, this, for two reasons.

When the duty relating to the ferry was imposed on the Dominion Government, it was not, even if it is considered as a duty toward the Province, a duty enforceable through legal means. There was then no court before which the Dominion could be brought to answer the claim of the Province (see Duff J., as he then was, in *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1910) 42 S.C.R. 1, at p. 119). I cannot imagine that an authority imposing an obligation enforceable by purely political means might intend to create liability in damages in case of breach. In my view, the question of liability resulting from a breach of an obligation can only arise in respect of a legally enforceable obligation.

My second reason for reaching that conclusion is that in case of failure of the Dominion Government to operate the ferry service, the Government of the Island, as such, would not be likely to suffer any direct damage. Those who would normally be directly affected by an interruption of the ferry service are those who, be they residents of the Island or not, would otherwise have made use of the ferry and I have already said that, in my view, it was not the intention of the Order in Council that the Dominion be liable toward them. I cannot imagine that, at the same time, the Order in

ment. Or, cela me paraît inacceptable. Je ne peux attribuer à un document constitutionnel comme l'Ordre en conseil l'intention d'imposer au gouvernement du Dominion, en plus du devoir public d'établir et de maintenir un service de transport par bateau entre l'Île et la terre ferme, l'obligation d'indemniser tous ceux à qui un manquement à ce devoir aura causé dommage.

Si, d'un autre côté, on conçoit le devoir relatif au service de transport comme une obligation envers la nouvelle province, la question à résoudre—qui en demeure une d'interprétation—est celle de savoir si l'auteur de l'Ordre en conseil voulait que, en cas de manquement, le gouvernement du Dominion soit responsable des dommages subis par la province en conséquence de ce manquement. Même si on considère le problème sous ce jour, je crois qu'il faut continuer à lui donner une réponse négative. Cela pour deux raisons.

Lorsque le devoir dont il s'agit a été imposé au gouvernement du Dominion, il ne s'agissait pas, même si on le considère comme un devoir envers la province, d'un devoir susceptible d'exécution forcée. Il n'existait pas alors de tribunal pouvant connaître de la réclamation de la province (voir ce qu'a dit le juge Duff dans *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1910) 42 R.C.S. 1, p. 119). Je ne peux imaginer qu'en créant une obligation dont le créancier ne pouvait forcer l'exécution qu'en ayant recours à des pressions politiques, on ait pu vouloir imposer au débiteur, en cas de manquement de sa part, l'obligation de réparer les dommages en résultant. A mon avis, le problème de la responsabilité du débiteur pour les dommages résultant de son manquement ne peut se soulever qu'à l'égard d'une obligation susceptible d'exécution forcée.

Le second motif pour lequel j'en arrive à cette conclusion, c'est que ce n'est pas le gouvernement de l'Île mais, plutôt, les usagers du service de transport, qu'ils résident dans l'Île ou ailleurs, qui sont susceptibles d'être directement affectés par le défaut du gouvernement du Dominion d'exécuter son obligation. A mon avis, je l'ai déjà dit, on n'a pas voulu accorder à ces personnes-là le droit de recouvrer des dommages-intérêts du Dominion. Je ne peux concevoir que, en même temps, on ait pu vouloir accorder ce même droit à un gouvernement à qui, normalement, le défaut du gouvernement du

Council intended to create a liability toward a government which, as such, was not likely to suffer any direct damage as a consequence of the failure of the Dominion to perform its obligation.

I may add that my conclusion might have been different if, on the one hand, the duty relating to the ferry had been imposed as a duty toward the inhabitants of the Island, and, on the other hand, the Government of the Island had the right to sue as the representative of those inhabitants. However, neither of those two propositions is, in my view, well founded.

For these reasons, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal. I would not make any order as to costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LE DAIN J.: This is an appeal and a cross-appeal from a judgment of the Trial Division in an action for damages brought under section 19 of the *Federal Court Act* by Her Majesty the Queen, in the right of Prince Edward Island, against Her Majesty the Queen, in the right of Canada, for alleged breach of a duty imposed on the Government of Canada by the Order in Council of June 26, 1873<sup>49</sup> which, pursuant to section 146 of *The British North America Act, 1867*<sup>50</sup>, admitted the colony of Prince Edward Island into the Dominion of Canada on July 1, 1873.

<sup>49</sup> R.S.C. 1970, Appendices, p. 291.

<sup>50</sup> 146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, on Addresses from the Houses of the Parliament of Canada, and from the Houses of the respective Legislatures of the Colonies or Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, and British Columbia, to admit those Colonies or Provinces, or any of them, into the Union, and on Address from the Houses of the Parliament of Canada to admit Rupert's Land and the North-western Territory, or either of them, into the Union, on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve, subject to the Provisions of this Act; and the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

Dominion n'était pas susceptible de causer préjudice.

<sup>a</sup> J'en serais peut-être venu à une autre conclusion si, d'une part, le devoir du Dominion avait été un devoir envers les habitants de l'Île et si, d'autre part, le gouvernement de l'Île avait le pouvoir de poursuivre comme leur représentant. Cependant, ni l'une ni l'autre de ces propositions ne me paraît fondée.

<sup>c</sup> Pour ces motifs, je rejetterais l'appel et le contre-appel chaque partie payant ses frais.

\* \* \*

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

LE JUGE LE DAIN: Il s'agit ici de l'appel et de l'appel incident d'un jugement de la Division de première instance dans une action en dommages-intérêts introduite en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* par Sa Majesté la Reine, du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard, contre Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, pour une prétendue inexécution d'un devoir imposé au gouvernement du Canada par l'arrêté en conseil du 26 juin 1873<sup>49</sup> aux termes duquel la colonie de l'Île-du-Prince-Édouard a été admise dans le Dominion du Canada le 1<sup>er</sup> juillet 1873, conformément à l'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> S.R.C. 1970, Appendices, p. 291.

<sup>50</sup> 146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très honorable Conseil privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-Neuve, de l'Île du Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, d'admettre ces colonies ou provinces, ou l'une quelconque d'entre elles, dans l'Union, et, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'Union, aux termes et conditions, en chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément aux présentes. Les dispositions de tous arrêtés en conseil rendus à cet égard auront le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

The Terms of Union which are the subject of the controversy in this case are those respecting the ferry service to be established and maintained between the Island and the mainland. They are contained in a provision respecting the responsibility of the Dominion for certain public services. This provision, which appears in the Schedule to the Order in Council, reads as follows:

That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.:—

- The salary of the Lieutenant Governor;
- The salaries of the Judges of the Superior Court and of the District or County Courts when established;
- The charges in respect of the Department of Customs;
- The Postal Department;
- The protection of the Fisheries;
- The provision for the Militia;
- The Lighthouses, Shipwrecked Crews, Quarantine and Marine Hospitals;
- The Geological Survey;
- The Penitentiary;
- Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion;
- The maintenance of telegraphic communication between the Island and the mainland of the Dominion;
- And such other charges as may be incident to, and connected with, the services which by the "British North America Act, 1867," appertain to the General Government, and as are or may be allowed to the other Provinces;

The Province's amended statement of claim contains the following allegations with respect to the ferry service assumed by the Dominion in fulfillment of the Terms of Union and the breach of duty which is the foundation of the action:

6. In fulfillment of the above term or condition, and subject to the hereinafter mentioned breach, the Federal Government established and maintained a ferry service between the Port at Borden, Prince Edward Island, and the Port at Cape Tormentine, New Brunswick, which said ferry service operates Winter and Summer. The ferries plying between the two ports are owned and operated by the Federal Government although latterly they have operated through the agency of the Canadian National Railways.

7. In violation of the obligation on the Federal Government to assume and defray the cost of efficient and continuous communication between Prince Edward Island and the mainland of the Dominion the ferry service between Borden and Cape Tormentine ceased to operate from 6:00 a.m. on the 21st

Les conditions de l'Union qui font l'objet du présent litige sont celles qui ont trait au service de traversiers à établir et maintenir entre l'Île et les côtes du Canada. Ces conditions se retrouvent dans une disposition, contenue dans la cédula de l'arrêté en conseil, touchant la responsabilité du Canada à l'égard de certains services publics.

[TRADUCTION] Que le gouvernement du Canada assumera la responsabilité et supportera tous les frais des services suivants:\*

- Le traitement du lieutenant-gouverneur;
- Les traitements des juges de la Cour Suprême et des juges des cours de district ou de comté, quand ces cours seront établies;
- Les frais d'administration des douanes;
- Le service postal;
- La protection des pêcheries;
- Les dépenses de la milice;
- Les phares, équipages naufragés, quarantaine et hôpitaux de marine;
- L'exploration géologique;
- Le pénitencier;
- Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada;
- L'entretien de communications télégraphiques entre l'Île et la terre ferme du Canada.
- Et telles autres dépenses relatives aux services qui, en vertu de «l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867», dépendent du gouvernement général, et qui sont ou pourront être alloués aux autres provinces.

Les deux paragraphes suivants, extraits de la déclaration modifiée de la province, font état d'une part, du service de traversiers dont le Canada a assumé la responsabilité en exécution des conditions de l'Union et, d'autre part, du manquement à ce devoir qui constitue le fondement de l'action:

[TRADUCTION] 6. En exécution de la condition précitée et exception faite de l'inobservation mentionnée ci-après, le gouvernement fédéral a établi et maintenu, pendant l'été et l'hiver, un service de traversiers entre le port de Borden (Île-du-Prince-Édouard) et le port de Cap Tourmentin (Nouveau-Brunswick). Le gouvernement fédéral est propriétaire des traversiers qui font la navette entre ces deux ports et exploitait ce service qui, dans les derniers temps, a été assuré par un mandataire, soit la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

7. Le service de traversiers entre Borden et Cap Tourmentin a été interrompu de 6h le 21 août 1973 à 6h le 22 août 1973 et de 18h30 le 23 août 1973 à 3h le 2 septembre 1973 et ce, contrairement aux obligations du gouvernement fédéral selon lesquelles ce dernier doit assumer la responsabilité et supporter

\*La version française de ce paragraphe donnée dans les S.R.C. 1970, Appendices, p. 295, est la suivante: «Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants».

day of August, A.D. 1973 until 6:00 a.m. at the 22nd day of August, 1973 and also from the hour of 6:30 p.m. on the 23rd day of August, A.D. 1973 to the hour of 3:00 a.m. on the 2nd day of September, A.D. 1973.

This stoppage of some 10 days and 8½ hours in the ferry service resulted from a nation-wide strike in the Canadian National Railway system.

The Province claims damage for loss and expense specified in paragraphs 9 and 10 of its amended statement of claim as follows:

9. The loss and expense incurred by the Province as a result of the stoppage in the ferry service is as follows:

(a) wages and expenses for overtime employees of the Province in dealing with the emergency situation in handling the large number of tourists stranded in the Province due to the stoppage in ferry service;

(b) other and miscellaneous expenses of the Province through the advertising media, telephone and telegram services in keeping the public abreast of the ferry situation;

(c) the Province is dependent on its tourist industry as a major source of its revenue and as a result of the aforementioned stoppage in the ferry service its tourist industry for the 1973 year came to an abrupt halt thereby causing the Province to lose revenue from the following sources:

- (i) loss of revenue from sales tax;
- (ii) loss of revenue from gasoline tax;
- (iii) loss of revenue from entertainment tax;
- (iv) loss of revenue from the profits realized through the sale of liquor in the Province.

In addition to the above mentioned items of loss, the Province contends that its reputation in the tourist industry has suffered severe reverses which will affect the number of tourists coming to the Province in subsequent years thereby causing the Province to lose revenue derived from the sources set out in paragraph 9(c).

10. By reason of the loss already incurred and by reason of the diminution in the Province's reputation as a tourist province, which will cause further loss, the Province has suffered loss and expense and will suffer further loss.

At the trial it was agreed that the Court should give judgment first on the question of liability by a determination of the following issues:

1. Was there a breach of statutory duty on the part of the Dominion Government?
2. Does the breach give rise to an action for damages?

and that the following questions should be reserved for subsequent determination if the Court found that there was liability:

tous les frais d'un service de communication convenable et continu entre l'Île-du-Prince-Édouard et les côtes du Canada.

a Cette interruption d'une durée de 10 jours et 8½ heures était due à une grève nationale du réseau des chemins de fer nationaux.

b La province réclame des dommages-intérêts à la suite des pertes et frais indiqués aux paragraphes 9 et 10 de la déclaration modifiée:

[TRADUCTION] 9. Les pertes et frais subis par la province à la suite de l'interruption du service de traversiers sont établis comme suit:

c a) les salaires et les frais de surtemps des employés surnuméraires provinciaux au cours de l'état d'urgence créé par le grand nombre de touristes bloqués sur l'Île à la suite de l'interruption du service de traversiers;

d b) les autres frais divers que la province a consacrés à la publicité, aux appels téléphoniques et à l'envoi de télégrammes en vue de tenir le public au courant de la situation touchant le service;

e c) l'une des principales sources de revenus de la province est le tourisme mais à la suite de l'interruption susmentionnée du service de traversiers, cette industrie a subi une régression soudaine en 1973, ce qui a eu comme résultat de faire perdre à la province des revenus provenant de sources telles que:

- (i) la taxe sur les ventes;
- (ii) la taxe sur l'essence;
- (iii) la taxe sur les spectacles;
- (iv) les profits réalisés sur la vente de boissons alcooliques dans la province.

f En outre, la province soutient que sa réputation en matière d'industrie touristique a été fortement atteinte, ce qui aura un effet néfaste sur le nombre de touristes se rendant dans la province et lui causera une perte de revenus provenant des sources exposées dans le paragraphe 9c).

g 10. La province a subi des pertes et des frais et subira d'autres pertes à cause de sa réputation quelque peu ternie à titre de province touristique.

h Au cours de l'audition sur le fond, les parties se sont mises d'accord pour que la Cour statue en premier lieu sur la question de la responsabilité en se prononçant sur les points litigieux suivants:

- i 1. Y a-t-il de la part du gouvernement du Dominion inexécution d'un devoir statutaire?
2. Ce manquement donne-t-il lieu à une action en dommages-intérêts?

j et pour que les deux questions suivantes soient remises à plus tard, selon la décision sur la question de la responsabilité:

3. Does the statute contemplate the type of damages complained of?

4. Quantification.

To facilitate the disposition of the action the parties submitted an agreed statement of facts concerning the establishment and maintenance of the ferry service and the political settlement of certain claims by the Province for alleged non-fulfilment of Canada's obligation with respect to the service. The agreed statement of facts discloses, among other things, that the Government of Canada has for many years made the necessary arrangements to provide a ferry service between the Island and the mainland, and that on at least two occasions claims by the Province for alleged non-fulfilment of the Terms of Union respecting the ferry service have been presented by memorial to the Government of Canada and settled by agreement between the two governments; and it contains the following paragraphs with respect to the two ferry services being operated between the Island and the mainland when the strike occurred:

12. The Dominion has employed Northumberland Ferries Limited to operate a ferry service on its behalf between Wood Island, Prince Edward Island to Caribou, Nova Scotia and paid a subsidy for such service.

13. The Dominion has since the year 1923, employed the Canadian National Railway to operate a ferry service on its behalf between Port Borden, Prince Edward Island and Port Cape Tormentine, New Brunswick with vessels supplied by it. From the year 1945 to the 2nd day of September, A.D. 1973, there was a continuous service provided except for five stoppages. For nine days in 1950, five days in 1966, and nine days in 1973, there were stoppages due to strikes which occurred after all of the steps that are required to be taken by the Canada Labour Code had been taken. In the fall of 1969, for eight hours, and again in April, 1973 for four hours, there were stoppages which occurred when Deck Officers walked out for study sessions. At the time of the strike which occurred during the time mentioned in paragraph 7 of the Amended Statement of Claim, which strike was a general railway strike, during which no railway service was provided, the regular schedule, as evidenced by Exhibit "F" attached hereto, was not in effect. The schedule which was in effect both before and after the stoppage complained of in paragraph 7 of the Amended Statement of Claim provided an efficient service.

The parties further agreed upon the following facts:

1. During the material time, there was a continuous air service to and from Prince Edward Island, on a scheduled basis, carrying passengers;

3. La loi vise-t-elle le genre de dommages en question?

4. Évaluation des dommages.

Pour faciliter le règlement de cette action, les parties ont produit un exposé conjoint des faits touchant l'établissement et le maintien du service de traversiers et le règlement politique de certaines réclamations présentées par la province en raison d'une prétendue inexécution de l'obligation du Canada d'assurer ledit service. L'exposé conjoint des faits révèle, notamment, que le gouvernement du Canada a, pendant plusieurs années, conclu les ententes nécessaires afin d'assurer un service de traversiers entre l'Île et le continent, et qu'à deux reprises au moins, la province a fait des réclamations par le biais de mémoires présentés au gouvernement du Canada, en raison de la prétendue inexécution des conditions de l'Union touchant le service de traversiers et que ces questions ont été réglées par des accords conclus entre ces deux gouvernements. Les paragraphes suivants de l'exposé conjoint des faits traitent des deux services de traversiers qui étaient assurés entre l'Île et le continent au moment où la grève a été déclenchée:

[TRADUCTION] 12. Le Dominion a confié à Northumberland Ferries Limited l'exploitation en son nom d'un service de traversiers entre Wood Island (Île-du-Prince-Édouard) et Caribou (Nouvelle-Écosse) et a versé des subsides pour ces services.

13. Depuis 1923, le Dominion a confié à la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada l'exploitation en son nom d'un service de traversiers entre le port de Borden (Île-du-Prince-Édouard) et le port de Cap Tourmentin (Nouveau-Brunswick), les bateaux étant fournis par le Dominion. De 1945 jusqu'au 2 septembre 1973 le service fut assuré de façon continue à l'exception de cinq interruptions. Les interruptions de neuf jours en 1950, de cinq jours en 1966 et de neuf jours en 1973, étaient dues à des grèves déclenchées à l'issue de toutes les procédures imposées par le Code canadien du travail. Il y eut deux autres interruptions, huit heures à l'automne 1969 et quatre heures en avril 1973, lorsque des officiers de pont quittèrent leur poste pour des sessions d'étude. Durant la grève qui eut lieu aux époques mentionnées dans le paragraphe 7 de la déclaration modifiée (il s'agissait d'une grève générale des employés de chemins de fer, qui interrompit totalement les services de transport par chemins de fer) l'horaire régulier, comme en fait foi la pièce «F» ci-annexée, n'était pas en vigueur. L'horaire en vigueur avant et après l'interruption mentionnée au paragraphe 7 de la déclaration modifiée assurait un service convenable.

De plus, les parties se sont mises d'accord sur les faits suivants:

[TRADUCTION] 1. Aux époques pertinentes, le transport des passagers était assuré par un service aérien continu entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent, selon un horaire fixe;

2. At all material times, there was a mail service to and from the island;
3. The scheduled ferry service between Wood Island, Prince Edward Island, and Caribou, Nova Scotia, was maintained during all material times.

The Trial Division held that there was a breach of statutory duty by the Government of Canada but that it did not give rise to an action for damages. It pronounced judgment in the following terms:

The breach of the statutory duty upon Her Majesty the Queen in the right of Canada does not give rise to an action for damages for that breach at the suit of Her Majesty the Queen in the right of the Province of Prince Edward Island.

The plaintiff is, therefore, not entitled to judgment for the relief sought in Her statement of claim.

Each party shall bear its own costs.

Canada appeals against the determination that there was a breach of statutory duty, and Prince Edward Island cross-appeals against the determination that it does not give rise to liability in damages.

Prince Edward Island invokes the jurisdiction of the Federal Court to determine a controversy between Canada and a province which is conferred by section 19 of the *Federal Court Act* in the following terms:

19. Where the legislature of a province has passed an Act agreeing that the Court, whether referred to in that Act by its new name or by its former name, has jurisdiction in cases of controversies,

- (a) between Canada and such province, or  
 (b) between such province and any other province or provinces that have passed a like Act,

the Court has jurisdiction to determine such controversies and the Trial Division shall deal with any such matter in the first instance.

The Province adopted the necessary enabling legislation for purposes of this jurisdiction in 1941 by the *Judicature Act Amendments, 1941*, S.P.E.I. c. 16, s. 11. It is now contained in *The Judicature Act*, R.S.P.E.I. 1951, c. 79, s. 40, as replaced by S.P.E.I. 1973, c. 13, s. 5.

The constitution of Canada, of which the Order in Council admitting Prince Edward Island into the Union forms part, attributes rights and obligations to Canada and the Provinces as distinct

2. A toutes les époques pertinentes, le service postal entre l'Île et le continent a été maintenu;
3. Le service régulier de traversiers entre Wood Island (Île-du-Prince-Édouard) et Caribou (Nouvelle-Écosse) a été maintenu durant toutes les époques en cause.

a La Division de première instance a statué qu'il y avait eu manquement au devoir statutaire attribué au gouvernement du Canada, mais que ce manquement ne donnait pas lieu à une action en dommages-intérêts. La Cour a prononcé son jugement dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le manquement au devoir statutaire attribué à Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts à l'instance de Sa Majesté la Reine, du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard.

c La demanderesse n'a donc pas droit à un jugement pour le redressement qu'elle demande dans sa déclaration.

Chaque partie se chargera de ses propres frais.

d Le gouvernement du Canada interjette appel de la décision selon laquelle il y a eu un manquement à un devoir statutaire et le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard forme un appel incident de la décision voulant que ce manquement ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts.

e L'Île-du-Prince-Édouard invoque la compétence de la Cour fédérale, conférée par l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de juger un litige entre le Canada et une province:

f 19. Lorsque l'assemblée législative d'une province a adopté une loi reconnaissant que la Cour, qu'elle y soit désignée sous son nouveau ou son ancien nom, a compétence dans les cas de litige

- g a) entre le Canada et cette province, ou  
 b) entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi au même effet,

la Cour a compétence pour juger ces litiges et la Division de première instance connaît de ces questions en première instance.

h La province a adopté, en 1941, la disposition habilitante visant à conférer à la Cour cette compétence, soit l'article 11 de la *Judicature Act Amendments, 1941*, S.Î.-P.-É. 1941, c. 16. Cette disposition se retrouve maintenant dans *The Judicature Act*, S.R.Î.-P.-É. 1951, c. 79, art. 40, modifié par l'art. 5, S.Î.-P.-É. 1973, c. 13.

i La constitution du Canada, dont fait partie l'arrêté en conseil admettant l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union, donne au Canada et aux provinces des droits et des obligations en leur qualité de

entities, however these entities and their precise relationship to such rights and obligations should be characterized. Section 19 of the *Federal Court Act* and the necessary provincial enabling legislation create a jurisdiction for the determination of controversies between these entities, involving such rights and obligations among others. Like the Chief Justice, I am, with respect, of the opinion that neither the doctrine of the indivisibility of the Crown nor that of Crown immunity, whether processual or substantive, should be an obstacle to a determination of intergovernmental liability under this provision, which clearly contemplates that Canada and the provinces are to be treated in law as separate and equal entities for purposes of the determination of a controversy arising between them. The term "controversy" is broad enough to encompass any kind of legal right, obligation or liability that may exist between governments or their strictly legal personification. It is certainly broad enough to include a dispute as to whether one government is liable in damages to another. It is not clear whether the judicial power conferred by section 19 includes the power to award consequential as well as declaratory relief, but I assume, given the nature of the parties to a controversy, that what was contemplated was a declaration. The proceedings in the present case are brought as an action for damages by Her Majesty the Queen in the right of Prince Edward Island against Her Majesty the Queen in the right of Canada but since the proceedings are clearly intended to invoke the jurisdiction of the Court under section 19 the style of cause and the nature of the relief sought are in my respectful opinion matters of form that should not be permitted to defeat the substance and merits of the claim. I can see no reason why the proceedings should not be treated broadly as a claim for a determination or declaration by the Court that the Province is entitled to be compensated in damages for the alleged breach of duty by Canada.

personnes juridiques distinctes. Toutefois, la nature de ces entités et celle de leurs obligations et leurs droits respectifs doivent être précisées. L'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* et la disposition habilitante voulue adoptée par la province confèrent à la Cour compétence pour juger des litiges entre le gouvernement du Canada et celui d'une province, litiges qui peuvent porter, entre autres, sur ces droits et ces obligations. A l'instar du juge en chef, je suis d'avis, en toute déférence, que ni la doctrine de l'indivisibilité ni celle de l'immunité de la Couronne, que ce soit du point de vue de la procédure ou du droit positif, ne doivent empêcher de statuer sur la responsabilité intergouvernementale aux termes de cette disposition qui prévoit clairement que le Canada et les provinces doivent être traités comme des personnes juridiques distinctes et égales lorsqu'il s'agit de juger un litige qui a pris naissance entre elles. Le terme «litige» a un sens assez général pour embrasser tout genre de droit, d'obligation ou de responsabilité qui peut exister entre les gouvernements ou leur personification juridique stricte. Le terme est certainement assez général pour comprendre un litige portant sur la question de savoir si un gouvernement est passible de dommages-intérêts envers un autre. Il n'est pas clair que le pouvoir judiciaire conféré par l'article 19 comprenne le pouvoir d'accorder une réparation supplémentaire de même qu'un jugement déclaratoire mais je présume, compte tenu de la nature des parties au litige, que c'était un jugement déclaratoire qui était envisagé. Les procédures en l'espèce ont revêtu la forme d'une action en dommages-intérêts intentée par Sa Majesté la Reine, du chef de l'Île-du-Prince-Édouard, contre Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, mais puisque les procédures ont été clairement intentées aux fins d'invoquer la compétence de la Cour en vertu de l'article 19, l'intitulé de la cause et la nature du redressement sollicité sont, à mon humble avis, des questions de forme qui ne devraient pas annuler le fond de la réclamation. Je ne vois aucune raison pour ne pas considérer l'action comme étant de façon générale, une demande de redressement visant à obtenir de la Cour une décision ou un jugement déclaratoire selon lequel la province a droit à des dommages-intérêts en raison de la prétendue inexécution par le Canada de son devoir.

In so far as the question of jurisdiction is concerned, I agree with the Chief Justice that it is not such as to require the Court to raise it *proprio motu*. On the appeal and cross-appeal there was no issue raised with respect to the constitutional foundations of section 19 of the *Federal Court Act* and the provincial enabling legislation, or with respect to the assumption that, in so far as the validity and scope of section 19 must, as federal legislation, rest on section 101 of *The British North America Act, 1867* (a matter that is not beyond argument), the application of the jurisdiction in the present case involves the administration of the laws of Canada within the meaning of section 101. Like the Chief Justice I am, with respect, of the opinion that there is nothing in the decisions of the Supreme Court of Canada in the *Quebec North Shore*<sup>51</sup> and *McNamara Construction*<sup>52</sup> cases that prevents us from proceeding on the assumption that the Trial Division has jurisdiction under a statutory provision which recognizes rights of action that would otherwise be unenforceable, in a case which involves the application of a provision of the constitution of Canada to the determination of the liability of Canada.

The precise nature of the obligation with respect to the ferry service is somewhat elusive. This is partly because of the Terms of Union themselves and partly because of the subsequent conduct of the parties as disclosed by the agreed statement of facts. On its face the obligation is to assume and defray the expense of a ferry service of a certain character. It is not clearly indicated which of the two governments is to assume the initiative and responsibility for establishing and maintaining the service. It is, I think, however, a reasonable inference, if not a necessary implication, that of the two, that government which has assumed the financial responsibility is to have the right, if not the obligation, of making the necessary arrangements for the establishment and maintenance of the service. That is, as the history shows, how the Government of Canada has chosen to perform its obligation, not only with the approval of, but at

<sup>51</sup> *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.* [1977] 2 S.C.R. 1054.

<sup>52</sup> *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen* [1977] 2 S.C.R. 654.

En ce qui a trait à la question de la compétence, je souscris à l'opinion du juge en chef selon laquelle la Cour n'a pas à soulever cette question de son propre chef. Au cours de l'appel et de l'appel incident, aucun point litigieux n'a été soulevé relativement au fondement constitutionnel de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la disposition habilitante adoptée par la province ou relativement à l'hypothèse selon laquelle, dans la mesure où la validité et la portée de l'article 19, en tant que disposition d'une loi fédérale, doivent reposer sur l'article 101 de l'*A.A.N.B., 1867* (une question qui peut faire l'objet de débats), l'application de la compétence dans la présente cause met en jeu l'administration des lois du Canada au sens de l'article 101. A l'instar du juge en chef je suis d'avis, en toute déférence, que rien dans les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Quebec North Shore*<sup>51</sup> et *McNamara Construction*<sup>52</sup> ne nous empêche de poursuivre les procédures en prenant pour acquis que la Division de première instance a compétence en vertu d'une disposition statutaire qui reconnaît le droit d'ester qui serait, d'autre part, inopérant, dans une cause qui met en jeu l'application d'une disposition de la constitution du Canada aux fins de décider de la responsabilité de ce dernier.

La nature précise de l'obligation relativement au service de traversiers est quelque peu insaisissable. Cela est dû en partie aux conditions de l'Union elles-mêmes et en partie à la conduite subséquente des parties, comme l'a démontrée l'exposé conjoint des faits. A la lecture de celui-ci, l'obligation consiste à assumer la responsabilité et supporter tous les frais d'un service de traversiers d'un certain genre. Il n'est pas précisé clairement lequel des deux gouvernements doit prendre l'initiative et la responsabilité de l'établissement et du maintien d'un tel service. A mon avis, cependant, on peut raisonnablement déduire, sinon y voir une conséquence nécessaire, que des deux gouvernements, c'est celui qui a assumé la responsabilité financière qui aura le droit, sinon l'obligation, de conclure les accords nécessaires à l'établissement et au maintien de ce service. Comme l'histoire le démontre, c'est la façon qu'a choisie le gouvernement du

<sup>51</sup> *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée* [1977] 2 R.C.S. 1054.

<sup>52</sup> *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine* [1977] 2 R.C.S. 654.

the repeated insistence of, the Province. The same is true of the nature of the ferry service to be provided. In strict terms the obligation refers to the conveyance of "mails and passengers" and not vehicles. The evident purpose of the obligation, however, is that the Island should be placed in effective communication with the mainland, and with the passage of time that object could only be served by a ferry service that would convey not only passengers but their vehicles as well. The record shows that this is what the Government of Canada judged to be necessary or appropriate in the performance of its obligation.

I confess, however, to some difficulty in finding a precise legal basis for an obligation of the nature and scope of that which the Government of Canada has apparently assumed. It may well be that Canada has assumed, as a matter of political or constitutional policy, a responsibility that extends beyond the strictly legal limits of the one that was imposed on it by the Terms of Union. I am not certain that the principle of *contemporanea exposito* properly applies to what has occurred. Nor am I satisfied that the issue can be disposed of by a broad assertion that the terms upon which Prince Edward Island was admitted into the Union, like other provisions of the constitution, must be interpreted in the light of changing conditions so as to fulfil the evident purpose for which they were designed. I am in agreement, however, with the Chief Justice that the issue must be considered to be concluded in the present case by the manner in which the appeal must be disposed of as a result of the basis on which the Attorney General of Canada chose to attack the judgment appealed from.

Under the heading "Errors in Judgment Appealed From" in his memorandum of fact and law the Attorney General of Canada formulated a single ground of attack: "that the learned trial judge erred in holding that a ferry service, which was acknowledged to be an efficient service, had become an inefficient service during a 10-day and 8½-hour period when there was a general strike by

Canada de remplir son obligation, non seulement avec la permission de la province mais encore devant l'insistance répétée de cette dernière. On peut dire la même chose de la nature du service de traversiers à être assuré. En termes stricts, l'obligation fait référence au transport des «malles et passagers» et non des véhicules. Le but évident de l'obligation, cependant, est d'assurer une communication satisfaisante entre l'Île et le continent et, avec le temps, cette obligation ne pouvait être remplie que par un service de traversiers qui transporterait non seulement les passagers mais encore leurs véhicules. Le dossier démontre que c'est là l'attitude que le gouvernement du Canada a jugé nécessaire ou approprié de prendre afin de remplir son obligation.

J'admets, cependant, éprouver quelque difficulté à trouver le fondement légal précis d'une obligation de la nature et de la portée de celle que le gouvernement du Canada a apparemment assumée. Il se peut très bien que le Canada ait assumé, comme mesure politique ou constitutionnelle, une responsabilité qui s'étend au-delà des limites strictement juridiques de la responsabilité qui lui a été imposée par les conditions de l'Union. Je ne suis pas certain que la règle d'interprétation *contemporanea exposito* s'applique, de façon appropriée, aux faits en l'espèce. De plus, je ne suis pas convaincu que le litige peut être réglé en affirmant, de façon générale, que les conditions de l'admission de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union, comme certaines autres dispositions de la constitution, doivent être interprétées en tenant compte de l'évolution des conditions sociales de manière qu'elles puissent remplir le but visé. Je souscris, toutefois, à l'opinion du juge en chef selon laquelle le présent litige doit être considéré comme réglé par la décision qu'il faut rendre dans cet appel en fonction du moyen invoqué par le procureur général du Canada pour attaquer le jugement en appel.

Sous l'intitulé [TRADUCTION] «Erreurs dans le jugement dont appel est interjeté» le procureur général du Canada, dans son exposé des faits et du droit, n'a énoncé qu'un seul moyen d'appel, à savoir [TRADUCTION] «que le savant juge de première instance a eu tort de statuer qu'un service de traversiers, reconnu comme un service efficace, est devenu inefficace pendant 10 jours et 8h½ du fait

the employees of the operator with the consequence that the services provided by the other ferryman were inadequate". In the course of his argument in support of this contention he did make two submissions as to the nature and scope of the obligation with respect to the ferry service. The first was that the obligation is an obligation to assume and defray the expense of a ferry service of a certain character and not an obligation to operate such a service. The second was that the service required by the Terms of Union is one that would place passengers in continuous communication with the railway system of the Dominion rather than one that would carry not only passengers but their vehicles as well, and that since the railway system was not operating during the period of the strike there could not be a failure to perform this obligation. But these submissions were not made the basis of a clear and specific ground of attack on the judgment appealed from. There was no clearly formulated challenge to the conclusion of the Trial Division that the obligation of the Government of Canada, as construed in the light of the manner in which Canada had chosen to perform the obligation for many years, is to provide a ferry service that will carry vehicles as well as passengers. In effect, the Attorney General of Canada did not press these submissions. The essential argument on the appeal, as I understood it, was that Canada has an obligation to provide a service of a certain general character but not an obligation to operate such a service without interruption. There is a sense in which a service may be generally efficient despite occasional stoppages or interruptions. But "efficient" in the Terms of Union does not simply mean a service that is so organized as to be capable of maintaining continuous communication between the Island and the mainland. It must in fact produce that result. The efficiency of the service is to be judged with regard to its operation. Whether a particular stoppage or interruption of the service is such that the service cannot for that period of time be considered to be an efficient one within the meaning of the Terms of Union is a question of fact—a matter of degree. The Trial Division held that in all the circumstances the ferry service was wholly inadequate to meet the requirements for transportation during the period of the strike and as such had ceased to be an efficient service for that period. Like the

d'une grève générale des employés de l'exploitant, qui a eu comme conséquence que les services fournis par l'autre exploitant d'un service de traversiers se sont révélés insuffisants. Pour appuyer cette thèse, il a fait valoir, au cours de sa plaidoirie, deux propositions quant à la nature et à l'étendue de l'obligation portant sur le service de traversiers. La première proposition voulait que l'obligation soit une obligation d'assumer la responsabilité et de supporter tous les frais d'un service de traversiers d'un certain genre et non une obligation d'exploiter un tel service. La seconde proposition voulait que le service exigé par les conditions de l'Union en soit un qui assurerait, aux passagers, une communication continue avec le réseau de chemins de fer du Canada plutôt qu'un service qui, en plus de transporter des passagers, transporterait également leurs véhicules et qu'étant donné que le réseau de chemins de fer ne fonctionnait pas durant la grève, il ne pouvait y avoir défaut d'exécuter cette obligation. Mais il n'a pas fait de ces propositions le fondement d'un moyen clair et spécifique d'attaque contre le jugement porté en appel. La conclusion de la Division de première instance selon laquelle l'obligation du gouvernement du Canada, interprétée par la façon que le Canada a choisie d'exécuter, pendant plusieurs années, son obligation, consiste à fournir un service de traversiers qui transportera les véhicules aussi bien que les passagers, n'a pas fait l'objet d'une contestation clairement énoncée. En fait, le procureur général du Canada n'a pas mis l'accent sur ces propositions. L'argument essentiel invoqué en appel, si je l'ai bien compris, est que le Canada a une obligation de fournir un service de type général mais non une obligation d'exploiter un tel service sans interruption. Un service peut être assuré de façon généralement convenable malgré des interruptions ou des arrêts occasionnels. Mais le mot «convenable» contenu dans les conditions de l'Union ne signifie pas simplement un service organisé au point de pouvoir maintenir une communication continue entre l'Île et le continent. Ce service doit, en fait, produire ce résultat. L'efficacité du service se juge eu égard à son exploitation. La question de savoir si une interruption ou un arrêt précis du service est tel que le service ne peut, durant cette période, être considéré comme convenable au sens des conditions de l'Union est une question de fait, d'appréciation. La Division de

Chief Justice I can see no basis for interfering with that finding of fact.

The Attorney General of Canada contended that the obligation with respect to the ferry service is a political obligation. He relied particularly on what was said by certain judges of the High Court of Australia in *The State of South Australia v. The Commonwealth of Australia* (1962) 108 C.L.R. 130. That was an action for a declaration that there had been a breach of an intergovernmental agreement for the standardization of certain lines of railway by conversion of their gauge. A majority of the Court held that there had not been a breach of the agreement. Certain members of the Court expressed the view that the parties had not intended to create legal obligations cognizable in a court. I do not think the distinctions reflected in these opinions have application to the obligation created by the Order in Council which admitted Prince Edward Island into the Union. Although the Order in Council gave effect to an agreement of a high political or constitutional nature it was an enactment having the effect of a statute. While the rights and obligations created by it were attributed to the Dominion and the Province, entities not recognized as having juridical personality at common law, and the precise nature of these rights and obligations and the relationship of the federal and provincial governments to them turn on concepts peculiar to our monarchical form of constitution, it cannot be doubted that they were intended to be legal rights and obligations. The same is true of the provisions in sections 102 and following of *The British North America Act, 1867*, which attribute rights and obligations to Canada and the provinces. A controversy involving such rights and obligations is justiciable under section 19 of the *Federal Court Act* since it is one that arises between Canada and a province, and it can be determined on the basis of recognized legal principles. See *Dominion of Canada v. Province of Ontario* [1910] A.C. 637 at p. 645. It is not a controversy that "requires for its settlement the application of political as distinguished from judicial considerations". See *The*

première instance a jugé qu'à toutes les époques en cause, le service de traversiers ne pouvait absolument pas répondre aux besoins du transport durant la grève et, comme tel, avait cessé d'être un service convenable pendant cette période. A l'instar du juge en chef, je ne vois aucun motif pour mettre obstacle à cette conclusion de fait.

Le procureur général du Canada a prétendu que l'obligation portant sur le service de traversiers est une obligation politique. Il s'est précisément appuyé sur les conclusions de certains juges de la Haute Cour d'Australie dans *The State of South Australia c. The Commonwealth of Australia* (1962) 108 C.L.R. 130, où il s'agissait d'une action visant à faire déclarer qu'il y avait eu inexécution d'un accord intergouvernemental visant la normalisation de certaines voies ferrées par conversion de leur écartement. La majorité de la Cour a décidé qu'il n'y avait pas eu inexécution de l'accord. D'autres membres de la Cour ont déclaré que les parties n'avaient pas eu l'intention de créer des obligations juridiques dont une cour pouvait connaître. Je n'estime pas que les distinctions reflétées dans ces opinions s'appliquent à l'obligation créée par l'arrêté en conseil aux termes duquel l'Île-du-Prince-Édouard a été admise dans l'Union. Bien que l'arrêté en conseil ait mis en vigueur un accord d'une nature hautement politique ou constitutionnelle, il a eu l'effet d'une loi. Alors que cet arrêté a conféré des droits et des obligations au Canada et à la province qui, en *common law*, ne sont pas reconnus comme des personnes juridiques, et que la nature précise de ces droits et de ces obligations et le rôle des gouvernements fédéral et provincial face à ces droits et obligations, reposent sur des concepts particuliers à la forme monarchique de notre constitution, il ne fait pas de doute qu'il devait s'agir de droits et d'obligations juridiques. On peut dire la même chose des dispositions des articles 102 et suivants de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, qui confèrent au Canada et aux provinces des droits et des obligations. Un litige mettant en cause de tels droits et obligations peut être jugé par la Cour en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* puisqu'il s'agit d'un litige entre le Canada et une province, et la Cour peut le trancher en se fondant sur des principes juridiques reconnus. Voir *Dominion du Canada c. La province de l'Ontario* [1910] A.C. 637, à la page 645.

*State of South Australia v. The State of Victoria* (1911) 12 C.L.R. 667 at pp. 674-675. The obligation with respect to the ferry service is sufficiently defined and is not one that involves the exercise of political judgment, but is rather one that, as its nature and the history show, can be carried out by non-governmental enterprise.

The question, then, is whether we should ascribe to the Order in Council an intention that the Province is entitled to be compensated for damages resulting from a breach of this legal obligation or duty by the Government of Canada. There could not, of course, have been any question at the time of the Order in Council of an intention that a breach of the duty should give rise to an action for damages since there was no forum in which an action could have been brought by the Province against Canada. See Duff J., as he then was, in *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1910) 42 S.C.R. 1 at p. 119. But this distinction between right and remedy is true of all the rights and obligations attributed by constitutional provision to these entities. I agree with the Chief Justice that what is to be looked for is an intention to create a legal right to compensation, however it is to be enforced, rather than a right of action as such. I think we are entitled to take this view since it is clearly the intention of section 19 of the *Federal Court Act* that rights and obligations that would otherwise be unenforceable for lack of a forum are now to be recognized as enforceable. The right or liability may be thought of as an inchoate or imperfect one which is perfected by the creation of a forum in which it may be enforced. Cf. Dixon J., as he then was, in *Werrin v. Commonwealth* (1938) 59 C.L.R. 150 at pp. 167-168.

The cases, such as *Cutler v. Wandsworth Stadium Ltd.* [1949] A.C. 398, which have considered whether an individual affected by a breach of statutory duty should have an action for damages, are not really of direct application to the problem

Il ne s'agit pas d'un litige dont [TRADUCTION] «le règlement nécessite l'application de considérations d'ordre politique telles qu'elles se distinguent des considérations d'ordre juridique». Voir *The State of South Australia c. The State of Victoria* (1911) 12 C.L.R. 667, aux pp. 674 et 675. L'obligation d'assurer un service de traversiers est suffisamment précise et n'est pas une obligation mettant en jeu l'exercice d'un jugement politique, mais plutôt une obligation qui, comme sa nature et l'histoire le démontrent, peut être remplie par des entreprises non gouvernementales.

La question, alors, est de savoir si l'on doit attribuer à l'arrêté en conseil une interprétation selon laquelle la province a droit d'être indemnisée à la suite de l'inexécution de cette obligation ou devoir que la loi impose au gouvernement du Canada. Bien entendu, l'arrêté en conseil, au moment où il a été édicté, ne prévoyait pas un recours en dommages-intérêts à la suite de l'inexécution du devoir puisqu'il n'y avait aucun tribunal compétent pour connaître d'une action intentée par la province contre le Canada. Voir le juge Duff, alors juge puîné, dans *La province de l'Ontario c. Dominion du Canada* (1910) 42 R.C.S. 1, à la p. 119. Mais cette distinction entre le droit et le recours s'avère exacte dans tous les cas de droits et d'obligations attribués à ces personnes juridiques par une disposition constitutionnelle. Je suis d'accord avec le juge en chef que ce qu'il faut chercher est l'intention de créer un droit strict à une indemnité, quelle que soit la manière dont il sera appliqué, plutôt qu'un droit d'ester comme tel. J'estime que nous avons le droit d'adopter ce point de vue puisque l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* donne clairement à des droits et à des obligations qui, d'autre part, seraient non exécutoires faute de tribunal compétent, une force exécutoire. Ce droit ou cette responsabilité peuvent sembler imparfaits jusqu'à ce qu'un tribunal compétent dont le rôle est de leur donner une force exécutoire, les rende parfaits. Voir le juge Dixon, alors juge puîné, dans *Werrin c. Commonwealth* (1938) 59 C.L.R. 150, aux pp. 167 et 168.

Les arrêts, tels que *Cutler c. Wandsworth Stadium Ltd.* [1949] A.C. 398, qui ont étudié la question de savoir si une personne physique touchée par l'inexécution d'un devoir statutaire a droit d'intenter une action en dommages-intérêts,

in the present case, where the duty is clearly a public one but the question is whether it is a public duty imposed in favour of the Province. I agree with the learned Trial Judge that it could not have been intended that individuals should have an action for damages for breach of the duty. But I do not think it necessarily follows from this conclusion that it could not have been intended that the Province, as distinct from individuals, should be entitled to be compensated for a breach of the duty. The Order in Council arose out of and gave effect to an agreement between Canada and Prince Edward Island. It clearly evidences an intention to create legal rights and obligations as between the two. It contains several provisions creating financial liability. The obligation with respect to the ferry service is also imposed in the context of financial liability. It is clear that the establishment and maintenance of the ferry service was an essential condition of the Union—a practical necessity. It was a matter of governmental responsibility, and the purpose of the obligation was to establish which of the two governments was to be responsible financially and otherwise for providing the service. It must have been intended that in the measure that Canada failed to perform this obligation the Province would have a right to be compensated for any expense or loss directly caused to it by such failure. The kind of damages that should be held to be contemplated by the Order in Council is, of course, another question. It is a question that was reserved for subsequent determination by the Trial Division. While I should not express an opinion on this question I must make it clear that in my view the obligation or duty is to the government of the Province, and that the implied right to compensation is for expense or loss to the government as a result of the breach of duty. I am unable to conclude that it could have been intended that there should be a claim for the adverse effects which the Province as a whole might suffer from a breach of the duty. These might well be the subject of a claim for political relief, as they were in the past, but they could not in my opinion have been intended to be the subject of a legal right.

ne s'appliquent pas véritablement au litige en l'espèce, où il s'agit manifestement d'un devoir public. La question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il s'agit d'un devoir public imposé en faveur de la province. Je souscris à l'opinion du savant juge de première instance selon laquelle l'arrêté en conseil ne visait pas à donner aux personnes physiques un droit d'action en dommages-intérêts à la suite de l'inexécution de ce devoir. Mais j'estime qu'il ne résulte pas nécessairement de cette conclusion que le législateur n'avait pas l'intention de donner à la province, en sa qualité d'entité juridique distincte des personnes physiques, le droit d'être indemnisée à la suite de l'inexécution d'un devoir. L'arrêté en conseil résulte de l'accord entre le Canada et l'Île-du-Prince-Édouard et rend ce dernier exécutoire. Il fait clairement preuve d'une intention de créer des droits et des obligations juridiques entre les deux gouvernements. Il prévoit plusieurs dispositions concernant la responsabilité financière. L'obligation d'assurer un service de traversiers entre également dans le cadre de la responsabilité financière. Il est clair que l'établissement et le maintien d'un service de traversiers constituaient une condition essentielle à l'Union, une nécessité d'ordre pratique. C'était une question de responsabilité gouvernementale et l'obligation visait à déterminer lequel des deux gouvernements aurait d'une part la responsabilité financière du service et, d'autre part, l'obligation de fournir ledit service. C'était certes l'intention du législateur de donner à la province le droit d'être indemnisée de tous frais ou pertes subis directement par elle en cas de défaut par le Canada de remplir son obligation. Le genre de dommages que vise l'arrêté en conseil constitue, bien entendu, une autre question. C'est une question qui a été remise à plus tard devant la Division de première instance. Bien qu'il ne convienne pas que j'exprime une opinion sur cette question, je dois cependant faire connaître clairement mon avis selon lequel l'obligation ou le devoir accroît au gouvernement de la province et que le droit implicite à l'indemnisation couvre les frais ou les pertes subis par le gouvernement à la suite de l'inexécution du devoir. Il m'est impossible de conclure que le but visé par l'arrêté en conseil était de donner un droit de réclamation au titre des effets néfastes que la province dans son ensemble aurait pu subir à la suite de l'inexécution du devoir. Ces conséquences pourraient valablement faire l'objet d'une réclamation d'ordre politique,

For the foregoing reasons I am of the opinion that the appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed on the terms proposed by the Chief Justice.

comme ce fut le cas dans le passé, mais à mon avis, elles ne peuvent faire l'objet d'un droit strict.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel et d'accueillir l'appel incident selon les modalités proposés par le juge en chef.