

T-1350-75

T-1350-75

**William Smith (Plaintiff)**

v.

**Attorney General of Canada (Defendant)**

Trial Division, Mahoney J.—Vancouver, October 25; Ottawa, November 4, 1977.

*Crown — Territorial extent of Canada — Yukon Territory — Submission that Yukon not ceded by Crown to Canada, and not part of Canada — Authority to construct Dempster Highway given in name of Queen in right of Canada — Whether or not Yukon properly ceded — Whether or not Queen's personal fiat required to authorize highway construction — Treaty of Paris, 1763 — The Royal Proclamation, October 7, 1763 [R.S.C. 1970, Appendix II, p. 123] — The British North America Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3, s. 146 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, p. 191] — Rupert's Land Act, 1868, 31 & 32 Vict., c. 105, ss. 2, 5 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, p. 239] — Order in Council, June 23, 1870 [R.S.C. 1970, Appendix II, p. 257] — Order in Council, July 31, 1880 [R.S.C. 1970, Appendix II, p. 301].*

The plaintiff challenges the validity of actions, taken in the name of the Queen in right of Canada, to construct the Dempster Highway, projected from Dawson City to Fort McPherson. Plaintiff's thesis is that a considerable area of what is commonly accepted as part of Canada, is not, in fact, part of Canada and that authority for the project crossing that area must be derived from the Queen's personal fiat.

*Held*, the action is dismissed. Whether acquired by conquest or settlement, the land presently comprised within the Yukon Territory was acquired by the Crown in right of Great Britain, not by King George III or any of his successors in a personal or private right. If the Yukon Territory was not comprised in the North-western Territories, which is not proved, nor in Rupert's Land, which, on the evidence, it was not, then it was included in the territory annexed to Canada by Order in Council of July 31, 1880. Although that Order in Council was not authorized by section 146 of the *B.N.A. Act*, there was no express statutory authority to bar it and the Crown in right of Great Britain did have the capacity to effect a cession of territory without legislative authority.

*Sikyea v. The Queen* (1964) 43 D.L.R. (2d) 150, [1964] S.C.R. 642, applied. *Campbell v. Hall* (1774) 98 E.R. 1045, applied. *Gordhan v. Kanji* (1875-76) 1 App. Cas. 332, applied.

ACTION.

COUNSEL:

*W. Smith* on his own behalf.  
*J. R. Haig* for defendant.

**William Smith (Demandeur)**

c.

a

**Le procureur général du Canada (Défendeur)**

Division de première instance, le juge Mahoney—Vancouver, le 25 octobre; Ottawa, le 4 novembre 1977.

*Couronne — Limites territoriales du Canada — Territoire du Yukon — Prétention que le Yukon n'a pas été cédé par la Couronne au Canada, et ne fait pas partie du Canada — L'autorisation de construire la route Dempster a été donnée au nom de la Reine du chef du Canada — Le Yukon a-t-il été régulièrement cédé? — L'autorisation personnelle de la Reine est-elle requise pour entreprendre la construction de la route? — Traité de Paris de 1763 — Proclamation royale du 7 octobre 1763 [S.R.C. 1970, Appendice II, p. 123] — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, p. 191] — Acte de la Terre de Rupert, 1868, 31 & 32 Vict., c. 105, art. 2, 5 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, p. 239] — Arrêté en conseil du 23 juin 1870 [S.R.C. 1970, Appendice II, p. 257] — Arrêté en conseil du 31 juillet 1880 [S.R.C. 1970, Appendice II, p. 301].*

Le demandeur conteste la validité des mesures prises au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada pour construire la route Dempster, projetée de Dawson City à Fort McPherson. Suivant la thèse du demandeur, une étendue considérable de ce qui est communément reconnu comme une partie du Canada, ne le serait pas et l'autorisation pour le projet traversant cette étendue doit émaner personnellement de la Reine.

*Arrêt*: l'action est rejetée. Qu'elles aient été acquises par conquête ou par établissement, les terres actuellement comprises dans les limites du territoire du Yukon ont été acquises par la Couronne du chef de la Grande-Bretagne et non pas par le Roi George III ou l'un de ses successeurs à titre personnel ou privé. Si le territoire du Yukon ne faisait pas partie des territoires du Nord-Ouest, ce qui n'est pas prouvé, ni de la Terre de Rupert, ce qui n'est pas le cas suivant la preuve présentée, alors il faisait partie du territoire annexé au Canada par l'arrêté en conseil du 31 juillet 1880. Quoique cet arrêté en conseil n'ait pas été rendu en application de l'article 146 de l'*A.A.N.B.*, il n'existe pas de disposition législative expresse pour l'interdire, et la Couronne du chef de la Grande-Bretagne avait la capacité d'effectuer une cession de territoire sans l'autorisation de la loi.

Arrêt appliqué: *Sikyea c. La Reine* (1964) 43 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 150, [1964] R.C.S. 642. Arrêt appliqué: *Campbell c. Hall* (1774) 98 E.R. 1045. Arrêt appliqué: *Gordhan c. Kanji* (1875-76) 1 App. Cas. 332.

ACTION.

AVOCATS:

j

*W. Smith* en son propre nom.  
*J. R. Haig* pour le défendeur.

## SOLICITORS:

*William Smith*, Old Crow, Y.T., on his own behalf.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant. a

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

MAHONEY J.: The plaintiff challenges the validity of actions taken in the name of Her Majesty the Queen in right of Canada to construct the Dempster Highway. That highway is presently under construction and, when complete, will run from a southerly terminus at Dawson City, Yukon Territory, in a generally northeasterly direction, to a northerly terminus at Fort McPherson, Northwest Territories. The plaintiff's thesis is that a considerable area of what is commonly accepted as part of Canada is not, in fact, part of Canada. Included in that area is the land traversed by the Dempster Highway.

Evidence adduced and argument presented by the plaintiff at the trial did not expand upon what was alleged in the application by which these proceedings were commenced and the affidavit filed in support thereof. His case may be fairly summarized as follows: (1) the land in question was, by the Treaty of Paris, 1763, surrendered by the King of France, Louis XV, to the King of Great Britain, George III;<sup>1</sup> (2) the land so surrendered became the domain of the British Monarch in his personal capacity and remains the personal domain of Her Majesty the Queen, as successor to King George III, never having been conveyed by King George III or any of his successors to the Crown in right of Canada and (3) that, accordingly, actions taken in respect of it by those acting in the name and by the authority of the Crown in right of Canada, rather than in the name and by

<sup>1</sup> ... Moreover, his Most Christian Majesty cedes and guaranties to his said Britannick Majesty, in full right, Canada, with all its dependencies, as well as the island of Cape Breton, and all the other islands and coasts in the gulph and river of St. Lawrence, and in general, every thing that depends on the said countries, lands, islands and coasts, with the sovereignty, property, possession, and all rights acquired by treaty, or otherwise, which the Most Christian King and the Crown of France have had till now over the said countries, lands, islands, places, coasts and their inhabitants . . .

## PROCUREURS:

*William Smith*, Old Crow (T.Y.), en son propre nom.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE MAHONEY: Le demandeur conteste la validité des mesures prises au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada pour construire la route Dempster. Cette route est actuellement en construction, et lorsqu'elle sera terminée, elle ira dans une direction à peu près nord-est commençant au sud à Dawson City (territoire du Yukon) pour se terminer au nord à Fort McPherson (territoires du Nord-Ouest). Suivant la thèse du demandeur, une étendue considérable de ce qui est communément reconnu comme une partie du Canada, ne le serait pas. Dans cette étendue sont comprises les terres traversées par la route Dempster.

La preuve et l'argumentation présentées par le demandeur à l'audience n'ajoutent rien au contenu de la demande introductive d'instance et de l'affidavit appuyant cette demande. L'argumentation peut être assez bien résumée comme suit: (1) par le traité de Paris de 1763, les terres en question ont été cédées par Louis XV, le Roi de France, à George III, le Roi de Grande-Bretagne;<sup>1</sup> (2) les terres ainsi cédées sont entrées dans le domaine particulier du Monarque britannique et sont restées dans celui de Sa Majesté la Reine, en qualité de successeur du Roi George III, n'ayant jamais été cédées par le Roi George III, ou par aucun de ses successeurs, à la Couronne du chef du Canada et (3) en conséquence, que les mesures prises sur ces territoires par les personnes agissant au nom et sous l'autorité de la Couronne du chef du Canada, plutôt qu'au nom et sous l'autorité de Sa Majesté à

<sup>1</sup> ... De plus, Sa Majesté Très Chretienne cede & garantit à Sa dite Majesté Britannique, en toute Propriété, le Canada avec toutes ses Dependances, ainsi que l'Isle du Cap Breton, & toutes les autres Isles, & Côtes, dans le Golphe & Fleuve S<sup>t</sup> Laurent, & generalement tout ce qui depend des dits Pays, Terres, Isles, & Côtes, avec la Souveraineté, Propriété, Possession, & tous Droits acquis par Traité, ou autrement; que le Roy Très Chretien et la Couronne de France ont eus jusqu'à présent sur les dits Pays, Isles, Terres, Lieux, Côtes, & leurs Habitans . . .

the authority of Her Majesty personally, are illegal actions. Alternatively, the same result, that is to say the requirement of the personal authorization of Her Majesty, is said to follow from provisions of The Royal Proclamation of October 7, 1763<sup>2</sup>, which, if it contemplated the Yukon Territory at all, certainly contemplated that the following provision apply to lands within it:

And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from . . . taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.

The defendant admits that all actions taken to construct the Dempster Highway have been taken in the name and by authority of Her Majesty in right of Canada and that a personal *fiat* for the particular purpose was neither sought nor received.

I am by no means satisfied that any part of what is today the Yukon Territory was, in fact, within the contemplation of either the Treaty of Paris or The Royal Proclamation. The evidence fails utterly to establish that it was and it would appear to follow from *Sikyea v. The Queen*<sup>3</sup>, which dealt with the westerly part of the Northwest Territories, that it was not. In delivering judgment for the Supreme Court of Canada in that case, Hall J. said:

On the substantive question involved, I agree with the reasons for judgment and with the conclusions of Johnson J.A. in the Court of Appeal. He has dealt with the important issues fully and correctly in their historical and legal settings, and there is nothing which I can usefully add to what he has written.

For the Court of Appeal, Johnson J.A. had held:<sup>4</sup>

The Indians inhabiting Hudson Bay Company lands were excluded from the benefit of the Proclamation, and it is doubtful, to say the least, if the Indians of at least the western part of the Northwest Territories could claim any rights under the Proclamation, for these lands at the time were *terra incognita* and lay to the north and not "to the westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West" (from the 1763 Proclamation describing the area to which the Proclamation applied).

The "Sea" above referred to was, in its context, plainly the Atlantic Ocean. If it was *terra incognita* in so far as The Royal Proclamation was

titre personnel, sont des mesures illégales. A titre subsidiaire, on arriverait au même résultat, c'est-à-dire la nécessité d'avoir l'autorisation personnelle de Sa Majesté, en se référant aux dispositions de la Proclamation royale du 7 octobre 1763<sup>2</sup>, laquelle, si elle s'appliquait au territoire du Yukon, prévoyait certainement que la disposition suivante s'applique aux terres qui en font partie:

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, . . . [de] posséder aucune terre ci-dessus réservée, . . . sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Le défendeur reconnaît que toutes les mesures prises pour la construction de la route Dempster l'ont été au nom et sous l'autorité de Sa Majesté du chef du Canada et qu'une autorisation personnelle pour les fins particulières n'a jamais été demandée ni reçue.

Je ne suis aucunement convaincu qu'il était question dans le traité de Paris ou dans la Proclamation royale d'une partie de ce qui est aujourd'hui le territoire du Yukon. La preuve n'établit aucunement qu'il en était question et il semble découler de *Sikyea c. La Reine*<sup>3</sup> qui traitait de la partie ouest des territoires du Nord-Ouest, qu'il n'en était pas question. En parlant au nom de la Cour suprême du Canada dans cette affaire, le juge Hall a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Eu égard à la question fondamentale ici en jeu, je souscris aux motifs et aux conclusions du juge d'appel Johnson en Cour d'appel. Il a parlé en détail et avec exactitude des questions importantes, compte tenu de leur contexte historique et juridique; je n'ai rien d'utile à ajouter à ce qu'il a déjà écrit.

En Cour d'appel, le juge Johnson avait déclaré:<sup>4</sup>

[TRADUCTION] Les Indiens habitant les terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson n'étaient pas visés par la proclamation; il est pour le moins douteux que les Indiens de la partie ouest des territoires du Nord-Ouest au moins, puissent revendiquer quelque droit en vertu de la proclamation, étant donné que ces terres, à cette époque, étaient *terra incognita* et étaient situées au nord et non pas «à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer», (citation de la proclamation de 1763 décrivant la région à laquelle s'appliquait celle-ci).

La «mer» mentionnée ci-dessus était, dans le contexte, évidemment l'océan Atlantique. Si ce qui est aujourd'hui le territoire du Yukon était *terra incog-*

<sup>2</sup> *Vide* R.S.C. 1970, Appendix II, p. 123 at p. 127.

<sup>3</sup> [1964] S.C.R. 642 at 646.

<sup>4</sup> (1964) 43 D.L.R. (2d) 150 at 152.

<sup>2</sup> Voir S.R.C. 1970, Appendice II, p. 123, à la p. 127.

<sup>3</sup> [1964] R.C.S. 642, à la p. 646.

<sup>4</sup> (1964) 43 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 150, à la p. 152.

concerned, today's Yukon Territory could not have been otherwise in so far as the Treaty of Paris was concerned.

However, be all that as it may, the basic proposition that the reigning monarch's relationship to overseas territorial acquisitions was in a private, rather than an official, capacity during and after the eighteenth century is unsupportable. If one accepts that the land in question was ceded by the Treaty of Paris then it plainly was acquired by conquest. That being so, among the propositions which Lord Mansfield held, in 1774, to be "too clear to be controverted", the following is particularly pertinent:<sup>5</sup>

A country conquered by the British arms becomes a dominion of the King in the right of his Crown; and, therefore, necessarily subject to the Legislature, the Parliament of Great Britain.

If it was not so ceded, it follows that the Yukon Territory was acquired by settlement sometime after the signing of the Treaty of Paris. The general legal consequences of such an acquisition were established in 1722.<sup>6</sup>

... it was said by the Master of the Rolls to have been determined by the Lords of the privy council, upon an appeal to the King in council from the foreign plantations,

1st, That if there be a new and uninhabited country found out by *English* subjects, as the law is the birthright of every subject, so, wherever they go, they carry their laws with them, and therefore such new found country is to be governed by the laws of *England*; though after such country is inhabited by the *English*, acts of parliament made in *England*, without naming the foreign plantations, will not bind them; . . .

If, as appears most probable, the land now within the Yukon Territory became British by settlement, it was at a time when the Monarch did not, by the law of England, exercise sovereignty over England in the personal or private, as opposed to institutional, capacity which the plaintiff seeks to ascribe to the Crown's sovereignty over the territory in issue.

nita en ce qui concerne la Proclamation royale, il ne pourrait pas en être autrement pour le traité de Paris.

a Cependant, pour important qu'il soit, l'argument de base voulant qu'au cours du dix-huitième siècle le lien entre le monarque régnant et les acquisitions territoriales d'outre-mer soient de nature privée, plutôt que d'avoir un caractère officiel, n'est pas fondé. Si l'on accepte que les terres en question ont été cédées par le traité de Paris, alors il est évident qu'elles ont été acquises par conquête. Cela étant, parmi les propositions que lord Mansfield avait jugées en 1774 comme étant [TRA-  
c DUCATION] «trop claires pour être contestées» la proposition suivante est particulièrement appropriée:<sup>5</sup>

d [TRADUCTION] Tout pays conquis par les forces britanniques devient un dominion du Roi, du chef de la Couronne; par conséquent, il est nécessairement assujéti à l'assemblée législative, au Parlement de la Grande-Bretagne.

e Si le territoire du Yukon n'a pas été cédé par traité ou proclamation, il a alors été acquis par établissement à une époque se situant après la signature du traité de Paris. Les effets juridiques d'une telle acquisition ont été établis en 1722.<sup>6</sup>

f [TRADUCTION] ... le Maître des rôles a déclaré que les lords du Conseil privé, lors d'un appel au Roi en conseil interjeté par des colonies, ont décidé

g *Premièrement*, que dans le cas où des sujets *anglais* découvrent un nouveau pays inhabité, et qu'étant donné que chaque sujet a, de par sa naissance le droit d'invoquer la protection des lois, alors partout où ils vont, ils transportent leurs lois avec eux, et en conséquence, ce nouveau pays découvert est gouverné par les lois d'*Angleterre*; bien que par la suite ce pays soit habité par une population *anglaise*, ces lois du Parlement d'*Angleterre* ne lieront pas cette population, si elles ne prévoient pas leur application dans les colonies; . . .

h Si, comme c'est vraisemblablement le cas, les terres maintenant situées dans le territoire du Yukon sont devenues britanniques par établissement, c'est à une époque où le monarque exerçait sur l'*Angleterre* une souveraineté institutionnelle, par opposition à une souveraineté à titre personnel ou de caractère privé que le demandeur cherche à attribuer à la souveraineté de la Couronne sur le territoire en question.

<sup>5</sup> *Campbell v. Hall* (1774) 98 E.R. 1045 at 1047.

<sup>6</sup> *Case 15—Anonymous* (1722) 24 E.R. 646.

<sup>5</sup> *Campbell c. Hall* (1774) 98 E.R. 1045, à la p. 1047.

<sup>6</sup> *Affaire 15—Anonyme* (1722) 24 E.R. 646.

Whether acquired by conquest or settlement, the land presently comprised within the Yukon Territory was acquired by the Crown in right of Great Britain not by King George III or one of his successors in any personal or private right. The evidence does not establish just when that acquisition occurred. It is, however, sufficient to find that British sovereignty over what is now the Yukon Territory was asserted and recognized internationally not later than February 28, 1825. On that date, the boundary between British and Russian America was established by treaty. What remains to be determined is whether that sovereignty was later transferred to the Crown in right of Canada.

The political entity now called Canada was created by *The British North America Act, 1867*.<sup>7</sup> By section 3 of that Act, it was provided that:

... the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick shall form and be One Dominion under the Name of Canada;

Its geographic extent was limited to what is presently the Provinces of Nova Scotia and New Brunswick and parts of the present Provinces of Quebec and Ontario. The Act provided for the addition of other British colonies to Canada including, *inter alia*, Rupert's Land and the North-western Territory.

146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, ... 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 ... 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.

Rupert's Land was the name of the territory specified in the Letters Patent, dated May 2, 1670, whereby King Charles II incorporated the Hudson's Bay Company. Nothing of the present Yukon Territory lay within Rupert's Land as defined in the Letters Patent; however, to provide for the Crown in right of Great Britain to accept the surrender of Rupert's Land so that its admission to Canada might be effected as provided in section 146, the British Parliament enacted the *Rupert's*

<sup>7</sup> 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [see R.S.C. 1970, Appendix II, p. 191].

Qu'elles aient été acquises par conquête ou par établissement, les terres actuellement comprises dans les limites du territoire du Yukon ont été acquises par la Couronne du chef de la Grande-Bretagne et non pas par le Roi George III ou l'un de ses successeurs à titre personnel ou privé. La preuve ne précise pas la date de cette acquisition. Cependant, il suffit de mentionner que la souveraineté britannique sur ce qui est maintenant le territoire du Yukon a été revendiquée et reconnue sur le plan international pas plus tard que le 28 février 1825. A cette date, la frontière entre l'Amérique britannique et russe a été établie par traité. Il reste à déterminer si la souveraineté a été plus tard cédée à la Couronne du chef du Canada.

L'entité politique actuellement appelée Canada a été créée par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. L'article 3 de cette loi prévoyait que:

... les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ne formeront qu'une seule et même Puissance sous le nom de Canada;

Son étendue géographique se limitait aux provinces actuelles de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ainsi qu'à des parties des provinces actuelles de Québec et de l'Ontario. La Loi prévoit l'admission d'autres colonies au Canada y compris, entre autres, la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest.

146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, ... 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 ... les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

La Terre de Rupert était le nom du territoire indiqué dans les lettres patentes du 2 mai 1670, par lesquelles le Roi Charles II constituait la Compagnie de la Baie d'Hudson. Aucune partie de l'actuel territoire du Yukon ne fait partie de la Terre de Rupert décrite dans les lettres patentes; cependant, afin de permettre à la Couronne du chef de la Grande-Bretagne d'accepter la cession de la Terre de Rupert pour que son admission au Canada puisse être effectuée comme prévu à l'arti-

<sup>7</sup> 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [voir S.R.C. 1970, Appendice II, p. 191].

*Land Act, 1868*<sup>8</sup>. It provided, in part, as follows:

2. For the Purposes of this Act the Term "Rupert's Land" shall include the whole of the Lands and Territories held or claimed to be held by the [Hudson's Bay Company].

5. It shall be competent to Her Majesty by any such Order or Orders in Council as aforesaid, on Address from the Houses of the Parliament of Canada, to declare that Rupert's Land shall, from a date to be therein mentioned, be admitted into and become part of the Dominion of Canada. . . .<sup>9</sup>

By Order in Council dated June 23, 1870, Rupert's Land and the North-western Territory were, effective July 15, 1870, ordered to "be admitted into and become part of the Dominion of Canada".<sup>10</sup> Both the *Rupert's Land Act* and section 146 of the *B.N.A. Act* were recited as authority for the Order in Council.

I have no evidence upon which to make a finding as to what the term "North-western Territory" meant during the years 1867 to 1870, inclusive. I have no basis upon which to conclude that it was a distinct or defined geographic entity much less, if so, upon which to define it. Rupert's Land, as described by the Letters Patent, was a definite geographic entity. Its extent, as defined by the *Rupert's Land Act*, is much less amenable to definition embracing, as it does, lands claimed, as well as held, by the Hudson's Bay Company.

There is considerable evidence drawn from the Company's archives before the Court as to its claims and activities in the present day Yukon Territory and beyond into Alaska during the first half of the nineteenth century. The post at Fort McPherson, established in 1839, controlled trade on the Peel River upstream of the McKenzie. As to the Porcupine River basin, Lapierre's House, established on the Bell River in 1842 and Fort

<sup>8</sup> 31 & 32 Vict., c. 105 (U.K.) [see R.S.C. 1970, Appendix II, p. 239].

<sup>9</sup> The "such Order or Orders in Council" referred to in section 5, are defined in section 3 which authorized acceptance of surrender of the Hudson's Bay Company's lands, etc. by Her Majesty only on certain conditions including that it be null and void unless within a month of acceptance, an Order in Council issue as contemplated by section 146 of the *B.N.A. Act*.

<sup>10</sup> *Vide* R.S.C. 1970, Appendix II, p. 257, at p. 258.

cle 146, le Parlement britannique a édicté l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868*<sup>8</sup>. Il prévoit entre autres ce qui suit:

2. Pour les fins du présent acte, l'expression «Terre de Rupert» désignera toutes les terres et territoires que [la compagnie de la Baie d'Hudson] possède ou prétend posséder.

5. Par tout ordre ou tous ordres en conseil, comme il est dit ci-haut, et sur adresses des deux chambres du parlement du Canada, il sera loisible à Sa Majesté de déclarer que la Terre de Rupert, à compter de la date y mentionnée, sera admise dans la Puissance du Canada et en fera partie. . . .<sup>9</sup>

En vertu d'un arrêté en conseil en date du 23 juin 1870, la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest ont été, à partir du 15 juillet 1870, «admis dans la Puissance du Canada et en [font] partie». <sup>10</sup> L'*Acte de la Terre de Rupert* ainsi que l'article 146 de l'*A.A.N.B.* ont été cités comme sources pour l'arrêté en conseil.

Je n'ai aucune preuve pour déterminer la signification de l'expression «territoire du Nord-Ouest» dans les années 1867 à 1870 inclusivement. Je n'ai aucune base pour conclure que ce territoire était une entité géographique déterminée ou distincte et encore moins pour définir cette entité. La Terre de Rupert, comme elle est décrite par les lettres patentes, était une entité géographique déterminée. Son étendue, comme elle est définie par l'*Acte de la Terre de Rupert*, est encore moins susceptible de définition, car selon l'Acte, elle comprend les terres que la Compagnie de la Baie d'Hudson possède ou prétend posséder.

De nombreux éléments de preuve tirés des archives de la compagnie ont été présentés à la Cour concernant les prétentions et activités de la compagnie dans ce qui est aujourd'hui le territoire du Yukon et au-delà en Alaska pendant la première moitié du dix-neuvième siècle. Le poste à Fort McPherson, qui a été établi en 1839, contrôlait le commerce sur la rivière Peel en amont du McKenzie. Quant au bassin de la rivière Porcupine, le

<sup>8</sup> 31 & 32 Vict., c. 105 (R.-U.) [voir S.R.C. 1970, Appendice II, p. 239].

<sup>9</sup> «L'ordre ou les ordres en conseil» visés à l'article 5 sont définis à l'article 3, lequel autorise l'acceptation de la cession des terres de la compagnie de la Baie d'Hudson, etc. par Sa Majesté seulement à certaines conditions, y compris celle que la cession sera nulle et de nul effet à moins que dans le délai d'un mois à compter de la date de l'acceptation, un ordre en conseil soit émis comme il est prévu par l'article 146 de l'*A.A.N.B.*

<sup>10</sup> Voir S.R.C. 1970, Appendice II, p. 257, à la p. 258.

Yukon, established at the junction of the Porcupine and Yukon Rivers in 1848, respectively intercepted its upstream and downstream trade. Fort Yukon was, in fact, some 120 miles inside Alaska and was, after the American purchase from Russia, abandoned in 1870. The surrender by the Company to the Crown that preceded the Order in Council of June 23, 1870, reserved ten acres of land at Lapierre's House, now in the Yukon Territory.<sup>11</sup>

From 1821 until 1859, the Hudson's Bay Company, then amalgamated with the North West Company, held a licence giving it exclusive right to the fur trade in British North America, other than Rupert's Land, which it enjoyed otherwise; the provinces of Canada and territory west of the Rocky Mountains. The licensed territory included the present day Yukon and the licence carried with it responsibilities for the administration of justice in the licensed territory, all pursuant to statute.<sup>12</sup> It is said that the prevailing economic philosophy in Britain and political trends in Canada were not conducive to continuation of such a trading monopoly or delegation of political authority beyond 1859. It does seem that, as a practical result of the absence in much of the territory of either trading competition or the apparatus of government, the lapse of the licence did not immediately alter the Company's *de facto* position in the territory.

It is, however, one thing to enjoy an exclusive trading licence carrying an obligation to administer justice over a given territory and quite another to hold that territory or, with any colour of right, to claim to hold it. On the evidence, I conclude that no part of the Yukon Territory, with the possible exception of lands immediately adjacent Lapierre's House, was within the contemplation of

<sup>11</sup> *Vide* R.S.C. 1970, Appendix II, p. 277.

<sup>12</sup> An Act for regulating the Fur Trade, and establishing a Criminal and Civil Jurisdiction within certain Parts of *North America*, 1 & 2 Geo. IV, c. 66 (U.K.).

comptoir Lapierre, qui a été établi sur la rivière Bell en 1842 ainsi que le Fort Yukon, qui a été établi à la jonction des rivières Porcupine et Yukon en 1848, interceptaient respectivement son commerce en amont et en aval. Le Fort Yukon était en fait à quelque 120 milles à l'intérieur de l'Alaska et a été, après son achat par les États-Unis à la Russie, abandonné en 1870. La cession par la compagnie à la Couronne qui a eu lieu avant l'arrêté en conseil du 23 juin 1870, réservait dix acres de terre pour le comptoir Lapierre, maintenant situé dans le territoire du Yukon.<sup>11</sup>

De 1821 jusqu'à 1859, la Compagnie de la Baie d'Hudson, alors fusionnée avec la Compagnie du Nord-Ouest, détenait une licence lui donnant le droit exclusif du commerce de la fourrure dans toute l'Amérique du Nord britannique, à l'exception de la Terre de Rupert, dont elle avait la jouissance d'une autre manière, les provinces du Canada ainsi que les territoires situés à l'ouest des montagnes rocheuses. Le territoire sous licence comprenait le Yukon de nos jours et la licence donnait à la compagnie la responsabilité d'administrer la justice dans le territoire sous licence, conformément à la loi.<sup>12</sup> On dit que la philosophie économique dominante en Grande-Bretagne ainsi que l'orientation politique du Canada n'ont pas favorisé la continuation d'un tel monopole commercial ou la délégation de l'autorité politique au-delà de 1859. Il semble qu'en pratique, vu l'absence dans la plus grande partie du territoire d'une concurrence commerciale ou d'un appareil gouvernemental, l'extinction des droits conférés par la licence n'a pas modifié immédiatement la position *de facto* de la compagnie dans le territoire.

Cependant, c'est une chose de jouir d'une licence exclusive de commerce comportant l'obligation d'administrer la justice sur un territoire donné, et une toute autre chose de posséder ce territoire ou, même avec une apparence de droit, de prétendre de le posséder. Me fondant sur la preuve, je conclus qu'aucune partie du territoire du Yukon, avec la seule exception possible des terres

<sup>11</sup> Voir S.R.C. 1970, Appendice II, p. 277.

<sup>12</sup> [TRADUCTION] Une Loi pour régler le commerce de la fourrure et établissant une juridiction criminelle et civile dans certaines parties de l'*Amérique du Nord*, 1 & 2 Geo. IV, c. 66 (R.-U.).

the definition of Rupert's Land set forth in section 2 of the *Rupert's Land Act*.

On July 31, 1880, in response to an address of the Houses of Parliament of Canada, Queen Victoria, by Order in Council, ordered and declared:<sup>13</sup>

From and after the first day of September, 1880, all British Territories and Possessions in North America, not already included within the Dominion of Canada, and all Islands adjacent to any such Territories or Possessions, shall (with the exception of the Colony of Newfoundland and its dependencies) become and be annexed to and form part of the said Dominion of Canada; and become and be subject to the laws for the time being in force in the said Dominion, in so far as such laws may be applicable thereto.

Plainly, if the Yukon Territory was not comprised in the North-western Territories, which is not proved, nor in Rupert's Land, which, on the evidence, it was not, then it was included in the territory annexed to Canada by that Order in Council.<sup>14</sup> Similarly, if it was comprised in neither the North-western Territory nor Rupert's Land, that Order in Council was not authorized by section 146 of the *B.N.A. Act*. No other statutory authority from which derived the power to make that Order in Council was cited to me. Neither, I must add, was any express statutory bar to making it cited. The plaintiff argues that, in the absence of statutory authority, the Order in Council of July 31, 1880, was of no effect.

In *Gordhan v. Kanji*<sup>15</sup>, the Judicial Committee of the Privy Council entertained an appeal from a decision of the High Court of Bombay based on that Court's finding that the Governor General of India in Council had, by Order in Council made January 29, 1866, without legislative authority, ceded certain British territory to the Thakoor of Bhownuggur, an independent sovereign. The *ratio decidendi* of the High Court, and their Lord-

immédiatement adjacentes au comptoir Lapierre, n'entre dans la définition de la Terre de Rupert mentionnée à l'article 2 de l'*Acte de la Terre de Rupert*.

<sup>a</sup> Le 31 juillet 1880, la Reine Victoria, en réponse à une adresse des chambres du Parlement du Canada, a, par un arrêté en conseil, ordonné et déclaré:<sup>13</sup>

<sup>b</sup> A compter du premier jour de septembre 1880, tous les territoires et possessions britanniques dans l'Amérique du Nord, ne formant pas déjà partie de la Puissance du Canada, et toutes les îles adjacentes à tels territoires ou possessions, seront (à l'exception de la colonie de Terre-Neuve et ses dépendances) annexés à la dite Puissance du Canada, et en formeront partie; <sup>c</sup> et ils deviendront et seront assujétis aux lois alors en vigueur dans la dite Puissance, en tant que ces lois pourront y être applicables.

Il est évident que si le territoire du Yukon ne faisait pas partie des territoires du Nord-Ouest, ce <sup>d</sup> qui n'est pas prouvé, ni de la Terre de Rupert, suivant la preuve présentée il n'en faisait pas partie, alors il faisait partie du territoire annexé au Canada par cet arrêté en conseil.<sup>14</sup> De même, si le territoire du Yukon ne faisait partie ni des territoires du Nord-Ouest ni de la Terre de Rupert, cet <sup>e</sup> arrêté en conseil n'a pas été rendu en application de l'article 146 de l'*A.A.N.B.* Aucune autre loi habilitante autorisant à rendre cet arrêté en conseil ne m'a été citée. Je dois également ajouter qu'aucune disposition législative expresse ne m'a été citée pouvant interdire de rendre un tel arrêté. Le demandeur soutient qu'en l'absence de loi habilitante, l'arrêté en conseil du 31 juillet 1880 est sans <sup>f</sup> effet. <sup>g</sup>

Dans *Gordhan c. Kanji*<sup>15</sup>, le comité judiciaire du Conseil privé a entendu un appel d'une décision de la Haute Cour de Bombay qui s'appuyait sur une <sup>h</sup> de ses décisions antérieures suivant laquelle le gouverneur général de l'Inde en conseil avait, par un arrêté en conseil rendu le 29 janvier 1866, et sans être autorisé par la loi, cédé une partie du territoire britannique au Thakoor de Bhownuggur, un souverain indépendant. La *ratio decidendi* de la <sup>i</sup>

<sup>13</sup> *Vide* R.S.C. 1970, Appendix II, p. 301 at p. 302.

<sup>14</sup> The colonies of British Columbia, in 1871, and Prince Edward Island, in 1873, had been admitted to the Union by Imperial Orders in Council authorized by provisions of s. 146 of the *B.N.A. Act* which I have not found it necessary to recite.

<sup>15</sup> (1875-76) 1 App. Cas. 332 at 373 ff.

<sup>13</sup> Voir S.R.C. 1970, Appendice II, p. 301, à la p. 302.

<sup>14</sup> Les colonies de la Colombie-Britannique, en 1871, et de l'Île-du-Prince-Édouard, en 1873, ont été admises dans l'Union par des arrêtés en conseil de l'Empire en application des dispositions de l'article 146 de l'*A.A.N.B.* que je n'ai pas trouvé utile de citer.

<sup>15</sup> (1875-76) 1 App. Cas. 332, aux pp. 373 et suiv.



ships' view of it, are concisely stated in the following passage from the Privy Council decision:

... the Judges of the High Court held that it was beyond the power of the British Crown, without the concurrence of the Imperial Parliament, to make any cession of territory within the jurisdiction of the British Courts in *India*, in time of peace, to a foreign power; and on that ground they made the order ... now under appeal. ... The question, whether the law thus laid down by the High Court of *Bombay* is correct, was fully and ably argued ... and their Lordships would have been prepared to express the opinion, which they might have formed upon it, if, in the result of the case, it had become necessary to do so. But having arrived at the conclusion that the present appeal ought to fail without reference to that question, they think it sufficient to state that they entertain such grave doubts (to say no more) of the soundness of the general and abstract doctrine laid down by the High Court of *Bombay*, as to be unable to advise Her Majesty to rest her decision on that ground.

Their Lordships went on to dismiss the appeal on a finding that what had in fact occurred had not been a cession of territory.

The Order in Council of July 31, 1880, effected, plainly and unequivocally, a cession of territory by the Crown in right of Great Britain. That it was not, in the ordinary concepts of the day, to a foreign power is immaterial. The issue is the capacity of the Crown in right of Great Britain in 1880 to effect the cession by Order in Council without express legislative authority. Nothing that transpired between January, 1866, and July, 1880, has been brought to my attention that would lead me to any other conclusion but that it still had the capacity at the latter date.

While I have not heretofore referred specifically to the portion of the Northwest Territories traversed by the Dempster Highway, I am satisfied that the identical considerations pertain to it as I have found to pertain to the Yukon Territory. I am entirely satisfied that the Yukon Territory generally, and the lands traversed by the Dempster Highway in both the Yukon and Northwest Territories in particular, have been validly ceded to Canada by the Crown in right of Great Britain, if not by the Order in Council of June 23, 1870, then certainly by the Order in Council of July 31, 1880. It follows that actions since taken in respect thereof in the name and by the authority of the Crown

Haute Cour ainsi que l'opinion de Leurs Seigneuries sur cette affaire, sont exposées d'une manière concise dans le passage suivant de la décision du Conseil privé:

*a* [TRADUCTION] ... les juges de la Haute Cour ont décidé que la Couronne britannique avait outrepassé ses pouvoirs en cédant en temps de paix à une puissance étrangère un territoire relevant de la juridiction des tribunaux britanniques aux *Indes* et cela sans avoir obtenu le consentement du Parlement impérial; et sur ce motif ils ont rendu l'ordonnance ... maintenant  
*b* portée en appel, ... La question, c'est-à-dire si le principe juridique qui a été établi de cette manière par la Haute Cour de *Bombay* est exact, a été débattue d'une manière exhaustive et habile ... et Leurs Seigneuries auraient été prêtes à exprimer leur opinion à ce sujet si elles avaient dû le faire. Mais étant  
*c* arrivé à la conclusion que ledit appel devait être rejeté sans qu'il soit fait référence à cette question, elles pensent qu'il est suffisant d'indiquer qu'elles entretiennent de graves doutes (pour ne pas dire davantage) sur la validité de la doctrine générale et abstraite établie par la Haute Cour de *Bombay*, au point qu'elles ne sont pas en mesure de conseiller à Sa Majesté de fonder sa décision sur ce motif.

*d* Leurs Seigneuries ont rejeté l'appel en arrivant à la conclusion que dans les faits aucune cession de territoire n'avait eu lieu.

*e* L'arrêté en conseil du 31 juillet 1880 constitue sans aucune équivoque une cession de territoire par la Couronne du chef de la Grande-Bretagne. Qu'elle n'ait pas été consentie, suivant les concepts ordinaires du jour, à une puissance étrangère est sans importance. La question porte sur la capacité  
*f* juridique de la Couronne du chef de la Grande-Bretagne en 1880 d'effectuer la cession par arrêté en conseil, sans autorisation expresse de la loi. La seule conclusion que je peux tirer des événements  
*g* survenus entre janvier 1866 et juillet 1880 qui ont été portés à mon attention, est qu'elle en avait encore la capacité juridique à cette dernière date.

*h* Jusqu'ici, je n'ai pas renvoyé spécifiquement à la partie des territoires du Nord-Ouest traversée par la route Dempster, mais je suis convaincu que les considérations que j'ai jugé applicables au territoire du Yukon sont également applicables aux territoires du Nord-Ouest. Je suis totalement convaincu que le territoire du Yukon en général ainsi  
*i* que les terres traversées par la route Dempster dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest en particulier, ont été valablement  
*j* cédés au Canada par la Couronne du chef de la Grande-Bretagne, si ce n'est pas par l'arrêté en conseil du 23 juin 1870, alors certainement par l'arrêté en conseil du 31 juillet 1880. En consé-

in right of Canada are not illegal by reason of their not having been taken in the name and by authority either of Her Majesty personally or the Crown in right of Great Britain.

The plaintiff's action fails and will be dismissed with costs.

quence, depuis cette date les mesures prises au nom et sous l'autorité de la Couronne du chef du Canada concernant ces territoires ne sont pas illégales du fait qu'elles n'ont pas été prises au nom et sous l'autorité, soit de Sa Majesté à titre personnel ou de la Couronne du chef de la Grande-Bretagne.

L'action du demandeur échoue et sera rejetée avec dépens.