

**IN THE MATTER of Section 55 of the
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, chapter
S-19, as amended**

**AND IN THE MATTER of a Reference by
the Governor in Council concerning property
in and legislative jurisdiction over the seabed
and subsoil of the continental shelf offshore
Newfoundland and set out in
Order-in-Council P.C. 1982-1509 dated the
19th day of May, 1982**

File No.: 17096.

1983: February 22, 23, 24; 1984: March 8.

Present: Laskin C.J.*, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey,
McIntyre and Chouinard JJ.

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — International law — Continental shelf off Newfoundland — Natural resources — Whether Canada or Newfoundland has the right to explore and exploit natural resources of continental shelf — Newfoundland Act, 1949 (U.K.), c. 22, Terms of Union (Schedule), Terms 2, 3, 7, 35, 37 — Statute of Westminster, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 1, 3, 10, 11 — Geneva Convention, 1958, art. 2 — Statute of the International Court of Justice, art. 38(1) — Constitution Act, 1867, ss. 109, 132.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Legislative jurisdiction over the natural resources of continental shelf off Newfoundland — Federal jurisdiction — Peace, order and good government power — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).

The Governor General in Council, in accordance with s. 55 of the *Supreme Court Act*, referred to this Court the following constitutional question:

In respect of the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil of the continental shelf, in the area offshore Newfoundland . . . has Canada or Newfoundland:

(1) the right to explore and exploit the said mineral and other natural resources, and

* Laskin C.J., because of illness, took no part in the judgment.

DANS L'AFFAIRE de l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chapitre S-19 et modifications

ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de la propriété et de la compétence législative relatives au sol et sous-sol du plateau continental situé au large de Terre-Neuve, tel qu'énoncé dans le décret C.P. 1982-1509 en date du 19 mai 1982

N° du greffe: 17096.

1983: 22, 23, 24 février; 1984: 8 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

RENOVI ADRESSÉ PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Droit international — Plateau continental au large de Terre-Neuve — Ressources naturelles — Qui du Canada ou de Terre-Neuve a le droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental? — Loi sur Terre-Neuve, 1949 (R.-U.), chap. 22, Conditions de l'union (annexe), clauses 2, 3, 7, 35, 37 — Statut de Westminster, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 1, 3, 10, 11 — Convention de Genève de 1958, art. 2 — Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 109, 132.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Compétence législative relative aux ressources naturelles du plateau continental au large de Terre-Neuve — Compétence fédérale — Pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).

Conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, le gouverneur général en conseil a soumis à cette Cour la question constitutionnelle suivante:

En ce qui concerne les ressources minérales et autres ressources naturelles du sol et du sous-sol du plateau continental situées au large de Terre-Neuve . . . qui entre le Canada ou Terre-Neuve:

(1) d'une part, a le droit de les prospection et de les exploiter,

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement pour cause de maladie.

(2) legislative jurisdiction to make laws in relation to the exploration and exploitation of the said mineral and other natural resources?

The Attorney General of Canada submitted that the answers to both parts of the question should be in favour of Canada. The Attorney General of Newfoundland, whose position was supported by the other provinces—except Quebec, Ontario and Saskatchewan who were not represented on this reference—submitted that both parts of the question should be answered in favour of Newfoundland.

Held: Both parts of the question should be answered in favour of Canada.

There is no basis upon which the Province of Newfoundland could claim the right to explore and exploit or claim legislative jurisdiction over the resources of the continental shelf:

(1) The continental shelf rights claimed by the parties are the rights granted by international law for a coastal State to explore and exploit its continental shelf. These rights are not in pith and substance proprietary: they are an extraterritorial manifestation of external sovereignty. During the relevant period prior to its entry into Confederation in 1949, Newfoundland did not have the requisite external sovereignty to acquire continental shelf rights. As a matter of Imperial constitutional law any continental shelf rights available at international law before 1949 would have been acquired by the Crown in right of the United Kingdom, not the Crown in right of Newfoundland.

Even if Newfoundland had acquired continental shelf rights prior to its entry into Confederation these rights would have passed to Canada by virtue of the Terms of Union. Term 37, which perpetuates the province's proprietary rights in natural resources "belonging to Newfoundland at the date of Union", would not suffice to pass any existing continental shelf right to the province.

In any event, Newfoundland could not, upon entry into Confederation, have held rights to explore and exploit in the continental shelf because at that time international law conferred no such rights. These rights, which were not indisputably recognized before the Geneva Convention of 1958, do not have a retroactive effect capable of assisting Newfoundland.

(2) Newfoundland's legislative competence, like that of all the other provinces, is confined to legislation operating within the province. The continental shelf,

(2) d'autre part, a compétence pour légiférer dans les domaines visés au par. (1) ci-dessus?

Le procureur général du Canada a soutenu qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada. Le procureur général de Terre-Neuve, avec l'appui des autres provinces—sauf le Québec, l'Ontario et la Saskatchewan qui n'étaient pas représentés dans ce renvoi—, a soutenu qu'il fallait répondre aux deux parties de la question en faveur de Terre-Neuve.

Arrêt: Il y a lieu de répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada.

Il n'y a aucun fondement qui permette à la province de Terre-Neuve de revendiquer le droit d'explorer et d'exploiter les ressources du plateau continental ou de revendiquer la compétence législative sur ces ressources:

(1) Les droits relatifs au plateau continental revendiqués par les parties sont les droits que le droit international reconnaît à un État riverain d'explorer et d'exploiter son plateau continental. De par leur caractère véritable, ces droits ne sont pas des droits de propriété: ils constituent une manifestation extra-territoriale de la souveraineté extérieure. Pendant la période en cause, avant son entrée dans la Confédération en 1949, Terre-Neuve n'avait pas la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir les droits relatifs au plateau continental. En droit constitutionnel impérial, tout droit relatif au plateau continental accordé par le droit international avant 1949 aurait été dévolu à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve.

Même si Terre-Neuve avait acquis les droits relatifs au plateau continental avant son entrée dans la Confédération, ces droits seraient passés au Canada en vertu des Conditions de l'union. La clause 37, qui conserve à la province les droits de propriété sur les ressources naturelles «appartenant à Terre-Neuve à la date de l'Union», ne suffit pas à lui transmettre tout droit qui pouvait alors exister sur le plateau continental.

Quoi qu'il en soit, Terre-Neuve ne pouvait, à son entrée dans la Confédération, détenir des droits d'exploration et d'exploitation du plateau continental parce qu'à cette époque le droit international ne conférait pas de tels droits. Ces droits, qui n'étaient pas incontestablement reconnus avant la Convention de Genève de 1958, n'ont pas d'effet rétroactif susceptible de profiter à Terre-Neuve.

(2) La compétence législative de Terre-Neuve, comme celle de toutes les autres provinces, se limite aux lois applicables dans la province. Le plateau continental, qui

being outside the boundaries of Newfoundland, does not fall within any of the enumerated heads of s. 92. Legislative jurisdiction falls therefore to Canada under the peace, order, and good government power in its residual capacity.

Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (1983), 145 D.L.R. (3d) 9; *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455; *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295; *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247; *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337, referred to.

REFERENCE by the Governor General in Council, pursuant to s. 55 of the *Supreme Court Act*, concerning property in and legislative jurisdiction over the seabed and subsoil of the continental shelf off Newfoundland. Both parts of the question answered in favour of Canada.

Pierre Genest, Q.C., Clyde K. Wells, Q.C., Peter W. Hogg, Q.C., and Donald Kubesh, for the Attorney General of Canada.

James J. Greene, Q.C., Colin K. Irving, Margaret Cameron, John Ashley and James Thistle, for the Attorney General of Newfoundland.

Gordon F. Henderson, Q.C., Emilio Binavince and Edward Foley, for the Attorney General of Nova Scotia.

P. A. MacNutt and Bruce Judah, for the Attorney General for New Brunswick.

Brian F. Squair, for the Attorney General of Manitoba.

E. Robert A. Edwards, for the Attorney General of British Columbia.

Ralph C. Thompson, for the Attorney General of Prince Edward Island.

est situé en dehors des limites de Terre-Neuve, ne relève d'aucun des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. La compétence législative appartient donc au Canada en vertu de son pouvoir résiduel en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

Jurisprudence: *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (1983), 145 D.L.R. (3d) 9; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455; *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295; *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247; *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337.

RENOVI adressé par le gouverneur général en conseil, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, au sujet de la propriété et de la compétence législative relatives au sol et au sous-sol du plateau continental au large de Terre-Neuve. La réponse aux deux parties de la question est en faveur du Canada.

Pierre Genest, c.r., Clyde K. Wells, c.r., Peter W. Hogg, c.r., et Donald Kubesh, pour le procureur général du Canada.

James J. Greene, c.r., Colin K. Irving, Margaret Cameron, John Ashley et James Thistle, pour le procureur général de Terre-Neuve.

Gordon F. Henderson, c.r., Emilio Binavince et Edward Foley, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

P. A. MacNutt et Bruce Judah, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Brian F. Squair, pour le procureur général du Manitoba.

E. Robert A. Edwards, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ralph C. Thompson, pour le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Wm. Henkel, Q.C., for the Attorney General for Alberta.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

Introduction

The Governor in Council, in P.C. 1982-1509, dated May 19, 1982, referred the following constitutional question to the Court under s. 55 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19:

In respect of the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil of the continental shelf, in the area offshore Newfoundland approximately 320 kilometres (170 nautical miles) east south east of St. John's, Newfoundland, bounded by 46° 30' north latitude and 47° 00' north latitude and by 48° 30' west longitude and 49° west longitude, where resource exploration is being conducted and more particularly delimited on the map attached hereto as the Appendix to this Order, as between Canada and Newfoundland, pursuant to *The Newfoundland Act, 1949* or otherwise, has Canada or Newfoundland:

- (1) the right to explore and exploit the said mineral and other natural resources, and
- (2) legislative jurisdiction to make laws in relation to the exploration and exploitation of the said mineral and other natural resources?

The Attorney General of Canada submits that the answers to both parts of the question should be in favour of Canada. The Attorneys General of Newfoundland, British Columbia, Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, Manitoba and Alberta submit that the answers to both parts of the question should be in favour of Newfoundland.

The metes and bounds description in the reference designates an area of the continental shelf known as the Hibernia field, the location of which is shown on the map on the page following. It is not suggested that the legal issues are any different in respect of Hibernia than in respect of any other portion of the continental shelf off Newfoundland. The significance of the limitation to Hibernia is that it excludes consideration of the territorial sea, i.e., waters adjacent to Newfound-

Wm. Henkel, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement rendu par

LA COUR

Introduction

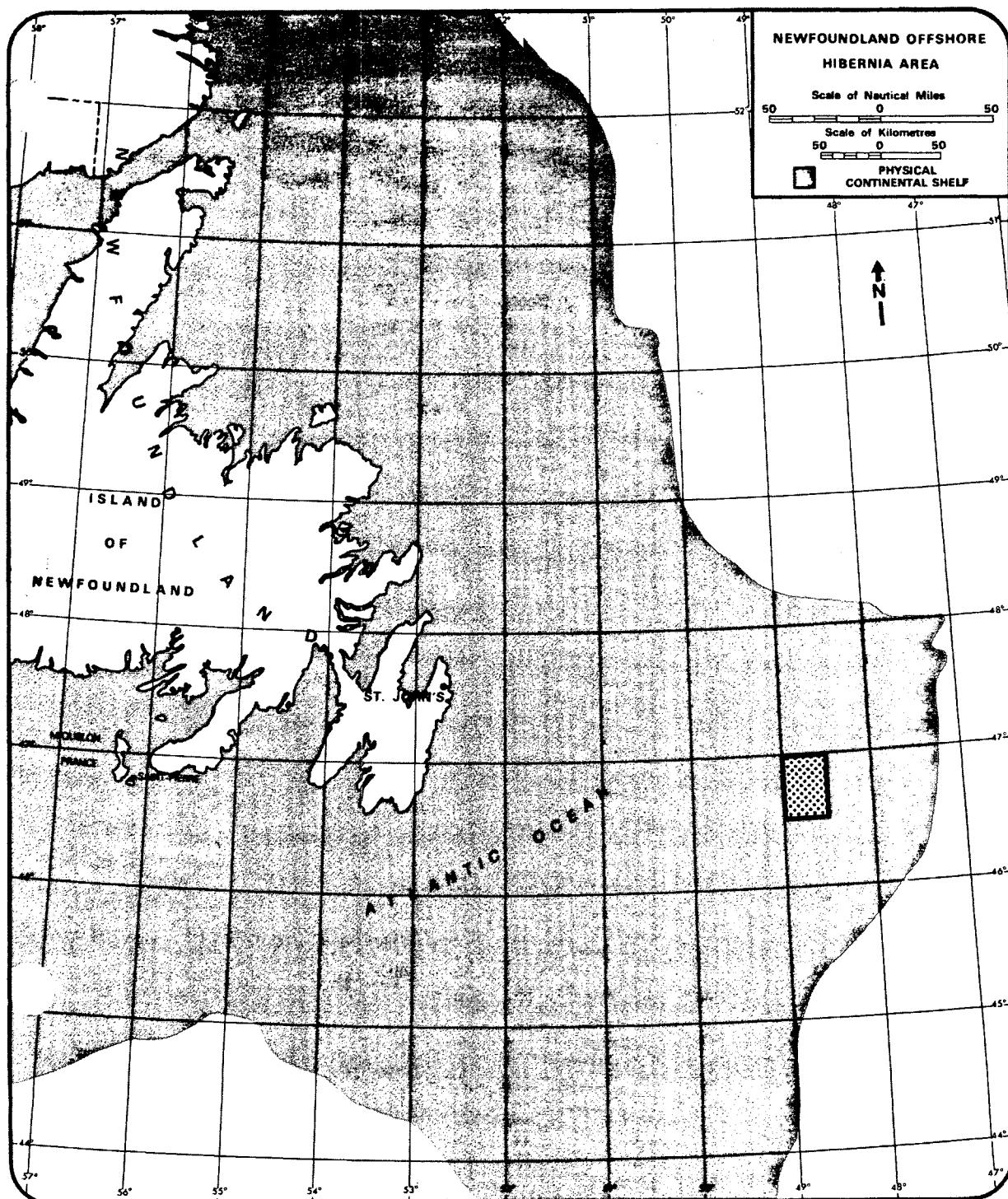
Par décret P.C. 1982-1509 en date du 19 mai 1982, le gouverneur en conseil a soumis la question constitutionnelle suivante à la Cour, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19:

En ce qui concerne les ressources minérales et autres ressources naturelles du sol et du sous-sol du plateau continental situées au large de Terre-Neuve, à environ 320 kilomètres (170 milles marins) à l'est-sud-est de Saint-Jean (Terre-Neuve), dans une zone comprise entre 46° 30' et 47° de latitude nord et 48° 30' et 49° de longitude ouest, où s'effectuent actuellement des travaux d'exploration et dont les limites sont précisées sur la carte annexée au présent décret, entre le Canada ou Terre-Neuve, selon la *Loi sur Terre-Neuve* ou selon quelque autre règle de droit:

- (1) qui, d'une part, a le droit de les prospection et de les exploiter,
- (2) qui, d'autre part, a compétence pour légiférer dans les domaines visés au par. (1) ci-dessus?

Le procureur général du Canada soutient qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada. Les procureurs généraux de Terre-Neuve, de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba et de l'Alberta soutiennent qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur de Terre-Neuve.

La description des bornes donnée dans le renvoi mentionne un secteur du plateau continental connu sous le nom de champ Hibernia, situé à l'endroit indiqué sur la carte géographique de la page suivante. Personne ne laisse entendre que les questions juridiques qui se posent à l'égard du champ Hibernia sont différentes de celles qui se posent à l'égard de toute autre partie du plateau continental situé au large de Terre-Neuve. L'importance de la restriction au champ Hibernia tient à ce que



PUBLISHED BY CANADA OIL AND GAS LANDS ADMINISTRATION

Hibernia Area
(Part of Mobil/Petro-Canada
Special Renewal Permits)

land within formerly three, now twelve, nautical miles thereof.

A few months before the federal reference was submitted to this Court, the Lieutenant Governor in Council of Newfoundland, on February 18, 1982, referred its own question to the Newfoundland Court of Appeal. The Newfoundland reference includes not only the continental shelf, but also the territorial sea. The question before the Newfoundland Court of Appeal was this:

Do the lands, mines, minerals, royalties or other rights, including the right to explore and exploit and the right to legislate, with respect to the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil from the ordinary low-water mark of the Province of Newfoundland to the seaward limit of the continental shelf or any part thereof belong or otherwise appertain to the Province of Newfoundland?

The Newfoundland Court of Appeal, in *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (the Newfoundland Reference) (1983), 145 D.L.R. (3d) 9, answered the question in respect of a three mile territorial sea in favour of Newfoundland, but answered the question in respect of the continental shelf against Newfoundland. The Attorney General of Newfoundland has filed a Notice of Appeal in respect of the continental shelf and the Attorney General of Canada has filed a Notice of Appeal in respect of the territorial sea. Nothing further has been done to bring these appeals before this Court.

Accordingly, the Newfoundland Court of Appeal's decision is not actually before this Court in the present reference. The Court of Appeal's decision, however, was rendered on February 17, 1983, the week before this Court's hearing on the present federal reference. Much of the oral argument in the present case was directed toward the reasons of the Newfoundland Court of Appeal since, in respect of the continental shelf, the identical issue is raised. We therefore think it proper in these reasons to comment on the reasons of the

celle-ci exclut toute question relative à la mer territoriale, c.-à-d. les eaux adjacentes à Terre-Neuve et comprises à l'intérieur de l'ancienne limite de trois milles marins, laquelle est maintenant portée à douze milles marins.

Le 18 février 1982, quelques mois avant que le gouvernement fédéral ne soumette le présent renvoi, le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve a lui-même soumis une question à la Cour d'appel de Terre-Neuve. Le renvoi de Terre-Neuve porte non seulement sur le plateau continental, mais aussi sur la mer territoriale. La question qui a été soumise à la Cour d'appel de Terre-Neuve est la suivante:

[TRADUCTION] Les terres, mines, ressources minérales, redevances ou autres droits, y compris le droit d'explorer et d'exploiter les ressources minérales et autres ressources naturelles du lit de la mer et du sous-sol à partir de la laisse de basse mer ordinaire de la province de Terre-Neuve jusqu'à la limite extérieure du plateau continental ou d'une partie de celui-ci, et le droit de légitérer à leur égard, appartiennent-ils en propriété ou autrement à la province de Terre-Neuve?

La Cour d'appel de Terre-Neuve, dans *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (le Renvoi de Terre-Neuve) (1983), 145 D.L.R. (3d) 9, a répondu à la question en faveur de Terre-Neuve à l'égard de la mer territoriale de trois milles, mais contre Terre-Neuve à l'égard du plateau continental. Le procureur général de Terre-Neuve a produit un avis de pourvoi à l'égard du plateau continental et le procureur général du Canada a produit un avis de pourvoi à l'égard de la mer territoriale. Rien d'autre n'a été fait pour amener ces pourvois devant cette Cour.

En conséquence, cette Cour n'est pas saisie de l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve dans le cadre du présent renvoi. Cependant, la Cour d'appel a rendu son arrêt le 17 février 1983, une semaine avant l'audition du présent renvoi du gouvernement fédéral. Une bonne partie de l'argumentation orale du présent renvoi porte sur les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve puisque, à l'égard du plateau continental, la question soulevée est la même. Nous jugeons donc opportun, dans les présents motifs, de commenter ceux de la

Court of Appeal insofar as they relate to the continental shelf.

The 1967 Offshore Reference

In *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792 (the *1967 Offshore Reference*), this Court was asked to give its opinion upon the following questions:

1. In respect of the lands, including the mineral and other natural resources, of the sea bed and subsoil seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia, outside the harbours, bays, estuaries and other similar inland waters, to the outer limit of the territorial sea of Canada, as defined in the Territorial Sea and Fishing Zones Acts, Statutes of Canada 1964, Chapter 22, as between Canada and British Columbia,

(a) Are the said lands the property of Canada or British Columbia?

(b) Has Canada or British Columbia the right to explore and exploit the said lands?

(c) Has Canada or British Columbia legislative jurisdiction in relation to the said lands?

2. In respect of the mineral and other natural resources of the sea bed and subsoil beyond that part of the territorial sea of Canada referred to in Question 1, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the depth of the superjacent waters admits of the exploitation of the mineral and other natural resources of the said areas, as between Canada and British Columbia,

(a) Has Canada or British Columbia the right to explore and exploit the said mineral and other natural resources?

(b) Has Canada or British Columbia legislative jurisdiction in relation to the said mineral and other natural resources?

The Court unanimously answered both questions in favour of Canada. In all material respects, the second question in the *1967 Offshore Reference* is identical to the questions in the present reference. The primary argument in favour of Newfoundland is that Newfoundland's historical and constitutional position distinguishes its case from that of Brit-

Cour d'appel dans la mesure où ils portent sur le plateau continental.

Le Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins

Dans *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792 (le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*), on a demandé l'avis de la Cour sur les questions suivantes:

[TRADUCTION] 1. En ce qui concerne les terres, y compris les ressources minérales et les autres ressources naturelles, du lit de la mer et du sous-sol à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique, à l'extérieur des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature, jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale du Canada, suivant la définition qui figure dans la Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche, Statuts du Canada 1964, chapitre 22,

a) lesdites terres appartiennent-elles au Canada ou à la Colombie-Britannique?

b) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a le droit d'explorer et d'exploiter lesdites terres?

c) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a compétence législative sur lesdites terres?

2. En ce qui concerne les minéraux et autres ressources naturelles du lit de la mer et du sous-sol situés au-delà de la partie de la mer territoriale du Canada mentionnée à la question 1, jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou, au-delà de cette limite, jusqu'au point où la profondeur des eaux surjacentes permet d'exploiter les ressources minérales et autres ressources naturelles desdits secteurs qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique,

a) a le droit d'explorer et d'exploiter lesdites ressources minérales et autres ressources naturelles?

b) a compétence législative sur lesdites ressources minérales et autres ressources naturelles?

La Cour a unanimement répondu aux deux questions en faveur du Canada. La seconde question du *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* est, en tous points importants, identique aux questions du présent renvoi. L'argument principal en faveur de Terre-Neuve est que sa situation historique et constitutionnelle rend son cas différent de

ish Columbia. In the alternative, we are asked to reconsider the 1967 *Offshore Reference*.

In the 1967 *Offshore Reference* the major part of this Court's analysis was directed toward the question as to property in the territorial sea. The Court distinguished between two meanings of the word "property": the common law sense of ownership and the type of property rights recognized by international law. British Columbia's claim to property in the territorial sea could only be based on the common law notion. In particular, British Columbia's case depended on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, made applicable to British Columbia upon its entry into Confederation in 1871.

109. All Lands, Mines, Minerals and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

This Court held, on its analysis of *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63 and other authorities, that at common law the realm ends at low water mark such that the Crown has no property, in the common law sense, below low water mark unless expressly claimed. There being no such claim in respect of British Columbia prior to 1871, and no alteration of boundaries since 1871, the Court decided the territorial sea was outside British Columbia. It followed that British Columbia had no legislative jurisdiction either. It was Canada that was in the position to acquire the property in the territorial sea recognized by international law.

Once it had been decided that Canada had property and legislative jurisdiction in the territorial sea, it followed almost automatically that

celui de la Colombie-Britannique. Subsidiirement, on nous demande de reconsidérer le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, l'analyse de la Cour a porté en majeure partie sur la question de la propriété de la mer territoriale. La Cour a fait la distinction entre deux sens du mot «propriété»: le sens de propriété en *common law* et les sortes de droits de propriété reconnus par le droit international. La revendication par la Colombie-Britannique de la propriété de la mer territoriale ne pouvait se fonder que sur la notion de *common law*. Plus précisément, la preuve soumise par la Colombie-Britannique reposait sur l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, rendu applicable à la Colombie-Britannique à son entrée dans la Confédération en 1871.

109. Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

Après avoir analysé l'arrêt *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63 et d'autres arrêts, cette Cour a conclu qu'en *common law*, le territoire finit à la laisse de basse mer de sorte que Sa Majesté n'a aucun droit de propriété, au sens de la *common law*, au delà de la laisse de basse mer à moins de l'avoir revendiqué expressément. Puisqu'il n'y a pas eu de telle revendication en ce qui concerne la Colombie-Britannique avant 1871 et qu'il n'y a pas eu de modification des frontières depuis 1871, la Cour a statué que la mer territoriale est à l'extérieur de la Colombie-Britannique. Il s'ensuit également que la Colombie-Britannique n'a aucune compétence législative en la matière. C'est le Canada qui est en mesure d'acquérir la propriété de la mer territoriale reconnue par le droit international.

Après avoir décidé que le Canada possède les droits de propriété et la compétence législative sur la mer territoriale, il s'ensuit presque automatique-

Canada had the right to explore and exploit in the continental shelf. It would be illogical to hold that the province had property in its land mass, that Canada had property in the territorial sea, but that the province had the right to explore and exploit in the continental shelf. Accordingly, in the *1967 Offshore Reference*, the Court was not required to undertake a detailed separate analysis of the continental shelf. After a review of the recent emergence of the continental shelf regime in international law, the Court simply said this, at p. 821:

As with the territorial sea, so with the continental shelf. There are two reasons why British Columbia lacks the right to explore and exploit and lacks legislative jurisdiction:

- (1) The continental shelf is outside the boundaries of British Columbia, and
- (2) Canada is the sovereign state which will be recognized by international law as having the rights stated in the Convention of 1958, and it is Canada, not the Province of British Columbia, that will have to answer the claims of other members of the international community for breach of the obligations and responsibilities imposed by the Convention.

There is no historical, legal or constitutional basis upon which the Province of British Columbia could claim the right to explore and exploit or claim legislative jurisdiction over the resources of the continental shelf.

The fact that the constitutional position regarding the territorial sea off Newfoundland is not at issue in the present reference, and indeed is pending in a separate appeal, means that we cannot use any conclusions about the territorial sea to lead us to the result in respect of the continental shelf. Accordingly, in the present case, it is necessary to undertake a careful analysis of the issues as they relate to the continental shelf alone.

The Nature of Continental Shelf Rights

The reference speaks of the right to explore and exploit mineral and other natural resources. The precise language is taken from international law. Article 2 of the 1958 Geneva Convention on the

ment que le Canada a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental. Il serait illogique de conclure que la province possède des droits de propriété sur son domaine terrestre, que le Canada a des droits de propriété sur la mer territoriale, mais que la province a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental. En conséquence, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, la Cour n'a pas eu à entreprendre une analyse distincte et détaillée à propos du plateau continental. Après avoir passé en revue l'émergence récente du régime de droit international applicable au plateau continental, la Cour a simplement dit ceci, à la p. 821:

[TRADUCTION] Ce qui vaut pour la mer territoriale vaut aussi pour le plateau continental. Il y a deux motifs pour lesquels la Colombie-Britannique n'a ni le droit d'explorer et d'exploiter ni la compétence législative:

- (1) le plateau continental est à l'extérieur des limites de la Colombie-Britannique, et
- (2) le Canada est l'État souverain reconnu par le droit international comme titulaire des droits mentionnés dans la Convention de 1958 et c'est le Canada, non la province de la Colombie-Britannique, qui doit répondre aux revendications des autres membres de la communauté internationale quant aux manquements aux obligations et responsabilités imposées par la Convention.

Il n'y a aucun fondement historique, juridique ou constitutionnel qui permette à la province de la Colombie-Britannique de revendiquer le droit d'explorer et d'exploiter les ressources du plateau continental ou de revendiquer la compétence législative sur ces ressources.

Le fait que la situation constitutionnelle relativement à la mer territoriale au large de Terre-Neuve ne soit pas en cause dans le présent renvoi et, en fait, qu'elle fasse l'objet d'un appel distinct encore en instance, signifie que nous ne pouvons nous servir d'aucune des conclusions relatives à la mer territoriale pour régler la question du plateau continental. Il est donc nécessaire, en l'espèce, d'analyser soigneusement les questions qui portent uniquement sur le plateau continental.

La nature des droits relatifs au plateau continental

Le renvoi parle du droit d'explorer et d'exploiter les ressources minérales et autres ressources naturelles. L'expression utilisée est empruntée au droit international. Voici le texte de l'article 2 de la

Continental Shelf, signed in 1958, in force in 1964 upon receiving the requisite number of ratifications, and ratified by Canada in 1970, reads as follows:

Article 2

1. The coastal State exercises over the continental shelf sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources.

2. The rights referred to in paragraph 1 of this article are exclusive in the sense that if the coastal State does not explore the continental shelf or exploit its natural resources, no one may undertake these activities, or make a claim to the continental shelf, without the express consent of the coastal State.

3. The rights of the coastal State over the continental shelf do not depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation.

4. The natural resources referred to in these articles consist of the mineral and other non-living resources of the sea-bed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species, that is to say, organisms which, at the harvestable stage, either are immobile on or under the sea-bed or are unable to move except in constant physical contact with the sea-bed or the subsoil.

Both Canada and Newfoundland claim the rights of the coastal State recognized by international law. Neither purports to claim anything more or anything different. Neither Canada nor Newfoundland made any claims to the continental shelf prior to the codification of the regime in the 1958 Geneva Convention. The rights claimed are those accorded by operation of international law.

There has developed in international law a carefully constructed regime respecting the continental shelf. International law was forced to take note of the continental shelf when, in the middle of this century, the technology was developed to exploit offshore resources. A consensus developed that the exploitation should be under the control of the coastal State. The 1958 Geneva Convention was drafted so as to do no more than was necessary to achieve this result. Thus the Convention does not grant "sovereignty" over the continental shelf but rather "sovereign rights to explore and exploit".

Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, signée en 1958, entrée en vigueur en 1964, après avoir reçu le nombre requis de ratifications, et ratifiée par le Canada en 1970:

Article 2

1. L'État riverain exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de l'exploration de celui-ci et de l'exploitation de ses ressources naturelles.

2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article sont exclusifs en ce sens que, si l'État riverain n'exploré pas le plateau continental ou n'exploite pas ses ressources naturelles, nul ne peut entreprendre de telles activités ni revendiquer de droits sur le plateau continental sans le consentement exprès de l'État riverain.

3. Les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse.

4. Les ressources naturelles visées dans les présents articles comprennent les ressources minérales et autres ressources non vivantes du lit de la mer et du sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires, c'est-à-dire les organismes qui, au stade où ils peuvent être pêchés, sont soit immobiles sur le lit de la mer ou au-dessous de ce lit, soit incapables de se déplacer si ce n'est en restant constamment en contact physique avec le lit de la mer ou le sous-sol.

Le Canada et Terre-Neuve revendentiquent les droits que reconnaît aux États riverains le droit international. Ni l'un ni l'autre ne prétend revendiquer quelque chose de plus ou de différent. Ni le Canada ni Terre-Neuve n'ont revendiqué des droits sur le plateau continental avant la codification du régime juridique dans la Convention de Genève de 1958. Les droits revendiqués sont ceux que le droit international accorde.

Le droit international a élaboré un régime bien structuré en ce qui concerne le plateau continental. L'avènement, au milieu du présent siècle, de techniques permettant d'exploiter les ressources sous-marines a forcé le droit international à prendre acte du plateau continental. Un consensus s'est formé selon lequel son exploitation devait être soumise au contrôle de l'État riverain. La Convention de Genève de 1958 a été rédigée de façon à ne pas aller au delà de ce qui était nécessaire pour arriver à ce résultat. Ainsi, la Convention n'accorde pas la «souveraineté» sur le plateau continen-

These limited rights co-exist with the rights of other nations to make use of the seabed for submarine cables and pipelines (Article 4) and do not affect the status of the superjacent waters or airspace (Article 3). They stand in marked contrast to the full sovereignty (saving only other nations' rights of innocent passage) which international law accords to coastal States over their territorial sea.

In the *North Sea Continental Shelf* cases, I.C.J. Reports 1969, p. 3, the International Court of Justice, at p. 29, referred to the notion of appurtenance:

... the right of the coastal State to its continental shelf areas is based on its sovereignty over the land domain, of which the shelf area is the natural prolongation into and under the sea.

Continental shelf rights arise as an extension of the coastal State's sovereignty, but it is an extension in the form of something less than full sovereignty. The Court referred to the "title" in the continental shelf (p. 31) and said the shelf may be "deemed" to be part of the coastal State's territory in a certain sense (p. 31). But in the ordinary meaning of the term, the continental shelf is not part of a coastal State's territory. The coastal State cannot "own" the continental shelf as it can "own" its land territory. The regulation by international law of the uses to which the continental shelf may be put is simply too extensive to consider the shelf to be part of the State's territory. International law concedes dominion to the State in its land territory, subject to certain definite restrictions. By contrast, in the continental shelf the limited rights that international law accords are the sum total of the coastal State's rights.

It is true that the United Kingdom moved to extend territorial boundaries to include the continental shelf (though not the superjacent waters) of certain of its then colonies: Trinidad and Tobago (1942); Bahamas (1948); Jamaica (1948); British

tal, mais plutôt «des droits souverains d'exploration et d'exploitation». Ces droits restreints coexistent avec ceux des autres nations d'utiliser le lit de la mer pour l'installation de câbles ou de pipelines (article 4) et ne modifie pas le statut des eaux surjacentes ou de l'espace aérien (article 3). Ils contrastent beaucoup avec la souveraineté absolue (sous réserve seulement des droits de passage inoffensif des autres nations) que le droit international confère aux États riverains sur leur mer territoriale.

Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, la Cour internationale de Justice mentionne la notion de rattachement, à la p. 29:

... le droit de l'État riverain sur son plateau continental a pour fondement la souveraineté qu'il exerce sur le territoire dont ce plateau continental est le prolongement naturel sous la mer.

Les droits relatifs au plateau continental se présentent comme une extension de la souveraineté de l'État riverain, mais c'est une extension qui a une portée moindre que la souveraineté absolue. La Cour parle de «titre» sur le plateau continental (p. 31) et affirme que le plateau continental peut, dans un certain sens, être «considéré» comme faisant partie du territoire de l'État riverain (p. 31). Mais suivant le sens ordinaire de cette expression, le plateau continental ne fait pas partie du territoire de l'État riverain. L'État riverain ne peut pas «être propriétaire» du plateau continental comme il peut «être propriétaire» de son domaine terrestre. La réglementation par le droit international de l'utilisation du plateau continental est tout simplement trop poussée pour qu'on puisse considérer le plateau continental comme faisant partie du territoire de l'État. Le droit international reconnaît l'autorité de l'État sur son domaine terrestre, sous réserve de restrictions précises. Par contre, en ce qui concerne le plateau continental, les droits limités que le droit international accorde représentent la totalité des droits de l'État riverain.

Il est vrai que le Royaume-Uni a pris des mesures en vue d'étendre les limites territoriales, de manière à inclure le plateau continental (mais non les eaux surjacentes), de certaines de ses colonies à l'époque: Trinidad et Tobago (1942); les Bahamas

Honduras (1950); Falkland Islands (1952). Consistent with this practice, in 1953, the United Kingdom government's opinion in response to the International Law Commission's draft was that the nature of the coastal State's rights over the continental shelf were the same as over its land territory. There were other countries that, in the late 1940's and early 1950's, *i.e.* during the early development of international law on the continental shelf, claimed the continental shelf as part of their territory. Ultimately, however, international law did not accept this contention and it is significant that when the United Kingdom passed the *Continental Shelf Act 1964* giving municipal effect to the 1958 Convention, no claim was made to extend United Kingdom territory.

At international law, then, the continental shelf off Newfoundland is outside the territory of the nation state of Canada. Since, as a matter of municipal law, neither Canada nor Newfoundland purports to claim anything more than international law recognizes, we are here concerned with an area outside the boundaries of either Newfoundland or Canada. In other words, we are concerned with extraterritorial rights.

Much of the argument in the present case is based on the assumption that continental shelf rights are proprietary. We do not think continental shelf rights are proprietary in the ordinary sense. In the words of the 1958 Geneva Convention, they are "sovereign rights" and they appertain to the coastal State as an extension of rights beyond where its ordinary sovereignty is exercised. In pith and substance they are an extraterritorial manifestation of, and an incident of, the external sovereignty of a coastal State.

Can the 1967 Offshore Reference be distinguished?

As we have said, the primary argument in favour of Newfoundland is that its historical and constitutional position differentiates its case from

(1948); la Jamaïque (1948); le Honduras britannique (1950); les îles Falkland (1952). Conformément à cette pratique, le gouvernement du Royaume-Uni a, en 1953, en réponse au projet de la Commission du droit international, exprimé l'avis que les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont les mêmes que ceux qu'il a sur son domaine terrestre. D'autres pays ont, à la fin des années quarante et au début des années cinquante, c.-à-d. pendant la phase initiale de l'élaboration du droit international relatif au plateau continental, revendiqué le plateau continental comme faisant partie de leur territoire. En définitive toutefois, le droit international n'a pas accepté cette prétention et il importe de souligner qu'en adoptant la *Continental Shelf Act 1964*, qui lui rendait applicable la Convention de 1958, le Royaume-Uni n'a pas prévu d'étendre son propre territoire.

En droit international, le plateau continental situé au large de Terre-Neuve est donc à l'extérieur du territoire national du Canada. Puisque, en droit national, ni le Canada ni Terre-Neuve ne prétendent revendiquer rien de plus que ce que le droit international reconnaît, ce sur quoi porte le présent renvoi est une zone située à l'extérieur des limites de Terre-Neuve et du Canada. En d'autres termes, nous avons affaire à des droits extra-territoriaux.

Une bonne partie de l'argumentation en l'espèce se fonde sur l'hypothèse que les droits relatifs au plateau continental sont des droits de propriété. Nous ne croyons pas que les droits relatifs au plateau continental soient des droits de propriété au sens ordinaire. Selon les termes de la Convention de Genève de 1958, ce sont des «droits souverains» et ils appartiennent à l'État riverain à titre d'extension de droits au delà du territoire où il exerce sa souveraineté ordinaire. De par leur caractère véritable, ils constituent, une manifestation extra-territoriale de la souveraineté extérieure de l'État riverain, à laquelle ils se rattachent.

Peut-on faire une distinction avec le Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins?

Comme nous l'avons déjà dit, l'argument principal en faveur de Terre-Neuve est que sa situation historique et constitutionnelle rend son cas diffé-

that of British Columbia. In order to distinguish the 1967 *Offshore Reference*, Newfoundland must succeed on each of the following three points:

- (i) international law must have recognized the right to explore and exploit in the continental shelf prior to Newfoundland's entry into Confederation on March 31, 1949;
- (ii) the Crown in right of Newfoundland must have been in a position to acquire these rights;
- (iii) the Crown in right of Newfoundland must not have lost those rights under the Terms of Union with Canada.

The Attorney General of Canada submits that Newfoundland loses on all three points. The Attorney General of Newfoundland, supported by the Attorneys General of the other provinces, submits that Newfoundland succeeds on all three points.

The first point concerns matters of international law; the latter two raise questions of constitutional law. We prefer to deal with the constitutional arguments first.

The Constitutional Position of the Crown in Right of Newfoundland

In assessing the constitutional position of Newfoundland, we will, for the moment, put Newfoundland's international law argument at its highest. For the purposes of argument, we will assume that 1949 international law recognized that continental shelf rights of coastal States arose *ipso jure*, that is to say, by operation of law. On that assumption, was the Crown in right of Newfoundland constitutionally in a position to acquire continental shelf rights prior to joining Canada and to retain them after union with Canada?

In respect of Newfoundland's position prior to joining Canada, the primary submission of the Attorney General of Newfoundland is that in 1949 Newfoundland was an international person such that the Crown in right of Newfoundland was the

rent de celui de la Colombie-Britannique. Pour faire la distinction avec le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, Terre-Neuve doit obtenir gain de cause sur chacun des trois points suivants:

- (i) le droit international doit avoir reconnu le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental avant l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération le 31 mars 1949;
- (ii) Sa Majesté du chef de Terre-Neuve doit avoir été en mesure d'acquérir ces droits;
- (iii) Sa Majesté du chef de Terre-Neuve ne doit pas avoir perdu ces droits en vertu des Conditions de l'union au Canada.

Le procureur général du Canada soutient que Terre-Neuve échoue sur chacun des trois points. Le procureur général de Terre-Neuve, avec l'appui des procureurs généraux des autres provinces, soutient que Terre-Neuve a gain de cause sur tous les trois points.

Le premier point porte sur des questions de droit international; les deux autres soulèvent des questions de droit constitutionnel. Nous préférerons examiner d'abord les arguments d'ordre constitutionnel.

La situation constitutionnelle de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve

Pour évaluer la situation constitutionnelle de Terre-Neuve, nous allons, pour l'instant, donner l'interprétation la plus favorable à l'argument de droit international soumis par Terre-Neuve. Aux fins de l'argumentation, nous présumerons qu'en 1949 le droit international reconnaissait que les droits des États riverains sur le plateau continental existaient *ipso jure*, c'est-à-dire de plein droit. À partir de cette hypothèse, Sa Majesté du chef de Terre-Neuve était-elle constitutionnellement en mesure d'acquérir des droits sur le plateau continental avant de se joindre au Canada, et de les conserver après s'être jointe au Canada?

Quant à la situation de Terre-Neuve avant qu'elle ne se joigne au Canada, le procureur général de Terre-Neuve soutient principalement qu'en 1949 Terre-Neuve jouissait de la personnalité internationale de sorte que Sa Majesté du chef de

only entity to which these rights could accrue. In the alternative, the Attorney General of Newfoundland submits that the Crown in right of a colony could acquire continental shelf rights. The Attorney General of Canada submits that Newfoundland never attained the status of an international person and that only international persons can, at international law, acquire continental shelf rights.

We do not think it is necessary to determine whether, in the eyes of international law, Newfoundland ever became an independent State. In the days of Empire, international law had nothing to say about whether international rights accorded to the Empire accrued to the Crown in right of the colony or in right of the Imperial Crown. That is a matter for determination under Imperial constitutional law.

We said earlier that, in pith and substance, continental shelf rights are extraterritorial rights and a manifestation of external sovereignty. This is important because of the constitutional position of colonies. When colonies were established, they generally were given limited self-government in the form of representative government. In Newfoundland's case this happened in 1833. The grant of responsible government (1855 for Newfoundland) meant that, with limited exceptions, the colony was granted internal self-government, in other words, internal sovereignty. But what was universally withheld from the colonies was any right of external sovereignty. That was the distinguishing feature of a colony.

Extraterritorial legislative incompetence was a hallmark of colonies, often relied upon by colonial law officers in recommending disallowance of colonial laws. Judicial recognition of this incompetence is found in *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455 (P.C.). The case concerned a bigamy statute which, on one reading, purportedly applied beyond the boundaries of the colony of New South Wales. In dealing with this construction of the statute Lord

Terre-Neuve était la seule entité à qui ces droits pouvaient être dévolus. Subsidiairement, le procureur général de Terre-Neuve soutient que Sa Majesté du chef d'une colonie pouvait acquérir des droits sur le plateau continental. Le procureur général du Canada prétend que Terre-Neuve n'a jamais eu le statut de personne internationale et que seules les personnes internationales peuvent, en droit international, acquérir des droits sur le plateau continental.

Nous ne croyons pas nécessaire de déterminer si, aux yeux du droit international, Terre-Neuve a jamais eu le statut d'État indépendant. Au temps de l'Empire, le droit international ne précisait pas si les droits internationaux conférés à l'Empire étaient dévolus à Sa Majesté du chef de la colonie ou à Sa Majesté du chef de l'Empire. Il s'agit là d'une question qui relève du droit constitutionnel impérial.

Nous avons déjà dit que, de par leur caractère véritable, les droits relatifs au plateau continental sont des droits extra-territoriaux et une manifestation de la souveraineté extérieure. Cela est important à cause de la situation constitutionnelle des colonies. Lors de leur création, les colonies se sont vu accorder généralement une autonomie limitée sous forme de gouvernement représentatif. Quant à Terre-Neuve, cela s'est produit en 1833. L'attribution d'un gouvernement responsable (en 1855 dans le cas de Terre-Neuve) signifiait qu'à peu d'exceptions près la colonie se voyait accorder une autonomie intérieure, en d'autres termes la souveraineté intérieure. Mais, de façon générale, les colonies ne se sont vu accorder aucun droit de souveraineté extérieure. C'était là le trait distinctif d'une colonie.

L'absence de compétence législative extra-territoriale était une marque distinctive des colonies que les Colonial Law Officers ont souvent invoquée pour recommander le désaveu de lois coloniales. On trouve une reconnaissance judiciaire de cette absence de compétence dans l'arrêt *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455 (C.P.). L'affaire portait sur une loi relative à la bigamie qui, selon l'une des interprétations qu'on lui donnait, s'appliquait apparemment au delà des frontières de la colonie de la

Halsbury L.C. said (at p. 458):

... it would have been beyond the jurisdiction of the Colony to enact such a law. Their jurisdiction is confined within their own territories, and the maxim which has been more than once quoted, "Extra territorium jus dicenti impune non paretur", would be applicable to such a case.

In *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482, the Privy Council reiterated this view in holding that Canada did not have competence to abolish appeals to the Privy Council.

The precise limits of extraterritorial incompetence are unclear. The opinion of the Colonial Law Officers was that a colony could legislate in respect of the three nautical mile territorial sea, and there are numerous examples of Newfoundland having done so. *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (P.C.), seems to stand for the proposition that an incidental extraterritorial effect is permissible if necessary to the effectiveness of legislation operating within the colony. The basic principle, however, was that colonies were incompetent to legislate extraterritorially.

There was a parallel extraterritorial incompetence in executive powers. For example, colonies were not competent to sign treaties. They might be consulted about treaties affecting them. They might become involved in negotiations under the aegis of the Imperial authorities, but the ultimate control and responsibility in treaty matters rested with the Imperial government. One reflection of this is s. 132 of the *Constitution Act, 1867*:

132. The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

Treaties were made by the Government of the United Kingdom and not Canada.

A particular example of the extraterritorial incompetence of colonies is that they were inca-

Nouvelle-Galles du Sud. En examinant cette interprétation de la loi en question, le lord chancelier Halsbury a affirmé (à la p. 458):

[TRADUCTION] ... il aurait été hors de la compétence de la colonie d'adopter une telle loi. Sa compétence se limite à son propre territoire et la maxime souvent citée, «Extra territorium jus dicenti impune non paretur», serait applicable à l'espèce.

Dans l'arrêt *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482, le Conseil privé a réitéré ce point de vue en concluant que le Canada n'avait pas compétence pour abolir les appels au Conseil privé.

La portée exacte de l'absence de compétence territoriale n'est pas clairement connue. Selon les Colonial Law Officers, une colonie pouvait légiférer relativement à la mer territoriale de trois milles marins et il y a de nombreux exemples où Terre-Neuve l'a fait. L'arrêt *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (C.P.), semble affirmer qu'un effet extra-territorial secondaire est admissible s'il est nécessaire à l'application efficace d'une loi dans la colonie. Le principe fondamental était cependant que les colonies n'avaient pas compétence pour adopter des lois d'application extra-territoriale.

Il y avait une absence de compétence extra-territoriale comparable en matière de pouvoirs exécutifs. Par exemple, les colonies n'avaient pas le pouvoir de signer des traités. Il pouvait leur arriver d'être consultées à propos des traités qui les touchaient. Elles pouvaient être appelées à participer à des négociations sous l'égide des autorités impériales, mais la responsabilité et le contrôle ultimes en matière de traités appartenaient au gouvernement impérial. L'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* témoigne de ce fait:

132. Le parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'empire Britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers.

Les traités étaient conclus par le gouvernement du Royaume-Uni et non par le Canada.

Un exemple particulier d'absence de compétence extra-territoriale des colonies est le fait qu'elles

pable of acquiring new territory. Boundaries could only be altered by the British authorities in the form of an order in council under the *Colonial Boundaries Act*.

The underlying basis of this denial of external sovereignty was that international relations were the preserve of the United Kingdom government and Parliament. Lack of external sovereignty made colonies incompetent to acquire continental shelf rights. The rights accrued initially to the Imperial Crown as the entity possessing external sovereignty in respect of colonies. The Imperial Crown could transfer them to the colony; this Court noted in the 1967 *Offshore Reference*, *supra*, at p. 808, that Imperial rights in the territorial sea could have been transferred to British Columbia. Indeed, continental shelf rights were given to certain colonies during the formative period of international law on the continental shelf. The territorial boundaries of Trinidad and Tobago (1942), Bahamas (1948), Jamaica (1948), British Honduras (1950), and Falkland Islands (1952) were extended by Imperial orders in council to include the continental shelf. In the background documents furnished in the case on appeal to constitutional incompetence of a colony itself to acquire such rights was alluded to. The Attorney General of Newfoundland does refer us to certain later colonial acts claiming continental shelf rights: Sierra Leone (1960); The Gambia (1963); Seychelles (1967); Cayman Islands (1978); British Virgin Islands (1972); St. Vincent (1970); British Solomon Islands Protectorate (1970). We have not been referred to the precise constitutional position of these colonies, nor is there any indication that the constitutional validity of these claims was tested, or even considered. We find these examples of slight persuasive value.

The Attorney General of Newfoundland argues that colonies could acquire continental shelf rights because rights of the Crown in overseas territories were held by the Crown in right of the colony. The

étaient incapables d'acquérir de nouveaux territoires. Seules les autorités britanniques pouvaient modifier les frontières d'une colonie par décret pris en application de la *Colonial Boundaries Act*.

^a La raison profonde de cette dénégation de souveraineté extérieure était que les relations internationales étaient réservées au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni. L'absence de souveraineté extérieure rendait les colonies inhabiles à acquérir des droits sur le plateau continental. Ces droits ont été initialement dévolus à Sa Majesté impériale en sa qualité de titulaire de la souveraineté extérieure à l'égard des colonies. Sa Majesté impériale pouvait céder ces droits à la colonie; cette Cour a souligné, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, précité, à la p. 808, que les droits impériaux sur la mer territoriale pouvaient avoir été cédés à la Colombie-Britannique. En effet, les droits sur le plateau continental ont été accordés à certaines des colonies pendant la période d'élaboration du droit international relatif au plateau continental. Les limites territoriales de Trinidad et Tobago (1942), des Bahamas (1948), de la Jamaïque (1948), du Honduras britannique (1950) et des îles Falkland (1952) ont été prolongées par décrets impériaux de manière à inclure le plateau continental. Dans les documents produits dans le dossier conjoint, on fait allusion à l'absence de compétence constitutionnelle d'une colonie pour ce qui est d'acquérir elle-même de tels droits. Le procureur général de Terre-Neuve nous mentionne certains actes posés ultérieurement par des colonies pour revendiquer des droits sur le plateau continental: la Sierra Leone (1960), la Gambie (1963), les Seychelles (1967), les îles Cayman (1978), les îles Vierges britanniques (1972), Saint Vincent (1970) et le protectorat britannique des îles Salomon (1970). On ne nous a pas parlé de la situation constitutionnelle exacte de ces colonies et rien n'indique que la validité constitutionnelle de ces revendications a été vérifiée ou même examinée. Nous estimons que ces exemples sont peu convaincants.

^j Le procureur général de Terre-Neuve soutient que les colonies pouvaient acquérir des droits sur le plateau continental parce que les droits que possérait Sa Majesté sur les territoires d'outre-mer

Attorney General of Nova Scotia makes a similar argument. We quote from the factum of the Attorney General of Nova Scotia, at p. 30:

Accordingly, under colonial constitutional law, it was a general principle that any lands owned by the Crown in a Colony are lands owned by the Crown in Right of the Colony and not in Right of the United Kingdom. Exception to this rule may be made in respect to a particular property (that is it can be considered to be held by the Crown in Right of the United Kingdom) but such exception must be made by an overt act making this reservation and the burden to prove the exception lies with the person claiming the exception.

This argument ignores one critical element. The proposition enunciated applies only to property within the colony. This territorial restriction is stated expressly in one of the authorities relied on: *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.) at p. 57-58:

The enactments of sect. 109 are, in the opinion of their Lordships, sufficient to give to each Province, subject to the administration and control of its own Legislature, the entire beneficial interest of the Crown in all lands within its boundaries, which at the time of the union were vested in the Crown, with the exception of such lands as the Dominion acquired right to under sect. 108, or might assume for the purposes specified in sect. 117. Its legal effect is to exclude from the "duties and revenues" appropriated to the Dominion, all the ordinary territorial revenues of the Crown arising within the Provinces.

(Emphasis added.)

There was considerable argument in the factums in this case to the effect that this Court was in error in holding in the *1967 Offshore Reference* that the territorial sea was outside the boundaries of, and therefore not the property of, a colony. Even if valid these submissions would not advance Newfoundland's position. Whatever the status of the territorial sea, continental shelf rights remain extraterritorial. The same reasoning that denies extraterritorial legislative and executive competence to colonies applies with equal force to pre-

étaient détenus par Sa Majesté du chef de la colonie. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a soumis un argument semblable. Nous citons l'extrait suivant tiré de la p. 30 du mémoire du procureur général de la Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] En conséquence, en vertu du droit constitutionnel colonial, il était de principe général que toute terre possédée par Sa Majesté dans une colonie était une terre possédée par Sa Majesté du chef de la colonie et non du chef du Royaume-Uni. Il peut y avoir une exception à cette règle à l'égard d'un bien particulier (c'est-à-dire qu'il peut être considéré comme possédé par Sa Majesté du chef du Royaume-Uni), mais une telle exception doit découler d'un acte manifeste de réserve et le fardeau de prouver l'exception incombe à la personne qui l'invoque.

Cet argument ne tient pas compte d'un élément déterminant. La proposition énoncée ne s'applique qu'aux biens situés à l'intérieur de la colonie. Cette restriction territoriale est expressément énoncée dans l'un des arrêts invoqués: *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.) aux pp. 57 et 58:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, les dispositions de l'art. 109 suffisent à donner à chaque province, sous réserve de l'administration et du contrôle de sa propre législature, tous les droits de propriété de Sa Majesté sur les terres situées à l'intérieur de ses frontières, qui au moment de l'union étaient dévolus à Sa Majesté, à l'exception des terres qui sont devenues la propriété du Dominion en vertu de l'art. 108 ou de celles que le Dominion peut avoir prises pour les fins mentionnées à l'art. 117. Cet article a pour effet d'exclure des «droits et revenus» destinés au Dominion tous les revenus territoriaux ordinaires de Sa Majesté générés à l'intérieur des provinces.

(C'est nous qui soulignons.)

On a prétendu à plusieurs reprises dans les mémoires produits en l'espèce que cette Cour a eu tort de conclure, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, que la mer territoriale est située en dehors des limites d'une colonie et qu'elle n'appartient donc pas à la colonie. Même si ces arguments étaient valables, cela n'améliorerait pas la situation de Terre-Neuve. Quel que soit le statut de la mer territoriale, les droits relatifs au plateau continental demeurent extra-territoriaux. Le raisonnement portant que les colonies n'ont

vent colonies from exercising any extraterritorial sovereign rights conferred by international law. It is only when a former colony, as a matter of constitutional law, acquires external sovereignty that it can also acquire continental shelf rights. Until such time it is the British Crown that is the beneficiary of the extraterritorial rights over the continental shelf accorded by international law.

In the *1967 Offshore Reference* this Court noted that sometime between 1919 and 1931 the Canadian federal government acquired external sovereignty. The Canadian Parliament's extraterritorial legislative competence was recognized in the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 Geo. V, c. 4. The first nine Canadian provinces, by contrast, never gained extraterritorial legislative competence: *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 477 at p. 512. They have never acquired external sovereignty. They are thus incapable of acquiring continental shelf rights.

Is the situation of Newfoundland any different from that of the nine other provinces? Citing, *inter alia*, the *Balfour Declaration*, the *Statute of Westminster, 1931* and the Terms of Union, the Attorney General of Newfoundland contends that it is and that Newfoundland acquired and retained external sovereignty sufficient to make it the beneficiary of the rights over the continental shelf recognized by international law.

Because of the change in Newfoundland's constitutional status in 1934, it is convenient to consider this contention first with reference to the period before 1934 and then to the period between 1934 and Confederation in 1949.

(1) *The Status of Newfoundland Prior to 1934*

The Attorney General of Newfoundland provides us with an extensive review of the history of the colony of Newfoundland, but we think it sufficient to begin with the Imperial Conference of 1926, at which Newfoundland was a full partici-

aucune compétence législative ou exécutive extra-territoriale s'applique tout autant pour empêcher les colonies d'exercer tout droit souverain extra-territorial conféré par le droit international. En droit constitutionnel, ce n'est que lorsqu'une ancienne colonie acquiert la souveraineté extérieure qu'elle peut aussi acquérir des droits sur le plateau continental. Jusqu'à ce que cela se produise, c'est la Couronne britannique qui est le bénéficiaire des droits extra-territoriaux sur le plateau continental que confère le droit international.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a souligné que le gouvernement fédéral canadien a acquis la souveraineté extérieure entre 1919 et 1931. Le *Statut de Westminster, 1931* (R.-U.), 22 Geo. V, chap. 4, a reconnu la compétence législative extra-territoriale du Parlement du Canada. Les neuf premières provinces du Canada, par contre, n'ont jamais acquis la compétence législative extra-territoriale: *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477, à la p. 512. Elles n'ont jamais acquis la souveraineté extérieure. Elles sont donc incapables d'acquérir des droits sur le plateau continental.

La situation de Terre-Neuve est-elle différente de celle des neuf autres provinces? Citant notamment la *Déclaration Balfour*, le *Statut de Westminster, 1931* et les Conditions de l'union, le procureur général de Terre-Neuve soutient qu'elle est différente et que Terre-Neuve a acquis et conservé la souveraineté extérieure nécessaire pour devenir bénéficiaire des droits relatifs au plateau continental que le droit international reconnaît.

À cause du changement survenu dans le statut constitutionnel de Terre-Neuve en 1934, il convient d'analyser cette prétention d'abord en fonction de la période antérieure à 1934 et ensuite en fonction de la période comprise entre 1934 et la Confédération en 1949.

(1) *Le statut de Terre-Neuve avant 1934*

Le procureur général de Terre-Neuve nous trace un long historique de la colonie de Terre-Neuve, mais nous croyons qu'il suffit de commencer par la Conférence impériale de 1926, à laquelle Terre-Neuve a participé, à part entière, avec la Grande-

pant along with Great Britain and the other Dominions. The Conference produced the *Balfour Declaration*, which included the following passage:

There is, however, one most important element in it which from a strictly constitutional point of view, has now, as regards all vital matters, reached its full development—we refer to the group of self-governing communities composed of Great Britain and the Dominions. Their position and mutual relation may be readily defined. They are autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations.

(Emphasis added.)

The equating of status of Dominions, including Newfoundland, with Great Britain was an express recognition that, as a matter of Imperial constitutional law, the Dominions had evolved to the stage of possessing external sovereignty.

It was argued on behalf of Canada that, during the period immediately following 1926 two factors distinguished the position of Newfoundland from that of the other Dominions. Newfoundland chose not to be a member of the League of Nations and Newfoundland chose to leave the conduct of its external relations to the British authorities. These two factors did cause considerable confusion concerning the manner in which Newfoundland was to be dealt with in treaties. These considerations may reflect on whether Newfoundland was an independent person in the eyes of international law, but they were not constitutional impediments. We do not think they detract from the fact that as a matter of status, according to Imperial constitutional convention, Newfoundland possessed external sovereignty.

In 1931 the *Statute of Westminster* included Newfoundland within the category of "Dominion". The following provisions of the Act are of particular significance:

1. In this Act the expression "Dominion" means any of the following Dominions, that is to say, the Dominion

Bretagne et les autres dominions. Cette conférence a donné lieu à la *Déclaration Balfour*, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Il y a cependant un élément très important qui, du point de vue strictement constitutionnel, pour ce qui est de toutes les questions fondamentales, a atteint son plein développement—nous voulons parler du groupe de collectivités autonomes que forment la Grande-Bretagne et les dominions. Leur situation et leurs rapports mutuels peuvent être facilement définis. Il s'agit de collectivités autonomes au sein de l'Empire britannique, de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires intérieures ou extérieures, tout en étant unies par une allégeance commune à Sa Majesté, et librement associées comme membres du Commonwealth britannique des Nations.

(C'est nous qui soulignons.)

Le fait d'assimiler le statut des dominions, y compris Terre-Neuve, à celui de la Grande-Bretagne équivalait à reconnaître expressément qu'en droit constitutionnel impérial les dominions avaient acquis la souveraineté extérieure.

On a prétendu, pour le compte du Canada, que pendant la période immédiatement postérieure à 1926, deux facteurs distinguaient la situation de Terre-Neuve de celle des autres dominions. Terre-Neuve a choisi de ne pas devenir membre de la Société des Nations et de laisser la conduite de ses relations extérieures aux autorités britanniques. Ces deux facteurs ont causé beaucoup de confusion à propos de la manière d'envisager Terre-Neuve dans les traités. Ces considérations peuvent influer sur la question de savoir si Terre-Neuve était une entité autonome aux yeux du droit international, mais elles ne constituent pas des empêchements constitutionnels. Nous ne croyons pas qu'elles portent atteinte au fait que, sur le plan de son statut en vertu de la convention constitutionnelle impériale, Terre-Neuve jouissait de la souveraineté extérieure.

En 1931, le *Statut de Westminster* a inclus Terre-Neuve dans la catégorie des «dominions». Les dispositions suivantes de cette loi sont particulièrement importantes:

1. Dans la présente loi l'expression «Dominion» signifie l'un quelconque des Dominions suivants: le Dominion

of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

10. (1) None of the following sections of this Act, that is to say, sections two, three, four, five and six, shall extend to a Dominion to which this section applies, as part of the law of that Dominion unless that section is adopted by the Parliament of the Dominion, and any Act of that Parliament adopting any section of this Act may provide that the adoption shall have effect either from the commencement of this Act or from such later date as is specified in the adopting Act.

(2) The Parliament of any such Dominion as aforesaid may at any time revoke the adoption of any section referred to in subsection (1) of this section.

(3) The Dominions to which this section applies are the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand and Newfoundland.

11. Notwithstanding anything in the Interpretation Act, 1889, the expression "Colony" shall not, in any Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act, include a Dominion or any Province or State forming part of a Dominion.

(Emphasis added.)

Newfoundland never did adopt the *Statute of Westminster, 1931*. Sections 1 and 11 automatically applied to it. Section 3, however, did not. It may well be that, because it failed to adopt the *Statute*, Newfoundland did not have power to make extraterritorial law. For the sake of argument, however, we are willing to assume that this failure is of no particular consequence and that, at least from 1926 to 1934, Newfoundland had sufficient external sovereignty to acquire continental shelf rights. By itself, though, that conclusion would do little to assist Newfoundland. As we shall see, there is not even a faint argument that continental shelf rights existed at international law by 1934. There was no State practice as of that date. The critical question respecting pre-Confederation

du Canada, le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'État libre d'Irlande, et Terre-Neuve.

3. Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale.

10. (1) Aucun des articles suivants de la présente Loi, savoir les articles deux, trois, quatre, cinq et six, ne doit s'étendre à un Dominion auquel s'applique le présent article comme partie de la législation de ce Dominion, à moins que l'article en question ne soit adopté par le Parlement du Dominion, et toute loi de ce Dominion adoptant un article quelconque de la présente Loi peut pourvoir à ce qu'elle prenne effet, soit le jour de la mise en vigueur de la présente Loi, soit à telle date ultérieure que la loi d'adoption spécifiera.

(2) Le Parlement de tout Dominion susdit peut en tout temps abroger tout article visé au paragraphe (1) du présent article.

(3) Les Dominions auxquels s'applique le présent article sont le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve.

11. Nonobstant toute disposition contraire de l'*Interpretation Act* de 1889, l'expression «Colonie» ne doit, dans aucune loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée après l'entrée en vigueur de la présente Loi, s'appliquer à un Dominion ou une province ou un État quelconque faisant partie d'un Dominion.

(C'est nous qui soulignons.)

Terre-Neuve n'a jamais adopté le *Statut de Westminster, 1931*. Les articles 1 et 11 s'appliquaient à elle automatiquement. Toutefois, ce n'était pas le cas en ce qui concerne l'art. 3. Il se pourrait bien qu'en raison de son omission d'adopter le *Statut*, Terre-Neuve n'ait pas eu le pouvoir de faire des lois d'application extra-territoriale. Pour les fins de la discussion cependant, nous sommes disposés à tenir pour acquis que cette omission n'a pas de conséquences particulières et que, du moins de 1926 à 1934, Terre-Neuve possédait la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir des droits sur le plateau continental. Toutefois, cette conclusion n'est pas en soi d'une grande utilité pour Terre-Neuve. Comme nous le verrons plus loin, on ne prétend pas le moindre-

status is the position of Newfoundland from 1934 to 1949.

(2) *The Status of Newfoundland under The Commission of Government, 1934-1949*

In the early 1930's Newfoundland was facing serious financial difficulties. It turned to the United Kingdom for assistance. The United Kingdom was prepared to assume financial responsibility for Newfoundland on the condition that the form of government of Newfoundland be changed. A joint Newfoundland-United Kingdom royal commission made the following recommendations:

We therefore recommend that the Newfoundland Government, recognising that it is impossible for the Island to surmount unaided the unprecedented difficulties that now confront it, should make an immediate appeal for the sympathetic co-operation of Your Majesty's Government in the United Kingdom in the adoption and execution of a joint plan of reconstruction, of which the following would be the main features:

- (a) The existing form of government would be suspended until such time as the Island may become self-supporting again.
- (b) A special Commission of Government would be created which would be presided over by His Excellency the Governor, would be vested with full legislative and executive authority, and would take the place of the existing Legislature and Executive Council.
- (c) The Commission of Government would be composed of six members, exclusive of the governor, three of whom would be drawn from Newfoundland and three from the United Kingdom.
- (d) The government Departments in the Island would be divided into six groups. Each group would be placed in the charge of a Member of the Commission of Government, who would be responsible for the efficient working of the Departments in the group, and the Commission would be collectively responsible for the several Departments.
- (e) The proceedings of the Commission of Government would be subject to supervisory control by Your Majesty's Government in the United Kingdom, and

ment que les droits sur le plateau continental existaient en droit international dès 1934. Il n'y avait pas de pratique des États à cette époque. La question capitale qui se pose quant au statut antérieur à la Confédération est la situation de Terre-Neuve de 1934 à 1949.

(2) *Le statut de Terre-Neuve sous le régime de la Commission de gouvernement, 1934-1949*

Au début des années trente, Terre-Neuve éprouvait de graves difficultés financières. Elle a demandé l'aide du Royaume-Uni. Le Royaume-Uni était disposé à assumer les obligations financières de Terre-Neuve à la condition que la forme de gouvernement de cette dernière soit modifiée. Une commission royale conjointe de Terre-Neuve et du Royaume-Uni a fait les recommandations suivantes:

[TRADUCTION] En conséquence, nous recommandons que le gouvernement de Terre-Neuve, qui reconnaît que l'Île est dans l'impossibilité de surmonter à elle seule les difficultés sans précédent qu'elle éprouve maintenant, fasse immédiatement appel à la collaboration bienveillante du gouvernement de Votre Majesté pour le Royaume-Uni dans le but d'adopter et de mettre à exécution un plan conjoint de redressement dont les caractéristiques principales seraient les suivantes:

- a) La forme actuelle du gouvernement serait suspendue jusqu'à ce que l'Île puisse redevenir financièrement autonome.
- b) Une commission spéciale de gouvernement serait créée qui, sous la présidence de son Excellence le gouverneur, serait dotée de pleins pouvoirs sur les plans législatif et exécutif et remplacerait l'assemblée législative et le conseil exécutif actuels.
- c) La Commission de gouvernement serait composée de six membres sans compter le gouverneur, dont trois en provenance de Terre-Neuve et trois en provenance du Royaume-Uni.
- d) Les ministères gouvernementaux de l'Île seraient divisés en six groupes. Chaque groupe relèverait d'un membre de la Commission de gouvernement, qui serait responsable du bon fonctionnement des ministères faisant partie du groupe, et la Commission serait collectivement responsable des divers ministères.
- e) Les travaux de la Commission seraient assujettis à la surveillance et au contrôle du gouvernement de Votre Majesté pour le Royaume-Uni et le gouverneur

the Governor-in-Commission would be responsible to the Secretary of State for Dominion Affairs in the United Kingdom for the good government of the Island.

(f) Your Majesty's Government in the United Kingdom would, for their part, assume general responsibility for the finances of the Island until such time as it may become self-supporting again, and would, in particular, make such arrangements as may be deemed just and practicable with a view to securing to Newfoundland a reduction in the present burden of the public debt.

(g) It would be understood that, as soon as the Island's difficulties are overcome and the country is again self-supporting, responsible government, on request from the people of Newfoundland, would be restored.

At the request of the Newfoundland Assembly, the Parliament at Westminster enacted the *Newfoundland Act*, 1933 (U.K.), Geo. V, c. 2, to give effect to the recommendations. The Act authorized the suspension of the existing Letters Patent, which recognized responsible government. New Letters Patent establishing the Commission of Government in fact came into force February 18, 1934.

The new government was neither representative nor responsible. Its undemocratic nature has little bearing on questions of sovereignty, but the fact that the government was not responsible clearly does. The control to be exercised by the United Kingdom government, referred to in paragraph (e) of the Royal Commission's recommendations, was not a paper control, but a real one. This was acknowledged by Gordon Bradley, member of the Newfoundland delegation, during the 1947 meeting with Canadian representatives at which the possibility of union was discussed:

Newfoundland may be described as a country in search of a satisfactory form of government. For upwards of thirteen years the country has been managed by what we fairly call a caretaker administration. This administration, known as Government by Commission, is appointed and controlled by His Majesty's Government in the United Kingdom. It is not representative of the people except in the limited sense that three of its seven members are residents of Newfoundland who have been

en commission répondrait du bon gouvernement de l'Île au Secrétaire d'État pour les affaires des Domînions du Royaume-Uni.

a) f) Le gouvernement de Votre Majesté pour le Royaume-Uni assumerait quant à lui la responsabilité générale des finances de l'Île jusqu'à ce qu'elle puisse redevenir financièrement autonome et, en particulier, il prendrait les arrangements qu'il pourrait juger justes et réalisables dans le but de réduire le fardeau actuel de la dette publique de Terre-Neuve.

c) g) Il serait entendu qu'aussitôt que les difficultés de l'Île seraient surmontées et que le pays serait redevenu financièrement autonome, le gouvernement responsable serait rétabli à la demande de la population de Terre-Neuve.

d) À la demande de l'Assemblée législative de Terre-Neuve, le Parlement de Westminster a adopté la *Newfoundland Act*, 1933 (R.-U.), Geo. V, chap. 2, afin d'appliquer ces recommandations. La Loi permettait de suspendre l'application des lettres patentes en vigueur qui reconnaissaient le gouvernement responsable. En fait, les nouvelles lettres patentes qui constituaient la Commission de gouvernement sont entrées en vigueur le 18 février 1934.

f) h) Le nouveau gouvernement n'était ni représentatif ni responsable. Sa nature non démocratique a peu de répercussions sur les questions de souveraineté, mais le fait qu'il n'était pas responsable en a certainement. Le contrôle que devait exercer le gouvernement du Royaume-Uni, dont il est fait mention à l'alinéa e) des recommandations de la Commission royale, n'était pas un contrôle théorique mais un contrôle réel. Cela a été reconnu par Gordon Bradley, un membre de la délégation de Terre-Neuve, à l'occasion de la réunion de 1947 avec des représentants du Canada au cours de laquelle la possibilité d'union a été discutée:

[TRADUCTION] On peut décrire Terre-Neuve comme un pays à la recherche d'une forme satisfaisante de gouvernement. Depuis plus de treize ans, le pays a été géré par ce qu'on peut à juste titre appeler une administration intérimaire. Cette administration, connue sous le nom de gouvernement par commission, est nommée et contrôlée par le gouvernement de Sa Majesté pour le Royaume-Uni. Elle ne représente pas la population si ce n'est dans la mesure où trois de ses sept membres sont des rési-

selected and appointed by the British Government, the other four being residents of the United Kingdom. It was frankly admitted, when this Commission system of administration was first proposed and inaugurated, that it was to be of a temporary character, lasting for a limited period of years. The two conditions of its abolition were set forth clearly in the beginning; it was to continue until Newfoundland became self-supporting again and the Newfoundland people requested its discontinuance.

The view of the Secretary of State for Dominion Affairs was that supervisory control by the Dominions Office was a constitutional necessity. A government must be accountable to an elected body, and the only body to which the Commission of Government could be answerable was the Parliament at Westminster, through the Secretary of State for Dominion Affairs (Dispatch 539, December 19, 1935).

The Attorney General of Newfoundland submits in Appendix "A" to his factum, at p. 149:

Although the new form of Government thus brought about was neither representative nor responsible it was nevertheless, equally with its predecessor, the government of Newfoundland and of no other place.

The government was certainly the government of Newfoundland; the difficulty is that it was not the government by Newfoundland.

During the Commission of Government, Newfoundland still technically had the status of a Dominion under the *Statute of Westminster, 1931*. In practice, though, Newfoundland was treated differently from the other Dominions. For example, in Imperial legislation which referred to the Dominions the formula used was to define Dominion as "a Dominion within the meaning of the *Statute of Westminster, 1931* except Newfoundland", and then deal with Newfoundland separately, treating it in the same manner as colonies.

The Attorney General of Newfoundland makes a strong argument to the effect that during the Commission of Government, Newfoundland was not like an ordinary colony. This may well be true

dants de Terre-Neuve qui ont été choisis et nommés par le gouvernement britannique, les quatre autres membres étant des résidents du Royaume-Uni. On a franchement reconnu, lorsque ce système d'administration par commission a été proposé pour la première fois et instauré, qu'il serait de nature temporaire et qu'il ne durerait qu'un nombre limité d'années. Les deux conditions de son abolition ont été clairement énoncées au départ: il subsisterait jusqu'à ce que Terre-Neuve redevienne financièrement autonome et que la population de Terre-Neuve en demande la suppression.

De l'avis du Secrétaire d'État pour les affaires des Dominions, le contrôle par le Dominions Office était une nécessité constitutionnelle. Un gouvernement doit être comptable de ses actes à un organisme élu et le seul organisme élu auquel la Commission de gouvernement pouvait être comptable était le Parlement de Westminster, par l'entremise du Secrétaire d'État pour les affaires des Dominions (Dépêche 539, le 19 décembre 1935).

Le procureur général de Terre-Neuve soutient à l'annexe «A» de son mémoire, à la p. 149:

[TRADUCTION] Même si, dans sa nouvelle forme, le gouvernement institué n'était ni représentatif ni responsable, il constituait néanmoins, tout autant que ses prédecesseurs, une forme de gouvernement de Terre-Neuve et de nulle part ailleurs.

Ce gouvernement était certainement celui de Terre-Neuve; la difficulté vient de ce que ce n'était pas une forme de gouvernement par Terre-Neuve.

Sous le régime de la Commission de gouvernement, Terre-Neuve avait encore en principe le statut de dominion en vertu du *Statut de Westminster, 1931*. En pratique cependant, Terre-Neuve a été traitée de façon différente des autres dominions. Par exemple, dans la législation impériale qui porte sur les dominions, la formule utilisée consistait à définir un dominion comme [TRADUCTION] «un dominion au sens du *Statut de Westminster, 1931*, à l'exception de Terre-Neuve», puis à disposer séparément du cas de Terre-Neuve en la traitant comme une colonie.

Le procureur général de Terre-Neuve soutient avec vigueur que, sous le régime de la Commission de gouvernement, Terre-Neuve était différente d'une colonie ordinaire. Ce peut bien être vrai,

but that does not mean it had the requisite external sovereignty to acquire continental shelf rights.

In the conduct of international relations, the United Kingdom government acted on behalf of Newfoundland, though representatives of the Newfoundland government were *de facto* closely involved. Newfoundland participated in the 1943 Fisheries Conference and signed the Final Act of the Conference on its own, but this was later described as "irregular" by the Foreign Office (Case, p. 1673). It seems clear that the United Kingdom authorities were concerned that the Newfoundland government not act as an independent State. Thus Newfoundland's response to the *Truman Proclamation*, (the claim to continental shelf rights enunciated by the United States in 1945), was thought to raise constitutional questions. In a letter dated July 31, 1947 from C. Costley-White, of the Commonwealth Relations Office, to P. D. H. Dunn, Newfoundland Minister of Agriculture and Fisheries, the following observation was made (Case, p. 2098):

Under the present constitutional arrangements (which may not however of course last much longer) it would not seem appropriate for the Newfoundland Government to raise direct with the United States Government a matter of this kind concerning external relations. It would be necessary for the United Kingdom Government to approach the United States Government.

The Attorney General of Newfoundland makes an argument, accepted by the Court of Appeal in the *Newfoundland Reference*, (p. 32) that the United Kingdom government and the Commission of Government were constitutionally trustees for the future government of Newfoundland. Correct or not, this analysis does not aid in resolving the question at issue. The powers of the "future government of Newfoundland" were in 1949 divided between the new province of Newfoundland and the Canadian federal government. Newfoundland's analysis does not tell us what was preserved or acquired for the future province as opposed to the federal government.

mais cela ne signifie pas qu'elle avait la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir des droits sur le plateau continental.

Dans la conduite des relations internationales, le gouvernement du Royaume-Uni agissait au nom de Terre-Neuve, même si, de fait, des représentants du gouvernement de Terre-Neuve y participaient étroitement. Terre-Neuve a participé à la Conférence de 1943 sur les pêcheries et a signé de son propre chef le document final de la Conférence, mais par la suite cela a été qualifié d'"irrégulier" par le Foreign Office (Dossier, p. 1673). Il semble clair que les autorités du Royaume-Uni veillaient à ce que le gouvernement de Terre-Neuve n'agisse pas à titre d'État indépendant. Ainsi, on a considéré que la réponse de Terre-Neuve à la *proclamation Truman* (la revendication des droits sur le plateau continental faite par les États-Unis en 1945) soulevait des questions constitutionnelles. Dans une lettre en date du 31 juillet 1947, adressée par C. Costley-White du Commonwealth Relations Office, à P. D. H. Dunn, ministre de l'Agriculture et des Pêches de Terre-Neuve, on trouve l'observation suivante (Dossier, p. 2098):

[TRADUCTION] En vertu des arrangements constitutionnels actuels (qui, il est vrai, n'auront peut-être pas cours encore très longtemps), il ne semblerait pas approprié pour le gouvernement de Terre-Neuve d'aborder directement, avec le gouvernement des États-Unis, une question de cette nature au sujet des relations extérieures. Il serait nécessaire que le gouvernement du Royaume-Uni entre en communication avec celui des États-Unis.

Le procureur général de Terre-Neuve soutient, et la Cour d'appel a accepté cet argument dans le *Renvoi de Terre-Neuve* (p. 32), que le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission de gouvernement étaient, du point de vue constitutionnel, les fiduciaires du futur gouvernement de Terre-Neuve. Qu'elle soit exacte ou non, cette analyse ne nous aide pas à résoudre la question en litige. Les pouvoirs du «futur gouvernement de Terre-Neuve» ont été, en 1949, partagés entre la nouvelle province de Terre-Neuve et le gouvernement fédéral du Canada. L'analyse de Terre-Neuve ne nous indique pas ce qu'on a réservé ou acquis pour la future province par opposition à ce qui a été fait pour le gouvernement fédéral.

The Attorney General of Newfoundland stresses that the Commission of Government was voluntarily submitted to by Newfoundland, and that self-government was only suspended. We accept both propositions, but they do not alter the situation that during the period of suspension Newfoundland did not even have internal sovereignty, much less external sovereignty. We think that the suspension of self-government necessarily suspended the external sovereignty of Newfoundland recognized in the *Balfour Declaration*. Any continental shelf rights available at international law between 1934 and 1949 therefore accrued to the Crown in right of the United Kingdom, not the Crown in right of Newfoundland.

(3) *The Effect of Term 7 on the Status of Newfoundland*

The Attorney General of Newfoundland submits, in the alternative, that even if Newfoundland lost its external sovereignty during the Commission of Government, it entered Canada with the same external sovereignty it had in 1933 because of Term 7 of the Terms of Union:

PROVINCIAL CONSTITUTION

7. The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February 1934, is revived at the date of Union and shall, subject to these Terms and the British America Acts, 1867 to 1946, continue as the Constitution of the Province of Newfoundland from and after the date of Union, until altered under the authority of the said Acts.

The argument is that the revival of the pre-1934 Constitution means that whatever continental shelf rights arose during the Commission of Government attached to Newfoundland immediately prior to Union.

Term 7 first appeared in the seventh of the eight preliminary drafts of the Terms of Union. It then read simply:

Le procureur général de Terre-Neuve souligne que Terre-Neuve s'est soumise de plein gré à la Commission de gouvernement et que son autonomie n'a été que suspendue. Nous acceptons ces deux propositions, mais elles ne changent rien au fait que, pendant la période de suspension, Terre-Neuve ne possédait même pas la souveraineté intérieure et encore moins la souveraineté extérieure. Nous sommes d'avis que la suspension de l'autonomie a nécessairement eu pour effet de suspendre la souveraineté extérieure de Terre-Neuve reconnue dans la *Déclaration Balfour*. Tous les droits relatifs au plateau continental que le droit international a reconnus entre 1934 et 1949 ont donc été dévolus à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve.

(3) *L'effet de la clause 7 sur le statut de Terre-Neuve*

Le procureur général de Terre-Neuve soutient subsidiairement que, même si Terre-Neuve a perdu sa souveraineté extérieure pendant la Commission de gouvernement, elle s'est jointe au Canada avec la même souveraineté extérieure que celle qu'elle possédait en 1933, à cause de la clause 7 des Conditions de l'union:

CONSTITUTION DE LA PROVINCE

7. La constitution de Terre-Neuve, telle qu'elle existait immédiatement avant le seizième jour de février 1934, est remise en vigueur à la date de l'Union et, sous réserve des présentes clauses et des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, continuera d'être la constitution de la province de Terre-Neuve, à compter de la date de l'Union, tant qu'elle n'aura pas été modifiée en vertu desdits actes.

Selon cet argument, la remise en vigueur de la constitution antérieure à 1934 signifie que tous les droits relatifs au plateau continental qui sont nés pendant la Commission de gouvernement sont revenus à Terre-Neuve immédiatement avant l'union.

La clause 7 est apparue pour la première fois dans le septième des huit avant-projets des Conditions de l'union. Elle se lisait simplement alors comme ceci:

PROVINCIAL CONSTITUTION

7. The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February, 1934, is revived at the date of Union as provided in these Terms.

It was revised in the eighth draft to read:

PROVINCIAL CONSTITUTION

7. The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February, 1934, is revived at the date of Union and shall, subject to the provisions of these Terms, continue as the Constitution of the Province of Newfoundland from and after the date of Union, until altered under the authority of the British North America Acts, 1867 to 1946.

It was changed to its final form in the supplement to the eighth draft.

The thrust of each of the drafts of Term 7 is the same. The phrase "at the date of Union" in Term 7 is defined in Term 1 as "the coming into force of these Terms". Accordingly, the revival takes effect at the same time as the rest of the Terms. The pre-1934 Constitution is revived only as amended. One of the amendments is that Newfoundland is to have the status of a province under the *Statute of Westminster, 1931* (Term 48). Term 7 is preceded by the heading "Provincial Constitution". The obvious purpose of Term 7 is to give Newfoundland responsible government, but as a province of Canada (*Newfoundland Reference, supra*, p. 34). Term 7 refers to the manner of internal self-government only.

Accordingly, we do not think Term 7 in any way affects our conclusion that, if continental shelf rights existed at international law prior to Union, they accrued to the Crown in right of the United Kingdom not the Crown in right of Newfoundland.

[TRADUCTION]

CONSTITUTION DE LA PROVINCE

7. La constitution de Terre-Neuve, telle qu'elle existait immédiatement avant le seizième jour de février 1934, est remise en vigueur à la date de l'Union prévue dans les présentes clauses.

Elle a été révisée dans le huitième avant-projet de manière à se lire:

[TRADUCTION]

CONSTITUTION DE LA PROVINCE

7. La constitution de Terre-Neuve, telle qu'elle existait immédiatement avant le seizième jour de février 1934, est remise en vigueur à la date de l'Union et, sous réserve des présentes clauses, continuera d'être la constitution de la province de Terre-Neuve, à compter de la date de l'Union, tant qu'elle n'aura pas été modifiée en vertu des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946.

Elle a été rédigée dans sa version définitive dans le supplément du huitième avant-projet.

L'essence de chacune des ébauches de la clause 7 est la même. L'expression «à la date de l'Union» dans la clause 7 est définie à la clause 1 comme étant «l'entrée en vigueur des présentes clauses». En conséquence, la remise en vigueur prend effet en même temps que les autres clauses. La constitution antérieure à 1934 n'est remise en vigueur que sous sa forme modifiée. Une de ces modifications porte que Terre-Neuve aura le statut d'une province en vertu du *Statut de Westminster, 1931* (clause 48). La clause 7 est précédée de l'intitulé «Constitution de la province». L'objet évident de la clause 7 est de donner à Terre-Neuve un gouvernement responsable, mais à titre de province du Canada (*Renvoi de Terre-Neuve*, précité, p. 34). La clause 7 ne porte que sur la forme d'autonomie intérieure.

En conséquence, nous ne croyons pas que la clause 7 modifie de quelque façon notre conclusion portant que, si des droits relatifs au plateau continental existaient en droit international avant l'union, ils ont été dévolus à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve.

(4) *The Effect of Term 37 on the Status of Newfoundland*

Even if Newfoundland had possessed external sovereignty immediately prior to joining Canada, it clearly lost such external sovereignty as a result of the Union when it acquired the status of a province. Assuming, for the purposes of argument only, that in 1949 Newfoundland had external sovereignty to lose, would that loss of external sovereignty also have entailed a loss of continental shelf rights already acquired?

The Attorney General of Newfoundland relies on Term 37 to support the argument that the province retained continental shelf rights. Terms 2, 3, and 35 are also relevant:

2. The Province of Newfoundland shall comprise the same territory as at the date of Union, that is to say, the island of Newfoundland and the islands adjacent thereto, the Coast of Labrador as delimited in the report delivered by the Judicial Committee of His Majesty's Privy Council on the first day of March, 1927, and approved by His Majesty in His Privy Council on the twenty-second day of March, 1927, and the islands adjacent to the said Coast of Labrador.

APPLICATION OF THE BRITISH NORTH AMERICA ACTS

3. The British North America Acts, 1867 to 1946, shall apply to the Province of Newfoundland in the same way, and to the like extent as they apply to the provinces heretofore comprised in Canada, as if the Province of Newfoundland had been one of the provinces originally united, except in so far as varied by these Terms and except such provisions as are in terms made or by reasonable intendment may be held to be specially applicable to or only to affect one or more and not all of the provinces originally united.

35. Newfoundland public works and property not transferred to Canada by or under these Terms will remain the property of the Province of Newfoundland.

Natural Resources

37. All lands, mines, minerals, and royalties belonging to Newfoundland at the date of Union, and all sums

(4) *L'effet de la clause 37 sur le statut de Terre-Neuve*

Même si Terre-Neuve avait possédé la souveraineté extérieure immédiatement avant de s'unir au Canada, elle a manifestement perdu cette souveraineté extérieure par suite de cette union, en acquérant le statut de province. À supposer, pour les fins de l'argumentation seulement, qu'en 1949 Terre-Neuve avait une souveraineté extérieure qu'elle pouvait perdre, la perte de cette souveraineté extérieure aurait-elle entraîné celle des droits déjà acquis sur le plateau continental?

Le procureur général de Terre-Neuve invoque la clause 37 pour étayer l'argument portant que la province a conservé les droits relatifs au plateau continental. Les clauses 2, 3 et 35 sont aussi pertinentes:

2. La province de Terre-Neuve comprendra le même territoire qu'à la date de l'Union, c'est-à-dire l'île de Terre-Neuve et les îles y adjacentes, ainsi que la côte du Labrador, telle qu'elle a été délimitée dans la décision rendue par le Comité judiciaire du Conseil privé de Sa Majesté le premier jour de mars 1927 et approuvée par Sa Majesté en son Conseil privé le vingt-deuxième jour de mars 1927, et les îles adjacentes à ladite côte du Labrador.

APPLICATION DES ACTES DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE

3. Les Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, s'appliqueront à la province de Terre-Neuve de la même façon et dans la même mesure qu'ils s'appliquent aux provinces comprises jusqu'ici dans le Canada, comme si la province de Terre-Neuve avait été l'une des provinces primitivement unies, sauf les dérogations apportées par les présentes clauses et excepté les dispositions qui sont, de façon expresse, ou qui peuvent être, selon une interprétation raisonnable, spécialement applicables ou destinées à s'appliquer seulement à une ou quelques provinces primitivement unies, mais non à toutes ces dernières.

35. Les ouvrages et biens publics de Terre-Neuve qui ne sont pas, sous l'autorité ou en vertu des présentes clauses, transférés au Canada demeureront la propriété de la province de Terre-Neuve.

Ressources naturelles

37. Toutes les terres, mines, minéraux et redevances appartenant à Terre-Neuve à la date de l'Union, et tous

then due or payable for such lands, mines, minerals, or royalties, shall belong to the Province of Newfoundland, subject to any trusts existing in respect thereof, and to any interest other than that of the Province in the same.

Term 37 (which was in the same form throughout all eight preliminary drafts) is analogous to s. 109 of the *Constitution Act, 1867*

109. All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

(Emphasis added.)

Noting that Term 3 contemplates that there may be differences between Newfoundland and the rest of the provinces, the Attorney General of Newfoundland draws a distinction based on the fact that the words "in which the same are situate or arise" which appear in s. 109 do not appear in Term 37. As adopted by the Court of Appeal in the *Newfoundland Reference, supra*, at pp. 35-36 this argument runs as follows:

If it were intended that on union with Canada, Newfoundland's ownership of natural resources was restricted to these resources found within its defined boundaries, then Term 37 becomes superfluous in view of the fact that Term 3 had already made s. 109 of the *British North America Act, 1867* applicable to Newfoundland in the absence of a specific variation, in the same way that s. 10 of British Columbia's Terms of Union made s. 109 applicable to that province. The general rule of construction is that not only must the whole Act be read, but every provision of the Act should, if possible, be given meaning. The significant difference between Term 37 and s. 109 is the omission of any language from Term 37 confining the resources reserved to Newfoundland to those found within its boundaries as defined in Term 2. The presumption is that words are not omitted, when they have been used in a corresponding clause in an earlier statute, without a reason. To give effect to Term 37, then, it must be construed as a variation of s. 109 of the *British North America Act, 1867* and of having the effect of reserving to the Province of Newfoundland all

les montants alors échus ou payables pour lesdites terres, mines, minéraux ou redevances, appartiendront à la province de Terre-Neuve, sous réserve de toutes fiducies à leur égard et de tout intérêt autre que celui que la province pourrait avoir dans les susdits.

La clause 37 (dont le texte est demeuré le même dans les huit avant-projets) est semblable à l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

109. Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

(C'est nous qui soulignons.)

Soulignant que la clause 3 prévoit qu'il peut y avoir des différences entre Terre-Neuve et les autres provinces, le procureur général de Terre-Neuve fait une distinction fondée sur le fait que les mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles» que l'on trouve à l'art. 109 ne figurent pas dans la clause 37. Tel qu'adopté par la Cour d'appel dans le *Renvoi de Terre-Neuve*, précité, aux pp. 35 et 36, cet argument se présente ainsi:

[TRADUCTION] Si lors de l'union au Canada, l'intention était de restreindre la propriété de Terre-Neuve, en matière de ressources naturelles, aux ressources qui se trouvaient à l'intérieur de ses frontières définies, alors la clause 37 devient superflue compte tenu du fait que la clause 3 rend déjà l'art. 109 de l'*Acte de Amérique du Nord britannique, 1867* applicable à Terre-Neuve sans modification expresse, de la même manière que l'art. 10 des Conditions de l'union de la Colombie-Britannique rend l'art. 109 applicable à cette province. Suivant la règle générale d'interprétation, il faut non seulement interpréter la Loi dans son ensemble, mais si possible donner un sens à chacune de ses dispositions. La différence importante entre la clause 37 et l'art. 109 est l'absence, dans la clause 37, de termes qui limitent les ressources réservées à Terre-Neuve à celles qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières définies à la clause 2. La présomption veut que les mots qui se trouvent dans une clause correspondante d'une loi antérieure n'aient pas été omis sans motif. Pour donner effet à la clause 37, il faut donc l'interpréter comme une modification de

proprietary rights both within and outside the land mass described in Term 2.

Despite its concurrence with the Attorney General of Newfoundland as to the significance of the Terms in question, the Newfoundland Court of Appeal found that Term 37 did not apply to continental shelf rights because Newfoundland had not claimed any proprietary interest in the continental shelf. The Court explained at p. 40:

The Supreme Court of Canada in the *B.C. Reference* [the 1967 *Offshore Reference*] determined that international law cannot, of itself, endow a State with additional territory or rights therein. The acquisition of such rights is a matter of municipal law and must be accomplished by some constitutional act. We must, of course, accept that decision as determinative of the issue. The historical record of Newfoundland prior to Union establishes there was no such act.

In the 1967 *Offshore Reference* this Court concluded on the basis of *R. v. Keyn, supra*, that the territory of British Columbia did not include the territorial sea because of the lack of a claim under municipal law. This requirement of a claim applies, we think, only to extension of territories and not to the acquisition of proprietary interests beyond territorial limits. We do not think that it is the absence of a claim by Newfoundland that precludes it from acquiring a proprietary interest. In the 1967 *Offshore Reference* Canada was held to have the right to explore and exploit the continental shelf though it had made no claim. Our conclusion that Term 37 would not have assisted Newfoundland in retaining whatever pre-1949 continental shelf rights it might have acquired is based on different considerations.

We do not attribute the same significance as did the Court of Appeal of Newfoundland to the specific inclusion of Term 37 nor to the absence of the words "in which the same are situate or arise".

l'art. 109 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 et comme ayant pour effet de résérer à la province de Terre-Neuve tous les droits de propriété à l'intérieur et à l'extérieur du territoire décrit à la clause 2.

Même si elle s'est dite d'accord avec le procureur général de Terre-Neuve quant à l'importance des clauses en question, la Cour d'appel de Terre-Neuve a quand même conclu que la clause 37 ne s'appliquait pas aux droits sur le plateau continental parce que Terre-Neuve n'avait jamais revendiqué aucun droit de propriété sur le plateau continental. La cour explique, à la p. 40:

[TRADUCTION] Dans le *Renvoi de la Colombie-Britannique* [le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*], la Cour suprême du Canada a statué que le droit international ne peut pas à lui seul doter un État d'un territoire additionnel ou de droits sur ce territoire. L'acquisition de tels droits relève du droit national et doit être réalisée au moyen d'un acte constitutionnel quelconque. Nous devons, bien sûr, considérer que cette décision règle la question en l'espèce. L'historique de Terre-Neuve avant l'union démontre qu'il n'y a pas eu de tel acte.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a conclu, en fonction de l'arrêt *R. v. Keyn*, précité, que le territoire de la Colombie-Britannique n'incluait pas la mer territoriale à cause de l'absence de revendication en vertu du droit national. Cette exigence d'une revendication ne s'applique, croyons-nous, qu'à l'extension de territoires et non à l'acquisition de droits de propriété au delà des limites territoriales. Nous ne croyons pas que ce soit l'absence de revendication de la part de Terre-Neuve qui l'empêche d'acquérir un droit de propriété. Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, on a conclu que le Canada avait le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental même s'il n'avait fait aucune revendication. Notre conclusion que la clause 37 n'aurait pas aidé Terre-Neuve à conserver tout droit qu'elle pourrait avoir acquis sur le plateau continental avant 1949 se fonde sur des considérations différentes.

Nous n'attribuons pas la même importance que la Cour d'appel de Terre-Neuve a accordée à l'insertion spécifique de la clause 37 ou à l'absence des mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou

The Terms of Union fully dealt with property division, though much of it could be characterized as superfluous. There were certain things that could not be covered by the *Constitution Act, 1867*, such as Gander Airport and the property of Newfoundland Broadcasting Corporation, but many other transfers in the Terms of Union had direct parallels in the *Constitution Act, 1867*, for example railways or public harbours. There seems simply to have been a desire to collect all the provisions related to property division in one place and hence the inclusion of Terms 35 and 37 in addition to Term 3.

As for the words "in which the same are situate or arise" in s. 109, these are grammatically necessary because the section dealt originally with three former colonies becoming four provinces. They have no further purpose or effect. The property rights being dealt with in s. 109 are public property rights: *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.), at p. 301. The Crown in right of the province holds ultimate title in such property within the province because it is the Crown. Outside their boundaries the provinces can hold no such public property; whatever extraprovincial property they do hold—such as provincial offices in foreign countries—is held by them as private property in their capacity as legal persons. This is a basic principle of constitutional law and not the result of the inclusion of the phrase "in which the same are situate or arise" in s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. It would take much more than the omission of these words from Term 37 of the Terms of Union to give the Province of Newfoundland the capacity to hold extraterritorial public property.

Finally and beyond all this there is a fundamental conceptual difficulty in attempting to apply Terms 35 and 37 to continental shelf rights. These Terms deal with proprietary rights to be retained by the Province of Newfoundland after Confederation. Continental shelf rights are in pith and sub-

exigibles». Les Conditions de l'union portaient entièrement sur le partage des biens, malgré qu'on pourrait en qualifier une bonne partie de superflue. Il y a certaines choses qui ne pouvaient être visées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme l'aéroport de Gander et la propriété de la Newfoundland Broadcasting Corporation, mais plusieurs autres cessions dans les Conditions de l'union avaient un équivalent exact dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme par exemple, les chemins de fer ou les ports de l'État. Il semble qu'on ait voulu simplement réunir toutes les dispositions relatives au partage des biens en un seul endroit, d'où l'insertion des clauses 35 et 37 en sus de la clause 3.

Quant aux mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles» à l'art. 109, ils sont grammaticalement nécessaires parce que l'article visait au départ trois anciennes colonies qui allaient former quatre provinces. Ils n'ont aucun autre but ni aucun autre effet. Les droits de propriété visés à l'art. 109 sont ceux sur les biens publics: *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (C.P.), à la p. 301. Sa Majesté du chef de la province détient le titre ultime sur ces biens à l'intérieur de la province parce qu'elle est l'État. En dehors de leurs frontières, les provinces ne peuvent posséder de tels biens publics; tout bien qu'elles peuvent posséder en dehors de leurs limites territoriales — comme des bureaux provinciaux dans des pays étrangers — elles le possèdent comme propriété privée en leur capacité de personnes morales. Il s'agit là d'un principe fondamental en droit constitutionnel et non de la conséquence de l'insertion des mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles» à l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faudrait beaucoup plus que l'absence de ces mots de la clause 37 des Conditions de l'union pour conférer à la province de Terre-Neuve la capacité de posséder des biens publics extra-territoriaux.

Qui plus est enfin, il se présente une difficulté conceptuelle fondamentale lorsqu'on tente d'appliquer les clauses 35 et 37 aux droits relatifs au plateau continental. Ces clauses portent sur les droits de propriété que la province de Terre-Neuve conservera après la Confédération. De par leur

stance incidents of external sovereignty. They are not in pith and substance proprietary rights and are therefore not properly dealt with by provisions governing division of property. Term 37 cannot advance Newfoundland's argument.

Assuming, *arguendo*, that a right to explore and exploit the continental shelf was recognized by international law in 1949, we conclude that on Union it would have had to devolve as an incident of external sovereignty, whether from the Crown in right of Newfoundland or, as we think, from the Crown in right of the United Kingdom, to the only entity within Canada possessing external sovereignty—the Crown in right of Canada. Even if—contrary to our opinion—Newfoundland did have the external sovereignty necessary to acquire continental shelf rights prior to joining Canada, the effect of the Terms of Union would be that Canada, not Newfoundland would have the right to explore and exploit the continental shelf.

The State of International Law in 1949

Up to now we have been making assumptions about international law most favourable to Newfoundland's position. On these assumptions we have been unable to conclude that Newfoundland was constitutionally capable of acquiring or retaining continental shelf rights. We turn now to examine these assumptions and to consider the international law question.

In the late 1940's there was some discussion between the Commission of Government of Newfoundland and the United Kingdom government about the possibility of a claim to the continental shelf being made "by or on behalf of Newfoundland", but no such claim was ever made. Accordingly, in order for Newfoundland to have acquired continental shelf rights under international law prior to its joining Canada in 1949, it must be shown that by that date international law had reached the stage not only of recognizing as valid State claims to the continental shelf, but also that

caractère véritable, les droits relatifs au plateau continental sont rattachés à la souveraineté extérieure. De par leur caractère véritable, ce ne sont pas des droits de propriété et, en conséquence, ils ne sont pas vraiment visés par des dispositions régissant le partage des biens. La clause 37 ne peut étayer l'argumentation de Terre-Neuve.

À supposer, pour les fins de la discussion, qu'en 1949 le droit international reconnaissait le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental, nous concluons que lors de l'union, ce droit a dû être transmis, comme accessoire à la souveraineté extérieure, soit de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve soit, comme nous le croyons, de Sa Majesté du chef du Royaume-Uni à la seule entité au Canada qui possède la souveraineté extérieure — Sa Majesté du chef du Canada. Même si — contrairement à ce que nous croyons — Terre-Neuve avait possédé la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir les droits relatifs au plateau continental avant de se joindre au Canada, en vertu des Conditions de l'union ce serait le Canada et non Terre-Neuve qui aurait le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental.

L'état du droit international en 1949

Jusqu'à maintenant nous avons formulé, au sujet du droit international, les hypothèses les plus favorables à la position de Terre-Neuve. À partir de ces hypothèses, nous avons été incapables de conclure que Terre-Neuve avait la capacité constitutionnelle d'acquérir ou de conserver des droits sur le plateau continental. Nous examinerons maintenant ces hypothèses ainsi que la question du droit international.

À la fin des années quarante, il y a eu des discussions entre la Commission de gouvernement de Terre-Neuve et le gouvernement du Royaume-Uni au sujet de la possibilité d'une revendication de droits sur le plateau continental «par Terre-Neuve ou pour son compte», mais une telle revendication n'a jamais été faite. En conséquence, pour que Terre-Neuve ait acquis des droits sur le plateau continental conformément au droit international avant de s'unir au Canada en 1949, il faut démontrer qu'à cette date, le droit international en était au stade où il reconnaissait non seulement la

States that had made no such claim were accorded the rights in question *ipso jure*, that is to say, by operation of law. There is no question that the current position at international law is that no such claim is necessary. Paragraph 3 of Article 2 of the 1958 Geneva Convention states this expressly:

The rights of the coastal State over the continental shelf do not depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation.

The question is whether international law had sufficiently crystallized to make this the law in 1949.

Article 38(1) of the *Statute of the International Court of Justice* lists three primary sources of international law as indicated in (a), (b) and (c) below:

1. The Court whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - (c) the general principles of law recognized by civilized nations;
 - (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

There was no conventional law respecting the continental shelf prior to the 1958 Geneva Convention and therefore source (a) has no application. Source (c) refers to principles of municipal law, *Oppenheim on International Law*, 8th ed. by Lauterpacht, 1955, at p. 29, and equally has no application in the present case. The critical issue then is whether the sovereign right, arising *ipso jure*, to explore and exploit in the continental shelf was a matter of customary international law by 1949. *Oppenheim on International Law*, *supra*, gives the following description of customs (at p. 17):

validité des revendications des États à l'égard du plateau continental, mais aussi que les États qui n'avaient pas fait de telles revendications possédaient les droits en question *ipso jure*, c'est-à-dire ^a de plein droit. Il n'y a pas de doute que la position actuelle en droit international est qu'aucune revendication n'est nécessaire. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 le dit expressément:

^b Les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse.

^c La question est de savoir si le droit international était suffisamment cristallisé pour que ce soit la règle applicable en 1949.

Le paragraphe 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice* énumère trois sources premières de droit international, lesquelles figurent aux al. a), b) et c) ci-après:

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:
 - a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
 - b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
 - c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
 - d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

Il n'y avait aucune règle conventionnelle relative au plateau continental avant la Convention de Genève de 1958 et, par conséquent, la source a) ne s'applique pas. La source c) renvoie aux principes de droit national, *Oppenheim on International Law*, 8^e éd. par Lauterpacht, 1955, à la p. 29, et ne s'applique pas non plus en l'espèce. La question cruciale est donc de savoir si le droit souverain *ipso jure* d'explorer et d'exploiter le plateau continental était, dès 1949, une question de droit international coutumier. *Oppenheim on International Law*, précité, donne la définition suivante de la coutume (à la p. 17):

International jurists speak of a *custom* when a clear and continuous habit of doing certain actions has grown up under the aegis of the conviction that these actions are, according to International Law, obligatory or right.

In order to constitute a custom there must be substantial uniformity or consistency, and general acceptance.

The positive law on the continental shelf had its inception in State claims. The first was in 1942, concerning the Gulf of Paria between Venezuela and Trinidad. A treaty concluded between Venezuela and the United Kingdom contained a mutual agreement to recognize each other's claims to sovereignty over designated submarine areas in this Gulf. The United Kingdom followed up on the Treaty by passing an order in council, dated August 6, 1942, declaring that the submarine areas:

shall be annexed to and form part of His Majesty's dominions and shall be attached to the colony of Trinidad and Tobago for administrative purposes, and the said submarine areas are annexed and attached accordingly.

The British proceeded upon the theory that the seabed beyond territorial waters was *res nullius*—the property of nobody—and could therefore be appropriated only by occupation. This is quite different from the manner in which international law ultimately developed.

More in keeping with the current international law approach to the continental shelf was the claim of the United States by the *Truman Proclamation*, dated September 28, 1945, which, omitting the preamble, reads as follows:

Now, therefore, I, Harry S. Truman, President of the United States of America, do hereby proclaim the following policy of the United States of America with respect to the natural resources of the sub-soil and sea bed of the continental shelf.

Having concern for the urgency of conserving and prudently utilizing its natural resources, the Government of the United States regards the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf beneath the high seas but contiguous to the coasts of the

[TRADUCTION] Les juristes de droit international parlent de *coutume* lorsqu'une habitude claire et ininterrompue d'accomplir certains actes s'est développée en fonction de la conviction que ces actes sont, suivant le droit international, obligatoires ou convenables.

Pour constituer une coutume, il faut qu'il y ait uniformité ou constance substantielle et acceptation générale.

Le droit positif applicable au plateau continental a son origine dans les revendications des États. La première revendication a été faite en 1942 et concernait le golfe de Paria entre le Venezuela et Trinidad. Un traité conclu entre le Venezuela et le Royaume-Uni comportait une entente portant reconnaissance réciproque de leurs revendications respectives de souveraineté sur certains champs sous-marins de ce golfe. Le Royaume-Uni a donné suite au traité en adoptant un décret en date du 6 août 1942, déclarant que les champs sous-marins:

[TRADUCTION] ... seront annexés aux dominions de Sa Majesté et en feront partie, et seront rattachés à la colonie de Trinidad et Tobago aux fins administratives, et lesdits champs sous-marins sont annexés et rattachés en conséquence.

Les Britanniques ont agi en vertu de la théorie selon laquelle le lit de la mer situé au delà des eaux territoriales était *res nullius* — un bien sans maître — et qu'on pouvait donc se l'approprier uniquement par occupation. Cela est très différent de la manière dont le droit international a finalement évolué.

La revendication faite par les États-Unis dans la *proclamation Truman*, en date du 28 septembre 1945, est plus conforme à la façon dont le droit international actuel envisage le plateau continental. Cette proclamation, abstraction faite du préambule, se lit ainsi:

[TRADUCTION] En conséquence, moi, Harry S. Truman, président des États-Unis d'Amérique, proclame par les présentes la politique suivante des États-Unis d'Amérique à l'égard des ressources naturelles du sous-sol et du sol du plateau continental.

Préoccupé par l'urgence de conserver et d'utiliser judicieusement ses ressources naturelles, le gouvernement des États-Unis considère, comme appartenant aux États-Unis et soumises à sa juridiction et à son contrôle, les ressources naturelles du sous-sol et du sol du plateau

United States as appertaining to the United States, subject to its jurisdiction and control. In cases where the continental shelf extends to the shores of another State, or is shared with an adjacent State, the boundary shall be determined by the United States and the State concerned in accordance with equitable principles. The character as high seas of the waters above the continental shelf and the right to their free and unimpeded navigation are in no way thus affected.

In the *North Sea Continental* cases, *supra*, the International Court of Justice confirmed that the *Truman Proclamation* was the starting point of the positive law on the subject.

Prior to Newfoundland's entry into Confederation, seven Latin American States (Mexico, Argentina, Panama, Nicaragua, Chile, Peru, and Costa Rica) issued decrees in respect of the continental shelf, all of which used language broader than that of the *Truman Proclamation*. All claimed at least sovereignty over the continental shelf; most treated it as territorial. A majority claimed not only the continental shelf, but also the superjacent waters. Some States claimed the geographic shelf to a limited depth; others claimed to a limit of 200 miles from the coast, whatever the depth.

To complete the picture prior to Newfoundland's entry into Canada, reference must be made to the United Kingdom's extension, by order in council, of the territorial boundaries of two additional colonies: Jamaica and the Bahamas, both on November 26, 1948.

Within six months of Newfoundland's joining Confederation there were claims by 13 additional States, mostly from the Persian Gulf. Most of the Persian Gulf declarations were drafted by the British authorities because the States concerned were then British protectorates. Even with the inclusion of these 13 additional claims the numbers were not large and the terms of the claims were far from uniform.

continental situé sous la haute mer, mais contigu aux côtes des États-Unis. Dans les cas où le plateau continental s'étend jusqu'aux rives d'un autre État, ou est partagé avec un État adjacent, la frontière sera déterminée par les États-Unis et l'État concerné conformément à des principes d'équité. Le caractère de haute mer des eaux qui couvrent le plateau continental et le droit d'y naviguer librement et sans entrave ne sont nullement touchés.

Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, précitées, la Cour internationale de Justice a confirmé que la *proclamation Truman* constituait le point de départ du droit positif sur la question.

Avant l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération, sept États latino-américains (le Mexique, l'Argentine, Panama, le Nicaragua, le Chili, le Pérou et Costa Rica) avaient pris des décrets relativement au plateau continental, qui étaient tous rédigés en termes plus généraux que la *proclamation Truman*. Tous revendiquaient au moins la souveraineté sur le plateau continental; la plupart le considéraient comme du territoire. La majorité des États revendiquaient non seulement des droits sur le plateau continental, mais aussi sur les eaux surjacentes. Certains revendiquaient des droits sur le plateau géographique jusqu'à une profondeur déterminée; d'autres revendiquaient une zone s'étendant jusqu'à 200 milles des côtes, peu importe la profondeur.

Pour compléter l'exposé des événements survenus avant l'union de Terre-Neuve au Canada, il faut mentionner l'extension, par décret du Royaume-Uni, des limites territoriales de deux autres colonies, savoir la Jamaïque et les Bahamas. Cette extension a, dans les deux cas, été décrétée le 26 novembre 1948.

Dans les six mois précédent l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération, des revendications avaient été faites par treize autres États, pour la plupart des États du golfe Persique. La plupart des déclarations faites par les États du golfe Persique ont été rédigées par les autorités britanniques puisque les États en cause étaient alors des protectorats britanniques. Même en comptant ces 13 revendications supplémentaires, le nombre des revendications n'était pas considérable et leur rédaction était loin d'être uniforme.

In 1950 the International Law Commission began its work on the continental shelf. There were several comments among the members which indicated they perceived they were engaged in the progressive development of international law rather than the codification of existing law. In 1950 the special *rapporiteur*, J. P. A. François, in his first memorandum to the Commission, expressed the view that continental shelf rights were not yet part of international law:

[TRANSLATION] Does international law recognize a rule that control and jurisdiction, or even sovereignty, over the seabed and subsoil of the continental shelf, and the superjacent waters, beyond the territorial limit, belong to the riparian state?

The *Rapporteur* does not feel that an affirmative answer can be given to this question at this time. The number of proclamations claiming special rights continues to increase, it is true, but is still limited. Most states have not so far claimed such rights, and they have not expressly recognized the validity of such claims. In certain cases, where rights of sovereignty have been claimed, formal protests have been made. In cases involving rights of control and jurisdiction, doubts subsist as to the scope of such claims: are they much less extensive than sovereignty itself?

In this situation the *Rapporteur* feels the conclusion should be avoided that international law at present recognizes as a rule of customary law that either sovereignty or control and jurisdiction over the continental shelf belong to the riparian state, *ipso facto* or simply as the result of a notional occupation.

The 1950 deliberations of the Commission make it clear that the notion of continental shelf rights arising *ipso jure* was considered to be new law:

The CHAIRMAN read out the text of question 9 "To what extent can there be any question in this connexion of rights already recognized under existing international law?"

Mr. FRANÇOIS said that the Commission had already answered that question by accepting the formula submitted by Mr. Brierly, according to which the international right of control and jurisdiction of the littoral State existed *ipso jure*.

En 1950, la Commission du droit international a commencé ses travaux sur le plateau continental. Plusieurs de ses membres ont fait observer qu'ils avaient le sentiment de travailler au développement progressif du droit international plutôt qu'à la codification du droit existant. En 1950, le rapporteur spécial, J. P. A. François, dans son premier mémoire à la Commission, a exprimé l'avis que les droits relatifs au plateau continental ne faisaient pas encore partie du droit international:

Le droit international reconnaît-il le principe que le contrôle et la juridiction, ou même la souveraineté, en ce qui concerne le sol et le sous-sol du plateau continental, ainsi que des eaux au-dessus de ce plateau, au-delà des eaux territoriales, reviennent à l'État riverain?

Le Rapporteur ne croit pas que dès maintenant l'on puisse donner à cette question une réponse affirmative. Le nombre des proclamations, revendiquant des droits spéciaux, va, il est vrai, croissant, mais il reste encore restreint. La plupart des États jusqu'à présent n'ont pas revendiqué de pareils droits, et ils n'ont pas non plus reconnu de façon expresse la validité de pareilles revendications. Dans certains cas, où il s'agissait de la revendication de droits de souveraineté, des protestations formelles ont été élevées. S'il s'agit seulement de droits de contrôle et de juridiction, des doutes subsistent quant à la portée de ces revendications; vont-elles beaucoup moins loin que la souveraineté?

Dans ces conditions on ne saurait, de l'avis du Rapporteur, adopter le point de vue, que le droit international reconnaît dès maintenant comme une règle de droit coutumier, que soit la souveraineté, soit le contrôle et la juridiction à l'égard du plateau continental reviennent à l'État riverain *ipso facto* ou par une seule occupation notionnelle.

Il ressort clairement des délibérations de 1950 de la Commission que la notion de droits *ipso jure* sur le plateau continental était considérée comme du droit nouveau:

[TRADUCTION] Le PRÉSIDENT a lu le texte de la question 9: «Dans quelle mesure peut-on mettre en question, à ce propos, des droits déjà reconnus par le droit international actuel?»

M. FRANÇOIS a affirmé que la Commission avait déjà répondu à cette question en acceptant la formule soumise par M. Brierly, selon laquelle, en droit international, le droit de contrôle et la juridiction de l'État riverain existent *ipso jure*.

Mr. BRIERLY disagreed. He thought that the question of the continental shelf was a matter which concerned the development of international law, and he had submitted his formula in the hope that it might serve as a basis for a right to be determined later.

Mr. FRANÇOIS observed that, after the explanation furnished by Mr. Brierly, the two sections of the Commission were not so far apart.

Confirmation of these views is to be found in the 1952 decision of Lord Asquith in the *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247, much relied upon by the Attorney General of Canada. The arbitration concerned the construction of a 1939 contract. One of the issues was whether concessions had been granted in the submarine areas beyond the territorial sea of Abu Dhabi. Lord Asquith said at pp. 253-56:

Directed, as I apprehend I am, to apply a simple and broad jurisprudence to the construction of this contract, it seems to me that it would be a most artificial refinement to read back into the contract the implications of a doctrine not mooted till seven years later, and, if the view which I am about to express is sound, not even today admitted to the canon of international law

The preceding section calls attention not only to the recent origin of the doctrine but to the great variety of forms which in its short life it has assumed. Some States claim sovereignty over the Shelf. Others pointedly avoid doing so, claiming only "jurisdiction" or "control", "appurtenance" and the like. Whatever the scope of the rights claimed, some States assert those rights by declaratory proclamations implying their pre-existence; others issued proclamations which are on the face of them a new departure and designed to be constitutive of title. What is the seaward limit of the Shelf? Here again the answers given differ. Some States say, "its geological or geographical limit, its 'edge' or its 'drop' ". Others (whether because their particular Shelf has got no edge and has got no drop, or for other reasons), say, "the point at which the sea become [sic] 100 fathoms or 200 metres deep"; while yet others say, "a line drawn parallel to the coast of the contiguous power and 200 nautical miles from it". The 200-mile claims seems to be more or

M. BRIERLY a exprimé son désaccord. Il a estimé que la question du plateau continental en est une qui a trait au développement du droit international, et il avait soumis sa formule dans l'espoir qu'elle puisse servir de fondement à un droit qui serait déterminé plus tard.

M. FRANÇOIS a fait remarquer qu'après les explications fournies par M. Brierly, les deux dispositions adoptées par la Commission n'étaient pas si loin l'une de l'autre.

La confirmation de ces points de vue se trouve dans la décision rendue en 1952 par Lord Asquith, dans l'affaire *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247, qui a été largement invoquée par le procureur général du Canada. Cet arbitrage portait sur l'interprétation d'un contrat intervenu en 1939. L'une des questions soulevées était celle de savoir si des concessions avaient été accordées sur les champs sous-marins situés en dehors de la mer territoriale d'Abu Dhabi. Lord Asquith affirme, aux pp. 253 à 256:

[TRADUCTION] Appelé, si je comprends bien, à appliquer une jurisprudence simple et générale à l'interprétation de ce contrat, il me semble que ce serait une subtilité on ne peut plus forcée que d'y voir les implications d'une doctrine qui n'a été débattue que sept ans plus tard et, si le point de vue que je vais exprimer est bien fondé, lequel n'est même pas encore admis en droit international

Le passage précédent souligne non seulement l'origine récente de la doctrine, mais aussi la grande variété de formes qu'elle a prises depuis le peu de temps qu'elle existe. Certains États revendiquent la souveraineté sur le plateau continental. D'autres évitent nettement de le faire et ne revendiquent que la «juridiction» ou le «contrôle», le «rattachement» et ainsi de suite. Quelle que soit la portée des droits réclamés, certains États les revendent par proclamation ce qui suppose que ces droits existent déjà; d'autres font des proclamations qui constituent à première vue un nouveau départ et sont conçues de manière à être constitutives de titre. Quelle est la limite extérieure du plateau continental? Encore ici, les réponses données diffèrent. Certains États affirment que c'est «sa limite géologique ou géographique, son 'rebord' ou sa 'dénivellation'». D'autres (soit parce que leur plateau continental n'a pas de rebord ou de dénivellation, soit pour d'autres motifs) affirment que c'est «le point où la mer atteint 100 brasses ou 200 mètres de

less universally discredited. The other two criteria seem on their face much more reasonable . . . Again how are rights of whatever character to the subsoil of the Shelf acquired? Can they indeed be acquired at all? Or would their existence inevitably conflict with the "freedom" of the high seas? Before the doctrine of the Shelf was promulgated I think the general answer might well have been that they cannot be acquired at all—that the Shelf is as inappropriable as the high seas that roll or repose above it: subject to this reservation, that the sea-bed (not the subsoil) of the submarine area, is in certain rare cases, subject to a customary right vested in certain States to conduct "sedentary" fisheries in such sea-bed. For instance, the right to fish for sponges, coral, oysters, pearls and chank. Indeed, the shallow seas of the Persian Gulf are subject to mutual pearl rights by subjects of the various littoral States. If, however, the submarine area is capable not merely of being the subject-matter of these limited occupational rights over the sea-bed and *pro tanto* a "*res nullius*," is its subsoil as a whole *res nullius*? that is to say, something in which rights can be acquired, but only by effective occupation? Or is the position, as the claimants' main argument maintains, that the rights in the subsoil of the Shelf adhere (and must be taken always to have adhered) *ipso jure*—occupation or no occupation—to the contiguous coastal Power? Or failing that, if occupation be indeed necessary; in cases where it is almost impracticable, may proclamations, or similar acts be treated as constructive or symbolic or inchoate occupation (the claimants' alternative contention under this head)?

profondeur»; d'autres encore affirment que c'est «une ligne parallèle à la côte de l'État riverain et située à 200 milles marins de celle-ci». La revendication de 200 milles semble plus ou moins universellement contestée. Les deux autres critères semblent beaucoup plus raisonnables à première vue . . . D'ailleurs, comment peut-on acquérir des droits quelconques sur le sous-sol du plateau continental? Peut-on même les acquérir? Ou encore, leur existence n'entrerait-elle pas inévitablement en conflit avec la «liberté» de la haute mer? Avant que la doctrine du plateau continental ne soit promulguée, je crois qu'on aurait bien pu répondre généralement qu'on ne peut absolument pas les acquérir—qu'on ne peut pas plus s'approprier le plateau continental que la haute mer qui le recouvre ou qui y est surjacente: sous réserve de cette exception, que le sol (non le sous-sol) d'un champ sous-marin est, dans certains cas rares, assujetti à un droit coutumier que possèdent certains États de procéder à la pêche d'espèces «sédentaires» sur ledit sol. Par exemple, le droit de pêcher les éponges, les coraux, les huîtres, les perles et les turbinelles. En effet, les ressortissants des divers États riverains du golfe Persique jouissent de droits réciproques de pêche perlière sur les hauts-fonds de ce golfe. Si toutefois les champs sous-marins peuvent à la fois être assujettis à ces droits d'occupation limités de leur sol et être dans la même mesure *res nullius*, l'ensemble de son sous-sol est-il *res nullius*? C'est-à-dire, une chose sur laquelle on peut acquérir des droits, mais seulement par occupation réelle? Ou la situation est-elle, comme le veut l'argument principal des requérants, que les droits sur le sous-sol du plateau continental existent (et doivent être considérés comme ayant toujours existé) *ipso jure*—avec ou sans occupation—in faveur de l'État riverain contigu? Ou faute de quoi, si l'occupation est effectivement nécessaire, dans les cas où elle est presque impossible, les proclamations ou les actes semblables peuvent-ils être considérés comme une occupation implicite, symbolique ou latente (soit la thèse subsidiaire des requérants sur ce point)?

Conclusion as to doctrine of the Continental Shelf

Neither the practice of nations nor the pronouncements of learned jurists give any certain or consistent answer to many—perhaps most—of these questions. I am of opinion that there are in this field so many ragged ends and unfilled blanks, so much that is merely tentative and exploratory, that in no form can the doctrine claim as yet to have been assumed hitherto the hard lineaments or the definitive status of an established rule of international law.

Conclusion sur la doctrine du plateau continental

Ni la pratique des États ni les déclarations de savants uristes n'apportent une réponse sûre ou uniforme à un bon nombre—voire la plupart—de ces questions. À mon avis, il y a dans ce domaine tellement d'imprécision et de lacunes et tellement d'éléments qui ne sont que provisoires ou exploratoires, que quelle que soit la forme sous laquelle elle a été présentée jusqu'à maintenant, on ne peut pas prétendre que cette doctrine a d'ores et déjà la solidité ou le statut définitif d'une règle bien établie en droit international.

The Attorney General of Newfoundland for his part relies on the contrary opinion expressed by Professor H. Lauterpacht (incidentally, the losing counsel in the *Abu Dhabi Arbitration*) in "Sovereignty over Submarine Areas", [1950] *British Yearbook of International Law* 376. Writing in 1950, Lauterpacht said, at pp. 376-77 and 394:

... the doctrine and the practice of the continental shelf ... has now, in any case, become part of international law by unequivocal positive acts of some states, including the leading maritime Powers, and general acquiescence on the part of others.

Moreover, assuming that we are confronted here with the creation of new international law by custom, what matters is not so much the number of states participating in its creation and the length of the period within which that change takes place, as the relative importance, in any particular sphere, of states inaugurating the change. In a matter closely related to the principle of the freedom of the seas the conduct of the two principal maritime Powers—such as Great Britain and the United States—is of special importance. With regard to the continental shelf and submarine areas generally these two states inaugurated the development and their initiative was treated as authoritative almost as a matter of course from the outset. This was so in particular having regard to the traditional attachment of these states to the principle of the freedom of the seas and the customary limit of the territorial waters.

On the general issue of the existence of continental shelf rights, Lauterpacht seems, in the context of the entire article, to have succeeded only in demonstrating that this doctrine ought to be accepted into international law. In any event, however, on the crucial issue of whether rights in the continental shelf arise *ipso jure* Lauterpacht provides little support for Newfoundland's position; indeed he leans to the view that a proclamation was necessary (at pp. 418-19):

A proclamation is a means by which a title, claimed or acquired, is announced. It is not a *source* of a title or a means of acquiring it. That does not mean that it is meaningless or unnecessary. When the Rulers of various Sheikdoms in the Persian Gulf were advised in 1949 by the Brisith authorities that the issue of a proclamation is

Le procureur général de Terre-Neuve invoque, pour sa part, l'avis contraire exprimé par le professeur H. Lauterpacht (qui, soit-dit en passant, est l'avocat de la partie perdante dans *Abu Dhabi Arbitration*) dans «Sovereignty over Submarine Areas», [1950] *British Yearbook of International Law* 376. Le professeur Lauterpacht écrit ceci, en 1950, aux pp. 376, 377 et 394:

[TRADUCTION] ... la doctrine et la pratique relatives au plateau continental ... font maintenant, de toute façon, partie du droit international en raison des actes positifs et clairs posés par certains États, dont les principales puissances maritimes, et de l'acquiescement général des autres États.

De plus, à supposer que nous ayons affaire ici à la création d'un droit international nouveau fondé sur la coutume, ce qui importe c'est moins le nombre d'États qui participent à cette création et la durée de la période pendant laquelle ce changement s'effectue que l'importance relative, dans tout domaine donné, des États qui instaurent ce changement. Dans une question liée intimement au principe de la liberté des mers, la conduite de deux des principales puissances maritimes — comme la Grande-Bretagne et les États-Unis — revêt une importance particulière. Quant au plateau continental et aux champs sous-marins en général, ces deux États ont donné le coup d'envoi au développement et leur initiative a été considérée comme impérieuse presque tout naturellement dès le début. Il en a été ainsi plus particulièrement à cause de l'attachement traditionnel de ces États au principe de la liberté des mers et de la limite coutumière des eaux territoriales.

Quant à la question générale de l'existence des droits relatifs au plateau continental, Lauterpacht semble, d'après le contexte de tout l'article, avoir uniquement réussi à démontrer que cette doctrine devrait être acceptée en droit international. De toute façon, quant à la question cruciale de savoir si les droits relatifs au plateau continental existent *ipso jure*, Lauterpacht n'est pas d'un grand secours à la position de Terre-Neuve; en fait, il est porté à croire qu'une proclamation était nécessaire (aux pp. 418 et 419):

[TRADUCTION] Une proclamation constitue un moyen d'annoncer l'acquisition ou la revendication d'un titre. Elle ne constitue pas la *source* d'un titre, ni un moyen de l'acquérir. Cela ne signifie pas qu'elle est dénuée de sens ou inutile. Lorsque les autorités britanniques ont avisé, en 1949, les dirigeants de divers emirats du golfe Persi-

a pre-requisite of their effective assertion of rights over the adjacent submarine areas, the advice was given in deference to an obvious proposition of order and orderliness which requires that a person—or a state—asserting a claim, however inherently valid, must make his claim known by a formal pronouncement or notification. This is so especially if the subject of the claim in question is novel in character, undefined in extent, and likely to require determination in relation to similar claims by other persons or states. Accordingly, the issue of the proclamations of the continental shelf in no way militates against the view that they were of declaratory character in relation to what was considered to be a title claimed or acquired by or belonging to the state by reference to a legal basis other than occupation.

(Emphasis added.)

We think Lauterpacht's comments give rise to a further point. During the embryonic stage of the development of a rule of international law it is difficult to say that rights arise *ipso jure* when it is not yet settled what those rights are. In 1949, in the absence of any proclamation by Newfoundland, one would have been hard pressed to state with any precision what rights were consistent with State practice to that date. We think this point is reinforced by the fact that in the documents relating to the consideration given to making a claim by or on behalf of Newfoundland, there was no hint that anyone thought Newfoundland rights in the continental shelf already existed.

We conclude that international law had not sufficiently developed by 1949 to confer, *ipso jure*, the right of the coastal State to explore and exploit the continental shelf. We think that in 1949 State practice was neither sufficiently widespread to constitute a general practice nor sufficiently consistent to constitute settled law. Furthermore, several of the early State claims exceeded that which international law subsequently recognized in the 1958 Geneva Convention. International law on the continental shelf developed relatively quickly, but it had not attained concrete form by 1949.

que qu'une proclamation constituait une condition préalable à la validité de leur revendication de droits sur les champs sous-marins adjacents, elles l'ont fait par déférence pour un principe évident d'ordre et de discipline qui veut qu'une personne, ou un État, qui fait une revendication, même valide en soi, fasse connaître sa revendication au moyen d'une déclaration ou d'une annonce officielle. Cela est particulièrement vrai si l'objet de la revendication en question est d'un genre nouveau, de portée indéterminée et susceptible d'exiger une décision en fonction de revendications semblables de la part d'autres personnes ou d'autres États. En conséquence, les proclamations relatives au plateau continental ne vont nullement à l'encontre du point de vue selon lequel elles avaient un caractère déclaratoire quant à ce qui était considéré comme un titre revendiqué ou acquis par l'État ou lui appartenant en vertu d'un fondement juridique autre que l'occupation.

(C'est nous qui soulignons.)

Nous pensons que les observations de Lauterpacht soulèvent une autre question. Pendant la phase initiale de l'élaboration d'une règle de droit international, il est difficile d'affirmer que des droits existent *ipso jure* lorsqu'il n'est pas encore déterminé en quoi ces droits consistent. En 1949, en l'absence de toute proclamation par Terre-Neuve, il eût été difficile de dire précisément quels droits étaient conformes à la pratique des États à cette époque. Nous croyons que ce point de vue est renforcé par le fait que, dans les documents relatifs à l'examen de la possibilité d'une revendication par Terre-Neuve ou pour son compte, rien n'indique qu'on croyait que les droits de Terre-Neuve sur le plateau continental existaient déjà.

Nous concluons que le droit international n'était pas suffisamment développé en 1949 pour accorder, *ipso jure*, aux États riverains le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental. Nous croyons qu'en 1949 la pratique des États n'était ni suffisamment répandue pour constituer une pratique générale, ni suffisamment uniforme pour constituer une règle bien établie. De plus, plusieurs des premières revendications des États outrepassaient ce que le droit international a par la suite consacré dans la Convention de Genève de 1958. Le droit international relatif au plateau continental s'est développé assez rapidement, mais il n'était pas encore concrétisé en 1949.

The Attorney General of Newfoundland argues, in the alternative, that even if continental shelf rights were not part of customary international law in 1949, the subsequent developments had retroactive effect. The following passage of the *North Sea Continental Shelf cases, supra*, at p. 22, is cited in support of that proposition:

Delimitation in an equitable manner is one thing, but not the same thing as awarding a just and equitable share of a previously undelimited area, even though in a number of cases the results may be comparable, or even identical.

... the doctrine of the just and equitable share appears to be wholly at variance with what the Court entertains no doubt is the most fundamental of all the rules of law relating to the continental shelf, enshrined in Article 2 of the 1958 Geneva Convention, though quite independent of it,—namely that the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist ipso facto and ab initio, by virtue of its sovereignty over the land, and an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the seabed and exploiting its natural resources. In short, there is here an inherent right. In order to exercise it, no special legal process has to be gone through, nor have any special legal acts to be performed. Its existence can be declared (and many States have done this) but does not need to be constituted. Furthermore, the right does not depend on its being exercised. To echo the language of the Geneva Convention, it is "exclusive" in the sense that if the coastal State does not choose to explore or exploit the areas of shelf appertaining to it, that is its own affair, but no one else may do so without its express consent.

(Emphasis added.)

The Court of Appeal in the *Newfoundland Reference, supra*, decided the international law point in Newfoundland's favour, on the basis of this retroactivity argument. The Court said, at p. 39:

The phrase "*ipso facto and ab initio*" used by the court [the International Court of Justice], may be interpreted as meaning that the rights in international law extended back in geological time, as suggested by D. P. O'Connell, or to when sovereignty over the land mass was first established and recognized, or to when the submarine areas in question became exploitable as a

Le procureur général de Terre-Neuve soutient subsidiairement que même si les droits relatifs au plateau continental ne faisaient pas partie intégrante du droit international coutumier en 1949, les progrès subséquents ont eu un effet rétroactif. À l'appui de cette proposition, il cite le passage suivant de la p. 22 des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, précitées:

Délimiter d'une manière équitable est une chose, mais c'en est une autre que d'attribuer une part juste et équitable d'une zone non encore délimitée, quand bien même le résultat des deux opérations serait dans certains cas comparable, voire identique.

... la doctrine de la part juste et équitable semble s'écartez totalement de la règle qui constitue sans aucun doute possible pour la Cour la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental et qui est consacrée par l'article 2 de la Convention de Genève de 1958, bien qu'elle en soit tout à fait indépendante: les droits de l'État riverain concernant la zone de plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer existent ipso facto et ab initio en vertu de la souveraineté de l'État sur ce territoire et par une extension de cette souveraineté sous la forme de l'exercice de droits souverains aux fins de l'exploitation du lit de la mer et de l'exploitation de ses ressources naturelles. Il y a là un droit inhérent. Point n'est besoin pour l'exercer de suivre un processus juridique particulier ni d'accomplir des actes juridiques spéciaux. Son existence peut être constatée, comme cela a été fait par de nombreux États, mais elle ne suppose aucun acte constitutif. Qui plus est, ce droit est indépendant de son exercice effectif. Pour reprendre le terme de la Convention de Genève, il est «exclusif» en ce sens que, si un État riverain choisit de ne pas explorer ou de ne pas exploiter les zones de plateau continental lui revenant, cela ne concerne que lui et nul ne peut le faire sans son consentement exprès.

(C'est nous qui soulignons.)

Dans le *Renvoi de Terre-Neuve*, la Cour d'appel a tranché la question de droit international en faveur de Terre-Neuve, en fonction de l'argument de la rétroactivité. La Cour affirme ceci, à la p. 39:

[TRADUCTION] L'expression «*ipso facto et ab initio*» employée par la Cour [internationale de Justice] peut s'interpréter comme signifiant que les droits qui existent en droit international remontent aux temps géologiques, comme le propose D. P. O'Connell, ou à l'époque où la souveraineté sur le domaine terrestre a été établie et reconnue pour la première fois, ou à l'époque où les

result of modern developments of science and technology, or, more specifically, to when these areas became the object of active interest of States. In our opinion, the last is the most logical and is in accord with British practice at the time.

There was no issue of retroactivity in the *North Sea Continental Shelf* cases. We do not think the terms "ipso facto" and "ab initio" were meant to suggest retroactivity. The point of this passage was simply to counter the German argument that the Court was dealing with the delineation of new areas. The Newfoundland Court of Appeal listed possible starting dates for the "ab initio" reference, but left out one—the time at which international law recognized continental shelf rights. We think that is what the "ab initio" refers to. As noted earlier, the discussions in the International Law Commission considered that the doctrine of continental shelf rights arising *ipso jure* enunciated new law. The development of customary or conventional international law is, by definition, the development of new law. There is no concept in international law of discovering law that always was. In our view, continental shelf rights have no retroactive application to a time before they were recognized by international law.

Even if there were a retroactive element to continental shelf rights, we do not, in any event, see how this would help Newfoundland's case. The Newfoundland argument amounts to this: In 1949 there were no continental shelf rights recognized at international law so that Newfoundland had no such rights when it joined Canada. Subsequently, however, international law did recognize these rights with retroactive effect. Even if international law as to the continental shelf were to have retroactive effect, we think the benefit would accrue to the entity within Canada currently competent to acquire continental shelf rights and that entity is not Newfoundland but Canada. We agree with the following passage of Gibbs J., dissenting on other grounds, in *New South Wales v. Com-*

champs sous-marins en question sont devenus exploitables en raison des progrès de la science et de la technologie, ou plus précisément à l'époque où les États ont commencé à s'intéresser activement à ces champs. À notre avis, la dernière hypothèse est la plus logique et elle est conforme à la pratique britannique de l'époque.

La question de la rétroactivité n'a pas été soulevée dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Nous ne croyons pas que les expressions «ipso facto» et «ab initio» aient été utilisées pour donner l'idée de rétroactivité. Ce passage visait uniquement à repousser l'argument des Allemands selon lequel la Cour traitait de la délimitation de nouveaux territoires. La Cour d'appel de Terre-Neuve a énumérée les dates de départ possibles auxquelles renvoie l'expression «ab initio», mais elle en a omis une —le moment où le droit international a reconnu les droits relatifs au plateau continental. Nous croyons que c'est cette date qui est visée par l'expression «ab initio». Comme nous l'avons déjà mentionné, il ressort des délibérations de la Commission du droit international que l'on a considéré que la doctrine des droits *ipso jure* sur le plateau continental énonçait du droit nouveau. L'élaboration de règles de droit international coutumier ou conventionnel consiste, par définition, à élaborer du droit nouveau. Il n'est pas question, en droit international, de découvrir du droit qui a toujours existé. À notre avis, les droits relatifs au plateau continental n'ont aucune application rétroactive antérieure à l'époque où le droit international les a reconnus.

Même si les droits relatifs au plateau continental avaient un effet rétroactif, nous ne voyons pas, de toute façon, comment cela serait utile à Terre-Neuve. L'argument de Terre-Neuve se résume à ceci: en 1949, le droit international ne reconnaissait pas de droits sur le plateau continental de sorte que Terre-Neuve ne possédait pas de tels droits au moment où elle s'est jointe au Canada. Par la suite toutefois, le droit international a reconnu ces droits de façon rétroactive. Même si le droit international relatif au plateau continental avait un effet rétroactif, nous croyons que cela profiterait à l'entité qui, au Canada, a actuellement compétence pour acquérir des droits relatifs au plateau continental, et cette entité est non pas Terre-Neuve, mais le Canada. Nous sommes d'ac-

monwealth of Australia (1975), 135 C.L.R. 337, at p. 416:

To say that the rights of coastal states in respect of the continental shelf existed from the beginning of time may or may not be correct as a matter of legal theory. In fact, however, the rights now recognized represent the response of international law to modern developments of science and technology, which permit the seabed to be exploited in a way which it was quite impossible for governments or lawyers of earlier centuries to foresee. In this matter the arguments of history are stronger than those of logic. In truth, when the Act was passed, the States had not asserted and did not have the rights to the continental shelf which the convention now accords to coastal states. Those rights, if theoretically inherent in the sovereignty of coastal states, were in fact the result of the operation of a new legal principle. When those rights were recognized by the international law the Commonwealth was the international person entitled to assert them, and it did so. The assertion by the Commonwealth of those rights in no way interfered with any existing right of any State.

We therefore conclude that Newfoundland could not, upon its entry into Confederation, have held rights to explore and exploit in the continental shelf by virtue of international law, because international law then conferred no such rights. Nor was it in any position to acquire such rights subsequent to Confederation.

Legislative Jurisdiction

The conclusion that Canada has the right to explore and exploit in the continental shelf leads easily to the conclusion that Canada has legislative jurisdiction. There is nothing in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* which could confer legislative jurisdiction upon Newfoundland in respect of such rights held by Canada. Legislative jurisdiction falls to Canada under the peace, order, and good government power in its residual capacity.

Newfoundland's legislative competence, like that of all the other provinces, is confined to

cord avec l'extrait suivant du jugement du juge Gibbs, dissident pour d'autres motifs, dans l'arrêt *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337, à la p. 416:

[TRADUCTION] Affirmer que les droits des États riverains sur le plateau continental existent depuis le début des temps peut, théoriquement en droit, être ou ne pas être exact. En réalité toutefois, les droits aujourd'hui reconnus représentent la réponse du droit international aux progrès modernes de la science et de la technologie qui permettent d'exploiter le lit de la mer d'une manière que les gouvernements ou les juristes des siècles précédents ne pouvaient absolument pas prévoir. À ce sujet, les arguments historiques ont plus de poids que les arguments logiques. En vérité, au moment de l'adoption de la Loi, les États n'avaient pas revendiqué et ne possédaient pas les droits relatifs au plateau continental que la convention accorde maintenant aux États riverains. Même si, en théorie, ces droits sont inhérents à la souveraineté des États riverains, ils résultent en fait de l'application d'un nouveau principe juridique. Lorsque le droit international a reconnu ces droits, le Commonwealth était la personne internationale qui avait qualité pour les revendiquer et c'est ce qu'il a fait. La revendication de ces droits par le Commonwealth n'a nullement porté atteinte aux droits existants de quelque État que ce soit.

Nous concluons donc que Terre-Neuve ne pouvait, à son entrée dans la Confédération, posséder des droits d'explorer et d'exploiter le plateau continental en vertu du droit international, parce qu'à cette époque le droit international ne conférait pas de tels droits. Elle n'a absolument pas non plus été en mesure d'acquérir de tels droits après la Confédération.

La compétence législative

La conclusion que le Canada a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental amène facilement à conclure que le Canada possède la compétence législative en la matière. Il n'y a rien dans l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui puisse accorder la compétence législative à Terre-Neuve à l'égard de tels droits que possède le Canada. La compétence législative appartient au Canada en vertu de son pouvoir résiduel en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

La compétence législative de Terre-Neuve, comme celle de toutes les autres provinces, se

legislation operating within the provinces. This restriction is found expressly in s. 92(13) and s. 92A(1):

92. (13) Property and Civil Rights in the Province.

92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

- (a) exploration for non-renewable natural resources in the province;
- (b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and
- (c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

(Emphasis added.)

In respect of s. 92(5), the limitation to "in the Province", as we discussed earlier, arises by virtue of the common law.

92. (5) The Management and Sale of Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon.

Conclusion

In summary, we conclude:

- (1) Continental shelf rights are, in pith and substance, an extraterritorial manifestation of external sovereignty.
- (2) Canada has the right to explore and exploit in the continental shelf off Newfoundland because:
 - (a) any continental shelf rights available at international law in 1949 would have been acquired by the Crown in right of the United Kingdom, not the Crown in right of Newfoundland;
 - (b) even if Newfoundland could have held continental shelf rights prior to Union, they would have passed to Canada by virtue of the Terms of Union.
 - (c) in any event, international law did not recognize continental shelf rights by

limite aux lois applicables dans la province. Cette restriction est prévue expressément aux par. 92(13) et 92A(1):

92. (13) La propriété et les droits civils dans la province;

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

- a) prospection des ressources naturelles non renouvelables de la province;
- b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;
- c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(C'est nous qui soulignons.)

Pour ce qui est du par. 92(5), la restriction «dans la province», comme nous l'avons déjà mentionné, s'applique en vertu de la *common law*.

92. (5) L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent.

Conclusion

En résumé, nous concluons ce qui suit:

- (1) Les droits relatifs au plateau continental sont, de par leur caractère véritable, une manifestation extra-territoriale de la souveraineté extérieure.
- (2) Le Canada a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental au large de Terre-Neuve parce que:
 - a) tout droit relatif au plateau continental accordé par le droit international en 1949 aurait été dévolu à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve;
 - b) même si Terre-Neuve avait pu posséder des droits sur le plateau continental avant l'union, ces droits seraient passés au Canada en vertu des Conditions de l'union;
 - c) quoi qu'il en soit, le droit international ne reconnaissait pas de droits relatifs

1949; such rights were not indisputably recognized before the Geneva Convention of 1958.

- (3) Canada has legislative jurisdiction in relation to the right to explore and exploit in the continental shelf off Newfoundland by virtue of the peace, order, and good government power in its residual capacity.

In short, in our opinion both parts of the question should be answered in favour of Canada.

Both parts of the question answered in favour of Canada.

Solicitor for the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the Attorney General of Newfoundland: O'Dea, Greene, St. John's.

Solicitors for the Attorney General of Nova Scotia: Gowling & Henderson, Ottawa; Edward C. Foley, Halifax.

Solicitor for the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

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

Solicitor for the Attorney General of Prince Edward Island: Ralph C. Thompson, Charlottetown.

Solicitor for the Attorney General for Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.

au plateau continental en 1949; ces droits n'étaient pas incontestablement reconnus avant la Convention de Genève de 1958.

- (3) Le Canada a la compétence législative relativement au droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental au large de Terre-Neuve, en vertu de son pouvoir résiduel en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

En bref, nous sommes d'avis qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada.

La réponse aux deux parties de la question est en faveur du Canada.

Procureur du procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs du procureur général de Terre-Neuve: O'Dea, Greene, St. John's.

Procureurs du procureur général de la Nouvelle-Écosse: Gowling & Henderson, Ottawa; Edward C. Foley, Halifax.

Procureur du procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur du procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Ralph C. Thompson, Charlottetown.

Procureur du procureur général de l'Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.