

Christiano Daniel Justin Paice *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PAICE

Neutral citation: 2005 SCC 22.

File No.: 30045.

2004: December 15; 2005: April 22.

Present: Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN*Criminal law — Defences — Self-defence — Assault — Consent — Interpretation of Jobidon — Deceased killed by accused in fist fight — Whether fight consensual — Whether self-defence available to accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.*

Following a scuffle inside a bar, the accused was challenged by the deceased to go outside and fight. Once there, they exchanged threats, and the deceased pushed the accused once or twice. The accused struck the deceased on the jaw. The deceased fell backward, his head bouncing off the pavement. The accused then struck him two more times on the head. The deceased died as a result of his injuries and the accused was charged with manslaughter. The trial judge acquitted him on the ground that, following the deceased's pushing which constituted an unlawful assault, the accused had acted in self-defence within the scope of s. 34(1) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed. The order for a new trial is confirmed.

Per Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: Self-defence under s. 34(1) of the *Code* is not available to either combatant in a consensual fist

Christiano Daniel Justin Paice *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. PAICE

Référence neutre : 2005 CSC 22.

N° du greffe : 30045.

2004 : 15 décembre; 2005 : 22 avril.

Présents : Les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN*Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Voies de fait — Consentement — Interprétation de l'arrêt Jobidon — Victime tuée par l'accusé lors d'une bagarre à coups de poing — Était-ce une bagarre entre adversaires consentants? — L'accusé peut-il invoquer la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34.*

À la suite d'une bousculade à l'intérieur d'un bar, la victime a mis l'accusé au défi d'aller se battre dehors. Une fois à l'extérieur, ils se sont proféré des menaces, et la victime a poussé l'accusé à une ou peut-être deux reprises. L'accusé a frappé la victime à la mâchoire. La victime est tombée à la renverse et s'est heurté la tête sur le pavé. L'accusé lui a alors asséné deux autres coups à la tête. La victime est décédée des suites de ses blessures et l'accusé a été inculpé d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès a acquitté l'accusé pour le motif que, à la suite de la poussée qu'il s'était fait donner par la victime et qui constituait une attaque illégale, il avait agi en état de légitime défense au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de nouveau procès est confirmée.

Les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron : La légitime défense prévue au par. 34(1) du *Code* ne s'applique pas dans une bagarre à coups

fight. That the deceased had agreed to fight was not a contentious issue at trial, but it is unclear from the trial judge's reasons whether he found, as a fact, that the accused had also consented to the fight. A misinterpretation of the principles in *Jobidon* led the trial judge into error in his analysis on self-defence. First, his conclusion that the deceased's pushing of the accused was an unlawful assault because it was "without the consent of the accused" was based on his legal conclusion that neither party could rely on the consent of the other because each of them had entered the fight with the intention to cause serious bodily harm to the other. Under *Jobidon*, however, serious harm must be both intended and caused for consent to be vitiated. Whether the deceased intended to cause serious bodily harm, he did not in fact do so. Because the trial judge based his finding that the accused had been unlawfully assaulted solely on the legal conclusion he had reached on the issue of consent, he never inquired into whether the accused had in fact consented to the fight. Second, the trial judge did not address the question of provocation. An accused can rely on s. 34(1) only if he was unlawfully assaulted "without having provoked the assault". It was not open to the Court of Appeal to determine the issue of provocation and to conclude that the accused could not be said to be the victim of an unprovoked assault based on its own assessment of the evidence in the absence of a definitive finding by the trial judge that the accused consented to the fight. [4] [18-21]

Per Fish J.: The accused's acquittal must be set aside on the sole ground that the trial judge overlooked the unprovoked assault requirement of s. 34(1) of the *Code*. [31-32]

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; **distinguished:** *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168; **referred to:** *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, rev'd [1977] 2 S.C.R. 13.

By Fish J.

Referred to: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168.

de poing entre adversaires consentants. Au procès, personne n'a contesté que la victime avait consenti à se bagarrer, mais les motifs du juge du procès n'indiquent pas clairement s'il a tenu pour avéré que l'accusé avait également consenti à la bagarre. Le juge du procès a mal interprété les principes établis dans l'arrêt *Jobidon*, ce qui a eu pour effet de l'induire en erreur dans son analyse de la légitime défense. Premièrement, sa conclusion que la poussée donnée à l'accusé par la victime était une attaque illégale parce qu'elle avait été donnée « sans le consentement de l'accusé » reposait sur sa conclusion de droit qu'aucune partie n'était en mesure d'invoquer le consentement de l'autre partie parce qu'en participant à la bagarre elles avaient toutes les deux eu l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves. Cependant, l'arrêt *Jobidon* précise que, pour que le consentement soit vicié, il faut que des lésions graves aient été à la fois voulues et causées. Peu importe que la victime ait eu ou n'ait pas eu l'intention de causer des lésions corporelles graves, en fait, elle n'en a pas causé. Étant donné que sa conclusion que l'accusé avait été attaqué illégalement reposait uniquement sur la conclusion de droit qu'il avait tirée à l'égard de la question du consentement, le juge du procès ne s'est jamais demandé si l'accusé avait, en fait, consenti à la bagarre. Deuxièmement, le juge du procès n'a pas abordé la question de la provocation. Un accusé ne peut invoquer le par. 34(1) que s'il a été illégalement attaqué « sans provocation de sa part ». En l'absence de conclusion définitive du juge du procès voulant que l'accusé ait consenti à la bagarre, la Cour d'appel ne pouvait pas se fonder sur sa propre perception de la preuve pour trancher la question de la provocation et pour conclure qu'on ne pouvait pas dire que l'accusé avait été victime d'une attaque sans provocation de sa part. [4] [18-21]

Le juge Fish : Il y a lieu d'annuler l'acquittement de l'accusé du seul fait que le juge du procès n'a pas tenu compte de l'exigence du par. 34(1) du *Code* que l'attaque ait eu lieu sans provocation. [31-32]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168; **arrêts mentionnés :** *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, inf. par [1977] 2 R.C.S. 13.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “bodily harm”, 34, 35, 36, 222(5)(a), 265(1)(a), (2), (3), 267, 686(1)(a)(i).

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “grievous”.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Gerwing, Sherstobitoff and Jackson JJ.A.), [2004] 5 W.W.R. 621, 238 Sask. R. 195, 305 W.A.C. 195, [2003] S.J. No. 590 (QL), 2003 SKCA 89, allowing the Crown’s appeal against the acquittal of the accused on a manslaughter charge, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Aaron A. Fox, Q.C., and James N. Korpan, for the appellant.

W. Dean Sinclair, for the respondent.

Michael Bernstein and Gregory J. Tweney, for the interveners.

The judgment of Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

I. Overview

This appeal is about self-defence in the context of what was alleged to have been a consensual fist fight. Clinton Bauck died as a result of injuries suffered during the fight. The appellant, Christiano Daniel Justin Paice, was charged with manslaughter contrary to s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. By way of defence, he sought to rely on the deceased’s consent to the fight. Alternatively, he claimed that he had acted in self-defence.

The trial judge rejected Mr. Paice’s first contention based on the principle set out in *R. v. Jobidon*,

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « lésions corporelles », 34, 35, 36, 222(5)a), 265(1)a), (2), (3), 267, 686(1)a)(i).

Doctrine citée

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber, 2nd ed. Toronto : Oxford University Press, 2004, « grievous ».

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Gerwing, Sherstobitoff et Jackson), [2004] 5 W.W.R. 621, 238 Sask. R. 195, 305 W.A.C. 195, [2003] S.J. No. 590 (QL), 2003 SKCA 89, qui a accueilli l’appel du ministère public contre l’acquittement de l’accusé à l’égard d’une accusation d’homicide involontaire coupable, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Aaron A. Fox, c.r., et James N. Korpan, pour l’appelant.

W. Dean Sinclair, pour l’intimée.

Michael Bernstein et Gregory J. Tweney, pour l’intervenant.

Version française du jugement des juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur la légitime défense dans le contexte de ce qui aurait été une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants. Clinton Bauck est décédé des suites de blessures subies pendant cette bagarre. L’appelant, Christiano Daniel Justin Paice, a été accusé d’homicide involontaire coupable en vertu de l’al. 222(5)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il a tenté de se défendre en invoquant le consentement de la victime à la bagarre. Subsidiairement, il a plaidé la légitime défense.

Le juge du procès a rejeté le premier argument de M. Paice en se fondant sur le principe énoncé dans

[1991] 2 S.C.R. 714. He held that neither Mr. Paice nor Mr. Bauck could rely on the consent of the other to negate a finding of assault because each had intended to cause bodily harm and, in fact, serious harm did occur. The trial judge, however, accepted Mr. Paice's alternative argument and acquitted him on the ground that he had acted in self-defence within the scope of s. 34(1) of the *Criminal Code*. In essence, he found that Mr. Paice had repelled Mr. Bauck's unlawful assault with no more force than necessary.

l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714. Il a conclu que ni M. Paice ni M. Bauck ne pouvait invoquer le consentement de l'autre pour repousser la conclusion qu'une attaque avait eu lieu, étant donné qu'ils avaient tous les deux eu l'intention de causer des lésions corporelles et que des lésions graves avaient, en fait, été causées. Le juge du procès a toutefois retenu l'argument subsidiaire de M. Paice et l'a acquitté pour le motif qu'il avait agi en état de légitime défense au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. Il a considéré essentiellement que M. Paice n'avait employé que la force nécessaire pour repousser l'attaque illégale de M. Bauck.

3 On appeal by the Crown, the Court of Appeal for Saskatchewan held that self-defence under s. 34(1) of the *Criminal Code* was not open to Mr. Paice because, in its view, the evidence could only support a finding that he had provoked the assault and that, in repelling it, he had intended to cause grievous bodily harm. However, based on the findings of fact made by the trial judge, the court concluded that it could not make sufficient determinations to negate the application of self-defence under s. 34(2) or s. 35. Consequently, the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial, emphasizing that the new trial judge would not be constrained by its comments on the first trial judge's findings of fact: (2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89.

Lors de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de la Saskatchewan a décidé que M. Paice ne pouvait pas invoquer la légitime défense prévue au par. 34(1) du *Code criminel*, parce qu'à son avis la preuve était uniquement susceptible d'étayer une conclusion qu'il avait provoqué l'attaque et qu'en la repoussant il avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves. Cependant, la cour a estimé que, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, elle n'était pas en mesure de tirer elle-même des conclusions suffisantes pour écarter l'application de la légitime défense prévue au par. 34(2) ou à l'art. 35. La Cour d'appel a donc annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès, en soulignant que le nouveau juge du procès ne serait pas lié par ses commentaires relatifs aux conclusions de fait du premier juge du procès : (2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89.

4 I would dismiss the appeal, although for different reasons than the Court of Appeal. I agree with the conclusion of the Court of Appeal that self-defence under s. 34(1) is not available to either combatant in a consensual fist fight because neither could be heard to say that he has been the innocent victim of an unprovoked assault when he has consented to the fight. However, as I will explain, it is unclear from the reasons of the trial judge whether he found as a fact that this was a consensual fight. The fact that Mr. Bauck had agreed to fight was not a contentious issue at trial and the trial judge correctly held that Mr. Paice could not rely on that consent in defence to a charge of

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, quoique pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel. Je partage la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, dans une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants, la légitime défense prévue au par. 34(1) ne s'applique pas étant donné qu'en raison de son consentement à la bagarre aucun des adversaires ne peut prétendre avoir été la victime innocente d'une attaque qu'il n'a pas provoquée. Cependant, comme je vais l'expliquer, les motifs du juge du procès n'indiquent pas clairement s'il a tenu pour avéré que la bagarre avait opposé des adversaires consentants. Au procès, personne n'a contesté que M. Bauck avait consenti à se

manslaughter. What is not clear from the reasons is whether the trial judge found that Mr. Paice had also consented to the fight. If Mr. Paice consented to the fight, he could not claim to have acted in self-defence within the scope of s. 34(1), although other provisions may have to be considered. If, on the other hand, Mr. Bauck was the sole aggressor, self-defence under s. 34(1) could not be ruled out. These are all matters that will have to be determined on the new trial.

II. The Evidence at Trial

On May 25, 2001, the appellant, Mr. Paice, and some friends attended a bar in Moose Jaw, Saskatchewan, to celebrate a birthday. At some point in the evening, one of Mr. Paice's friends became involved in a dispute with a friend of the deceased, Mr. Bauck, over a game of pool. Upon noticing the scuffle, Mr. Paice left his seat at the bar and intervened, separating the combatants. In his words, "there wasn't going to be a fight". Several employees of the bar also intervened to prevent further disruption, advising the parties that fighting was not allowed and if they intended to fight they should "take it outside".

According to Mr. Paice, as he returned to his seat he was approached by Mr. Bauck and asked "do you want to go outside to fight?" Mr. Paice could not recall whether or not he specifically answered the question; nevertheless he did subsequently go outside. Once outside, Mr. Paice and Mr. Bauck squared off, exchanging threats. Mr. Bauck then pushed the accused once, perhaps twice, causing Mr. Paice to go back several steps. Mr. Paice, now in close proximity to Mr. Bauck, swung hard with his right elbow, striking Mr. Bauck on the left side of his jaw. Mr. Bauck immediately fell backward onto the pavement. He did not appear to cushion his fall and his head seemed to bounce off the

bagarrer, et le juge du procès a eu raison de conclure que M. Paice ne pouvait pas invoquer ce consentement pour repousser une accusation d'homicide involontaire coupable. Les motifs n'indiquent pas clairement si le juge du procès est arrivé à la conclusion que M. Paice avait également consenti à la bagarre. Le cas échéant, M. Paice ne pourrait pas invoquer la légitime défense prévue au par. 34(1), bien qu'il puisse se révéler nécessaire de tenir compte d'autres dispositions. Par contre, la légitime défense prévue au par. 34(1) ne pourrait pas être écartée si M. Bauck était l'unique agresseur. Ce sont là des questions qui devront toutes être tranchées dans le cadre du nouveau procès.

II. La preuve présentée au procès

Le 25 mai 2001, l'appellant M. Paice et des amis se sont rendus dans un bar à Moose Jaw, en Saskatchewan, pour y célébrer un anniversaire de naissance. À un moment donné au cours de la soirée, l'un des amis de M. Paice a commencé à se quereller avec un ami de la victime, M. Bauck, au sujet d'une partie de billard. Dès qu'il eut pris connaissance de la bousculade, M. Paice a quitté le tabouret qu'il occupait au bar pour aller séparer les adversaires. Pour reprendre ses propos, [TRADUCTION] « il n'était pas question de se bagarrer ». Plusieurs employés du bar sont également intervenus pour empêcher toute autre altercation, prévenant les parties que les bagarres étaient interdites et qu'elles devraient [TRADUCTION] « aller dehors » si elles voulaient se battre.

Selon M. Paice, au moment où il regagnait sa place au bar, M. Bauck s'est approché de lui et lui a demandé [TRADUCTION] « veux-tu aller te battre dehors? » M. Paice ne se rappelait pas s'il avait répondu à cette question, mais il s'est néanmoins rendu dehors par la suite. Une fois à l'extérieur, MM. Paice et Bauck, qui étaient debout face à face, se sont proféré des menaces. M. Bauck a ensuite, à une ou peut-être deux reprises, poussé l'accusé M. Paice suffisamment pour le faire reculer de plusieurs pas. Ce dernier, qui était alors près de M. Bauck, lui a asséné un violent coup de coude droit qui l'a atteint au côté gauche de la mâchoire. M. Bauck est immédiatement tombé à la renverse

5

6

pavement. It appeared to most of the witnesses that Mr. Bauck was knocked out by this first blow.

sur le pavé. Il n'a visiblement pas amorti sa chute et sa tête a semblé rebondir sur le pavé. Il a semblé à la plupart des témoins que ce premier coup avait mis M. Bauck hors de combat.

7 Mr. Paice then straddled the prostrate Mr. Bauck, striking him two more times, the third blow being of a glancing nature. Mr. Paice was then pulled off Mr. Bauck, but he continued to rant at the victim, swearing and asking if he wanted more. Some time later, Mr. Bauck died as a result of his injuries.

M. Paice s'est ensuite mis à califourchon sur M. Bauck, qui gisait sur le sol, et lui a assené deux autres coups, le troisième coup l'ayant plutôt effleuré. Après avoir été séparé de M. Bauck, M. Paice a continué à gueuler contre la victime, lançant des jurons et lui demandant s'il en voulait plus. Quelque temps après, M. Bauck est décédé des suites de ses blessures.

III. Analysis

III. Analyse

8 The trial judge correctly instructed himself on the constituent elements of the offence of manslaughter. Manslaughter is culpable homicide and, under s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, it is committed when a person "causes the death of a human being by means of an unlawful act". In this case, the alleged unlawful act is assault. Under s. 265(1)(a), a person commits an assault when, "without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly". Section 265(2) expressly provides that this "section applies to all forms of assault, including . . . causing bodily harm". Section 265(3) further provides that no consent is obtained in certain circumstances, none of which applies here.

Le juge du procès s'est rappelé correctement les éléments constitutifs de l'infraction d'homicide involontaire coupable. L'homicide involontaire coupable est un homicide coupable qui, aux termes de l'al. 222(5)a) du *Code criminel*, est commis lorsqu'une personne « cause la mort d'un être humain [. . .] au moyen d'un acte illégal ». En l'espèce, des voies de fait constituent l'acte illégal reproché. Suivant l'al. 265(1)a), commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, « d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement ». Le paragraphe 265(2) prévoit expressément que cet « article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris [. . .] [l']infliction de lésions corporelles ». Le paragraphe 265(3) ajoute qu'il y a absence de consentement dans certaines circonstances dont il n'est pas question en l'espèce.

9 As noted earlier, Mr. Paice sought to rely on Mr. Bauck's consent to the fight to escape criminal responsibility. He argued that if Mr. Bauck consented to the application of force, then his actions in the course of the fight would not constitute an assault within the meaning of the *Criminal Code*. Therefore, Mr. Paice's actions, being lawful by definition, would not trigger the manslaughter provision. That Mr. Bauck consented to go fight in the parking lot was not a contentious issue at trial. The legal question that arose was whether Mr. Paice

Comme nous l'avons vu, M. Paice a tenté d'invoquer le consentement de M. Bauck à la bagarre pour échapper à la responsabilité criminelle. Il a fait valoir que les actes qu'il a accomplis pendant la bagarre ne constitueraient pas des voies de fait au sens du *Code criminel*, si M. Bauck avait consenti à l'emploi de la force. Par conséquent, du fait qu'ils seraient légaux par définition, les actes de M. Paice ne seraient pas visés par la disposition relative à l'homicide involontaire coupable. Au procès, personne n'a contesté que M. Bauck avait consenti à

could effectively rely on that consent in answer to a charge of manslaughter.

Consent, as it applies to an assault in Canada, involves more than a factual finding that the parties agreed to fight. In *Jobidon*, for policy reasons and on the basis of common law principles, this Court set a limit on the legal effectiveness of consent in cases of consensual fist fights between adults. *Jobidon* marked a significant development in the law of assault. Writing for the majority, Gonthier J. meticulously surveyed the English common law, Canadian jurisprudence and relevant policy considerations before crafting an appropriate restraint on the effect of a consent to a fist fight between two adults. The test is essentially an adaptation of the English approach, mindful of the application of the *Criminal Code*.

In dealing with the issue of consent, the trial judge reviewed *Jobidon* and relied expressly on the following excerpt from the decision of the English Court of Appeal in *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, at p. 1059:

... it is not in the public interest that people should try to cause or should cause each other actual bodily harm for no good reason. Minor struggles are another matter. So, in our judgment, it is immaterial whether the act occurs in private or in public; it is an assault if actual bodily harm is intended and/or caused. This means that most fights will be unlawful regardless of consent. [Emphasis added.]

However, the trial judge did not refer to the fact that this Court in *Jobidon* held that it was not open in Canada to adopt the English position without modification. The Court referred to the above-noted passage in the *Attorney General's Reference* case and stated, at p. 760:

aller se bagarrer dans le stationnement. La question de droit qui se posait était de savoir si M. Paice pouvait, en fait, invoquer ce consentement pour repousser une accusation d'homicide involontaire coupable.

La preuve du consentement en matière de voies de fait au Canada requiert davantage qu'une conclusion de fait que les parties ont accepté de se bagarrer. Dans l'arrêt *Jobidon*, notre Cour a invoqué des raisons de politique générale et des principes de common law pour restreindre l'effet juridique du consentement dans le cas des bagarres à coups de poing entre adultes consentants. L'arrêt *Jobidon* marque une évolution importante du droit en matière de voies de fait. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge Gonthier a examiné attentivement la common law d'Angleterre, la jurisprudence canadienne et les considérations de politique générale pertinentes pour restreindre, de manière appropriée, l'effet du consentement à une bagarre à coups de poing entre deux adultes. Le critère représente essentiellement une adaptation de l'approche anglaise, qui tient compte de l'application du *Code criminel*.

En ce qui concerne la question du consentement, le juge du procès a examiné l'arrêt *Jobidon* et s'est fondé expressément sur l'extrait suivant de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, p. 1059 :

[TRADUCTION] ... il n'est pas dans l'intérêt public que les gens s'infligent ou tentent de s'infliger mutuellement de véritables lésions corporelles sans raison valable. Les accrochages sont autre chose. À notre avis, il importe donc peu de savoir si l'acte a été commis en public ou en privé; il y a voies de fait lorsqu'il y a l'intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux. Cela veut dire que la plupart des bagarres sont illégales, indépendamment du consentement. [Je souligne.]

Toutefois, le juge du procès n'a pas mentionné le fait que, dans l'arrêt *Jobidon*, notre Cour a statué que le Canada ne pouvait pas adopter la position anglaise sans la modifier. Après avoir mentionné l'extrait précité de l'arrêt *Attorney General's Reference*, la Cour a affirmé, à la p. 760 :

10

11

Attorney General's Reference makes it clear that a conviction of assault will not be barred if "bodily harm is intended and/or caused". Since this test is framed in the alternative, consent could be nullified even in situations where the assailant did not intend to cause the injured person bodily harm but did so inadvertently. In Canada, however, this very broad formulation cannot strictly apply, since the definition of assault in s. 265 is explicitly restricted to intentional application of force. Any test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused. [Emphasis in original.]

L'affaire *Attorney General's Reference* montre clairement qu'on n'empêchera pas une déclaration de culpabilité de voies de fait s'il y a [TRADUCTION] « l'intention ou le fait de causer des lésions corporelles, ou les deux ». Étant donné que ce critère est présenté comme une alternative, le consentement pourrait être invalidé même dans le cas où l'assaillant n'avait pas l'intention de causer des lésions corporelles, mais l'a fait par inadvertance. Toutefois, au Canada, cette formulation très générale ne saurait s'appliquer tel quel, étant donné que la définition des voies de fait figurant à l'art. 265 est expressément limitée à l'utilisation intentionnelle de la force. Tout critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées. [Souligné dans l'original.]

12 Indeed, if the test were otherwise and a conviction possible if bodily harm were either intended or caused, the result would be to criminalize numerous activities that were never intended by Parliament to come within the ambit of the assault provisions and would go beyond the policy considerations identified in *Jobidon*. For example, if causation alone sufficed, a person who agreed to engage in a playful wrestling match with another could end up being criminally responsible if, even by accident, he caused serious bodily harm to the other during the course of play. This Court in *Jobidon* was very mindful not to overextend the application of the principle to like situations. Conversely, the intention to cause serious bodily harm alone cannot serve to negate the other person's consent to the application of force if, in fact, no bodily harm is caused. The activity, a consensual application of force that causes no serious bodily harm, would fall within the scope of the consent and not in any way fall within the *Code* definition of assault. Yet, it would be criminalized by judicial fiat. In my view, this would constitute an unwarranted extension of the principle in *Jobidon*.

En effet, s'il en était autrement et qu'il était possible de prononcer une déclaration de culpabilité dans le cas où des lésions corporelles ont été soit voulues soit causées, cela aurait pour effet de criminaliser de nombreuses activités que le législateur n'a jamais voulu assujettir aux dispositions en matière de voies de fait, en plus d'aller au-delà des considérations de politique générale décrites dans l'arrêt *Jobidon*. Par exemple, si le lien de causalité suffisait à lui seul, une personne qui accepterait de lutter avec quelqu'un pour plaisanter pourrait être tenue criminellement responsable si, pendant cette activité, elle causait, même accidentellement, des lésions corporelles graves à son adversaire. Dans l'arrêt *Jobidon*, notre Cour s'est bien gardée d'étendre démesurément l'application de ce principe à des situations semblables. À l'inverse, l'intention de causer des lésions corporelles graves ne peut pas, à elle seule, être invoquée pour annuler le consentement de l'autre personne à l'emploi de la force si, en fait, aucune lésion corporelle n'est causée. L'activité, à savoir l'emploi consensuel de la force qui ne cause aucune lésion corporelle grave, serait visée par le consentement, mais aucunement par la définition des voies de fait contenue dans le *Code*. Pourtant, elle serait criminalisée par décision judiciaire. À mon avis, ce serait là une extension injustifiée de l'application du principe de l'arrêt *Jobidon*.

13 With respect, I am of the view that the limits of the principle in *Jobidon* were not understood by the trial judge. After referring to the *Attorney General's Reference* case, the trial judge went on to explain

En toute déférence, j'estime que le juge du procès n'a pas saisi les limites du principe de l'arrêt *Jobidon*. Après avoir mentionné l'affaire *Attorney General's Reference*, le juge du procès a expliqué sa

his understanding of the principle in *Jobidon* and to apply it to this case. He stated the following:

What *Jobidon*, then, has developed is an understanding that no combatant in a fight can consent to another person causing him or her serious bodily harm or non-trivial harm. Resultantly, as was indicated numerous times throughout the *Jobidon* decision, there will only exist very rare situations where a fistfight, even though agreed to by both parties, will not be considered as an assault due to the presence of intended or actual harming of either of the combatants.

Applying the reasoning in *Jobidon* to the present case, I have found, just as the trial judge did in *Jobidon*, that both combatants to this fight intended to cause the other bodily harm that was serious and not trivial, and that, in fact, serious harm did occur. On that basis, I find that neither combatant was able to consent to the fistfight.

In coming to this conclusion, I am reminded that the accused testified that the deceased warned that he was going to “beat up” the accused, “kick his ass”, or “break him up”, and that similarly, the accused intended to “hit the deceased so that he would either retreat or give up”, and that he would do so to “get the upper hand in the fight”. The infliction of bodily harm of a non-trivial nature was, in my finding, certainly intended by both of these combatants. [Emphasis added.]

It is apparent from his reasons that the trial judge was of the view that the consent to a fist fight would be nullified by either an intention to cause serious bodily harm or an actual causing of such harm. The trial judge’s misinterpretation of *Jobidon* is of no consequence to his conclusion that Mr. Paice could not rely on the deceased’s consent in defence to the charge because the trial judge found that Mr. Paice both intended to cause serious bodily harm and, in fact, caused it. Hence, Mr. Paice could not argue that he had not committed the unlawful act of assault and his first defence failed. However, the trial judge’s overextension of the principle in *Jobidon* led him into error in his subsequent consideration of the elements of self-defence.

compréhension du principe de l’arrêt *Jobidon* et l’a appliquée à la présente affaire. Voici ce qu’il a dit :

[TRADUCTION] L’arrêt *Jobidon* a donc établi que la personne qui participe à une bagarre ne saurait consentir à ce qu’une autre personne lui cause des lésions corporelles graves ou non négligeables. En conséquence, comme la Cour l’a indiqué à maintes reprises dans l’arrêt *Jobidon*, il arrivera très rarement que les bagarres à coups de poing, même entre adversaires consentants, ne seront pas considérées comme une attaque à cause des lésions voulues ou réelles subies par l’un ou l’autre adversaire.

Après avoir appliqué à la présente affaire le raisonnement suivi dans l’arrêt *Jobidon*, j’ai conclu, comme l’a fait le juge du procès dans *Jobidon*, que les deux adversaires qui se sont bagarrés avaient l’intention de s’infliger mutuellement des lésions corporelles graves et non négligeables, et qu’en fait des lésions graves ont été infligées. Pour ce motif, je conclus que ni l’un ni l’autre adversaire n’était en mesure de consentir à la bagarre à coups de poing.

En tirant cette conclusion, j’ai à l’esprit que l’accusé a témoigné que la victime l’a prévenu qu’elle allait le « passer à tabac », « lui botter le derrière » ou « le démolir », et que, de la même manière, l’accusé avait l’intention de « frapper la victime pour qu’elle s’enfuit ou abandonne la partie », et qu’il le ferait pour « gagner la bagarre ». J’estime que ces deux adversaires avaient sûrement l’intention d’infliger des lésions corporelles non négligeables. [Je souligne.]

Les motifs du juge du procès montrent qu’il considérait que l’intention de causer des lésions corporelles graves ou le fait de causer de telles lésions annulait le consentement à une bagarre à coups de poing. La façon erronée dont le juge du procès a interprété l’arrêt *Jobidon* n’a aucun effet sur sa conclusion que M. Paice ne pouvait pas invoquer le consentement de la victime pour repousser l’accusation portée contre lui, étant donné qu’il a décidé que M. Paice avait eu l’intention de causer des lésions corporelles graves et qu’en fait il en avait causé. M. Paice ne pouvait donc pas nier qu’il s’était livré à une attaque illégale et il n’y avait donc pas lieu de retenir son premier moyen de défense. Toutefois, l’extension démesurée de l’application du principe de l’arrêt *Jobidon* a eu pour effet d’induire le juge du procès en erreur dans son examen subséquent des éléments de la légitime défense.

15 After rejecting the defence of consent, the trial judge turned his attention to Mr. Paice's alternative argument that he had acted in self-defence. Section 34(1) of the *Criminal Code* was the sole provision considered by the trial judge. It reads as follows:

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

For Mr. Paice to successfully argue self-defence under s. 34(1), it must first be found that he was unlawfully assaulted by Mr. Bauck.

16 The trial judge concluded that Mr. Bauck's actions "met the s. 265 requirements for assault". The Crown contended that Mr. Bauck's push of Mr. Paice was not an unlawful assault because, following the principles of *Jobidon*, Mr. Paice had consented to the application of force and no bodily harm was occasioned by the push. The trial judge rejected the Crown's position and was of the view that there could be no consent to the application of force unless both persons agreed or understood in advance that the anticipated bodily harm would remain within the bounds established in *Jobidon*. His reasons for concluding that Mr. Bauck had unlawfully assaulted Mr. Paice were the following:

Having dealt with the issue of consent and concluded that it was not applicable, I am left with a situation where the deceased, without the consent of the accused, intentionally and directly applied force to the accused by pushing him backwards with open hands with sufficient force to knock him back several steps. The issue then turns on how to characterize the accused's reaction to the aggressor's actions. [Emphasis added.]

17 The trial judge then held that the accused's reaction to the assault was justified under s. 34(1) of the *Criminal Code*. He concluded that a closed fist punch to the head or an elbow to the head from a man of

Après avoir rejeté le moyen de défense fondé sur le consentement, le juge du procès a étudié l'argument subsidiaire de M. Paice voulant qu'il ait agi en état de légitime défense. Le paragraphe 34(1) du *Code criminel* est la seule disposition examinée par le juge du procès. En voici le texte :

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

Il faut d'abord conclure que M. Paice a été attaqué illégalement par M. Bauck pour que son argument de la légitime défense prévue au par. 34(1) puisse être retenu.

Le juge du procès a décidé que les actes de M. Bauck [TRADUCTION] « remplissaient les conditions fixées par l'art. 265 pour qu'il y ait voies de fait, attaque ou agression ». Le ministère public a soutenu que la poussée que M. Bauck a donnée à M. Paice n'était pas une attaque illégale du fait que, selon les principes de l'arrêt *Jobidon*, M. Paice avait consenti à l'emploi de la force et que la poussée n'avait causé aucune lésion corporelle. Le juge du procès a rejeté le point de vue du ministère public, estimant qu'il ne saurait y avoir de consentement à l'emploi de la force à moins que les deux personnes n'aient préalablement accepté et compris que les lésions corporelles anticipées respecteraient les limites établies dans l'arrêt *Jobidon*. Ses raisons de conclure que M. Bauck avait attaqué illégalement M. Paice étaient les suivantes :

[TRADUCTION] Après avoir examiné la question du consentement et avoir conclu qu'elle ne se posait pas, je suis confronté à une situation où la victime a, d'une manière intentionnelle, employé la force directement contre l'accusé sans son consentement, en le poussant avec les mains ouvertes avec suffisamment de force pour lui faire perdre l'équilibre et le faire reculer de plusieurs pas. Il faut alors se demander comment la réaction de l'accusé aux actes de l'agresseur doit être qualifiée. [Je souligne.]

Le juge du procès a ensuite décidé que la réaction de l'accusé à l'attaque était justifiée eu égard au par. 34(1) du *Code criminel*. Il a conclu que le coup qu'un homme de stature et d'âge légèrement moindres que

slightly less stature and age than his aggressor was within the threshold of force permitted by s. 34(1) and, in this case, was not intended to cause death or grievous bodily harm. He viewed the subsequent blows as part of one single transaction because there was no significant time interval between the first and last blows thrown.

Two errors emerge from the trial judge's analysis on self-defence. First, his conclusion that Mr. Bauck's pushing of Mr. Paice was an unlawful assault because it was "without the consent of the accused" was based on his legal conclusion that neither party could rely on the consent of the other because they each had entered the fight with the intention to cause serious bodily harm to the other. This conclusion stems from the trial judge's misinterpretation of the principle in *Jobidon*. *Jobidon* requires serious harm both intended and caused for consent to be vitiated. Whether or not Mr. Bauck intended to cause serious bodily harm to Mr. Paice, he did not in fact do so. Had the fight been interrupted after the initial push, Mr. Bauck would have been entitled to rely on Mr. Paice's consent, assuming he did in fact consent, in answer to a charge of assault. Likewise, had Mr. Paice's reaction to the push not resulted in any serious bodily harm, he would not have been guilty of assault. As technical as it may appear, s. 34(1), by its terms, requires this step-by-step analysis of what transpired in the parking lot.

Because the trial judge based his finding on this initial question of whether Mr. Paice had been unlawfully assaulted solely on the legal conclusion he had reached on the issue of consent, he never inquired into whether Mr. Paice had in fact consented to the fight. The following aspects of his reasons cause me to question whether the trial judge ever came to a conclusion on this issue. At one point

ceux de son agresseur avait porté à la tête de ce dernier, avec un poing fermé ou avec le coude, respectait la norme de force autorisée par le par. 34(1), et qu'en l'espèce ce coup n'était pas censé causer la mort ou des lésions corporelles graves. Il a considéré que les coups portés subséquentement faisaient partie d'une seule opération parce qu'aucun laps de temps important ne s'était écoulé entre le premier et le dernier coup.

Deux erreurs se dégagent de l'analyse de la légitime défense effectuée par le juge du procès. Premièrement, sa conclusion que la poussée donnée à M. Paice par M. Bauck était une attaque illégale parce qu'elle avait été donnée [TRADUCTION] « sans le consentement de l'accusé » reposait sur sa conclusion de droit qu'aucune partie n'était en mesure d'invoquer le consentement de l'autre partie parce qu'en participant à la bagarre elles avaient toutes les deux eu l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves. Cette conclusion résulte de la façon erronée dont le juge du procès a interprété le principe établi dans l'arrêt *Jobidon*. L'arrêt *Jobidon* précise que, pour que le consentement soit vicié, il faut que des lésions graves aient été à la fois voulues et causées. Peu importe que M. Bauck ait eu ou n'ait pas eu l'intention de causer des lésions corporelles graves à M. Paice, en fait, il n'en a pas causé. Si la bagarre avait cessé après la poussée initiale, M. Bauck aurait eu le droit d'invoquer le consentement de M. Paice — à supposer que celui-ci ait effectivement consenti — pour repousser une accusation de voies de fait. De même, M. Paice ne se serait pas rendu coupable de voies de fait si sa réaction à la poussée qu'il s'était fait donner ne s'était pas soldée par des lésions corporelles graves. Aussi technique qu'il puisse paraître, le par. 34(1) requiert, de par sa formulation, cette analyse progressive de ce qui s'est passé dans le stationnement.

Étant donné que sa conclusion sur la question initiale de savoir si M. Paice avait été attaqué illégalement reposait uniquement sur la conclusion de droit qu'il avait tirée à l'égard de la question du consentement, le juge du procès ne s'est jamais demandé si M. Paice avait, en fait, consenti à la bagarre. Les aspects suivants de ses motifs m'incitent à me demander si le juge du procès a jamais tiré une

18

19

in his reasons for judgment, the trial judge stated that “[a]part from the above finding [his finding that neither party was capable of consenting to the fight], there is no dispute that it was the deceased who was the aggressor, vis-à-vis, the accused throughout the incident.” Further, his findings of fact as to what transpired in the bar before the parties stepped outside to fight are rather inconclusive on the question of Mr. Paice’s consent, if any. Mr. Paice’s actual consent is, of course, crucial to the unlawfulness of Mr. Bauck’s push. However, as stated above, by starting with a legal conclusion determinative of the issue, the question of Mr. Paice’s consent never received the attention it demanded.

conclusion à ce propos. À un endroit de ses motifs de jugement, il affirme que [TRADUCTION] « [o]utre la conclusion qui précède [sa conclusion qu’aucune des parties n’était en mesure de consentir à la bagarre], personne ne conteste que, par rapport à l’accusé, c’est la victime qui a été l’agresseur tout le long de l’épisode. » De plus, ses conclusions de fait sur ce qui s’est passé dans le bar avant que les parties aillent se battre à l’extérieur ne sont pas vraiment déterminantes en ce qui concerne la question du consentement de M. Paice, à supposer qu’il ait consenti. Il va sans dire que le consentement véritable de M. Paice est crucial pour déterminer si la poussée donnée par M. Bauck était illégale. Toutefois, comme nous l’avons vu, en commençant par tirer une conclusion de droit déterminante à cet égard, le juge n’a jamais accordé l’attention requise à la question du consentement de M. Paice.

20

The second error in the trial judge’s analysis on the s. 34(1) self-defence is the following. The trial judge did not address the question of provocation. An accused can only rely on s. 34(1) if he was unlawfully assaulted “without having provoked the assault”. Under s. 36 of the *Criminal Code*, provocation includes “provocation by blows, words or gestures”. The defence of self-defence under s. 34(1) is expansive and allows a person to repel force by force as is necessary to enable him to defend himself without the necessity of the apprehension of death or grievous bodily harm. So long as the force used is not itself intended to cause death or grievous bodily harm, the conduct will be justified. Section 34(1) is only available where the accused is an innocent victim who has been assaulted without having provoked the assault. Where a person willingly engages in mutual combat, he cannot later say that he did not provoke the assault: see *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., *rev’d* on other grounds, [1977] 2 S.C.R. 13. Again, the question of provocation, on the facts of this case, is largely dependent on whether Mr. Paice consented to the fight.

La deuxième erreur que le juge du procès a commise en analysant la légitime défense prévue au par. 34(1) est la suivante : il n’a pas abordé la question de la provocation. Un accusé ne peut invoquer le par. 34(1) que s’il a été illégalement attaqué « sans provocation de sa part ». Aux termes de l’art. 36 du *Code criminel*, la provocation comprend « celle faite par des coups, des paroles ou des gestes ». La légitime défense prévue au par. 34(1) a un sens large et permet à la personne attaquée d’employer la force nécessaire pour se défendre, sans qu’aucune crainte préalable de mourir ou de subir des lésions corporelles graves soit nécessaire. La conduite adoptée est justifiée dans la mesure où la force employée n’a pas pour but de causer la mort ou des lésions corporelles graves. Le paragraphe 34(1) ne peut être invoqué que dans le cas où l’accusé est une victime innocente qui a été attaquée sans provocation de sa part. La personne qui décide de participer à un échange de coups ne peut pas, par la suite, affirmer qu’elle n’a pas provoqué l’attaque : voir *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.), le juge Martin, *inf.* pour d’autres motifs, [1977] 2 R.C.S. 13. Là encore, d’après les faits de la présente affaire, la question de la provocation dépend largement de la question de savoir si M. Paice a consenti à la bagarre.

21

The Court of Appeal held that s. 34(1) was not available to Mr. Paice based, not on the trial judge’s

La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle M. Paice ne pouvait pas invoquer le par. 34(1)

failure to deal with the issue, but on its own assessment of the evidence. First, Gerwing J.A. concluded that Mr. Paice could not be said to be the victim of an unprovoked assault. She stated, at para. 11:

Any other conclusion, based on the findings of fact by the trial judge would not meet the standard in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168; 78 N.R. 351, that is it would be an unreasonable result unsupported by the evidence.

With respect, *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, has no application here. The test in *Yeves* relates to the question of whether a verdict is unreasonable on an appeal taken under s. 686(1)(a)(i), which does not include appeals from acquittals. Therefore, “an unreasonable result unsupported by the evidence” is not a proper ground for appeal where the trial judge’s verdict was to acquit. Nor is the test one to be applied to individual findings of fact. In my view, it was not open to the Court of Appeal to determine the question of provocation based on its own view of the evidence in the absence of a definitive finding by the trial judge that Mr. Paice consented to the fight.

Second, the Court of Appeal was of the view that, on the evidence, the only conclusion that could be reached was that Mr. Paice had in fact intended grievous bodily harm. Applying the standard in *Yeves*, the Court of Appeal concluded that the “serious harm” mentioned by the trial judge in the context of consent must, in this case, be the same as “grievous bodily harm” within the meaning of s. 34(1), notwithstanding his express conclusion that Mr. Paice had not intended death or grievous bodily harm. The Court of Appeal reasoned as follows, at para. 12:

The inflicting of a hard blow leading to someone falling on the pavement and his head bouncing on it, followed by no reaction on the part of the fallen person with two further blows to the head, all facts found by the trial judge, lead to the conclusion that in this case, at least, the serious bodily harm is the same as “grievous bodily harm” under s. 34(1). Any other conclusion, based on the

reposait sur sa propre appréciation de la preuve et non sur l’omission du juge du procès d’examiner la question. Premièrement, la juge Gerwing a conclu qu’on ne pouvait pas dire que M. Paice avait été victime d’une attaque sans provocation de sa part. Elle a affirmé ceci, au par. 11 :

[TRADUCTION] Compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, toute autre conclusion ne respecterait pas le critère de l’arrêt *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, 78 N.R. 351, en ce sens qu’elle constituerait un résultat déraisonnable qui ne s’appuie pas sur la preuve.

En toute déférence, l’arrêt *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, ne s’applique pas en l’espèce. Le critère de l’arrêt *Yeves* est applicable pour décider si un verdict est déraisonnable dans le cadre d’un appel fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(i), qui ne vise pas les appels interjetés contre des acquittements. En conséquence, [TRADUCTION] « un résultat déraisonnable qui ne s’appuie pas sur la preuve » n’est pas un moyen d’appel légitime dans le cas où le juge du procès a prononcé un verdict d’acquiescement. Le critère ne doit pas non plus s’appliquer à des conclusions de fait prises isolément. À mon avis, en l’absence de conclusion définitive du juge du procès voulant que M. Paice ait consenti à la bagarre, la Cour d’appel ne pouvait pas trancher la question de la provocation en fonction de sa propre perception de la preuve.

Deuxièmement, la Cour d’appel a estimé que la preuve permettait seulement de conclure qu’en fait M. Paice avait eu l’intention de causer des lésions corporelles graves. Appliquant le critère de l’arrêt *Yeves*, la Cour d’appel a considéré qu’en l’espèce les « lésions graves » que le juge du procès a mentionnées dans le contexte du consentement sont nécessairement des « lésions corporelles graves » au sens du par. 34(1), et ce, en dépit de sa conclusion expresse que M. Paice n’avait pas eu l’intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves. La Cour d’appel donne l’explication suivante, au par. 12 :

[TRADUCTION] Le coup violent assené à une personne qui, en tombant, se heurte la tête sur le pavé, ainsi que les deux autres coups portés à la tête de cette personne alors qu’elle gît immobile sur le sol — des faits qui ont tous été constatés par le juge du procès —, amènent à conclure que, dans la présente affaire, du moins, les lésions corporelles graves correspondent à des « lésions corporelles

judge's fact finding, again would not meet the standard of *Yebe*s.

Again here, the Court of Appeal misapplied the principle in *Yebe*s. Further, the court seemed to conflate the question of intention with the consequences of the act. There is nothing in the trial judge's reasons that would suggest that he was of the view that Mr. Paice intended what actually happened. In any event, these are all questions to be determined afresh based on the evidence at the new trial.

IV. Disposition

23 For these reasons, I would confirm the order for a new trial and dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

24 Like Justice Charron, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal ((2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89). In reaching this conclusion, however, I find it unnecessary to rely on the passage from *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, cited by my colleague at para. 11 of her reasons.

25 For ease of reference, I reproduce that passage here:

Attorney General's Reference makes it clear that a conviction of assault will not be barred if "bodily harm is intended and/or caused". Since this test is framed in the alternative, consent could be nullified even in situations where the assailant did not intend to cause the injured person bodily harm but did so inadvertently. In Canada, however, this very broad formulation cannot strictly apply, since the definition of assault in s. 265 is explicitly restricted to intentional application of force. Any test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused. [Emphasis in *Jobidon*.]

graves » au sens du par. 34(1). Là encore, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, toute autre conclusion ne respecterait pas le critère de l'arrêt *Yebe*s.

Je répète que la Cour d'appel a mal appliqué le principe de l'arrêt *Yebe*s. De plus, elle semble avoir confondu la question de l'intention et les conséquences de l'acte. Rien dans les motifs du juge du procès n'indique qu'il était d'avis que M. Paice avait eu l'intention de causer ce qui s'est réellement produit. Quoiqu'il en soit, ces questions devront toutes être tranchées à nouveau en fonction de la preuve qui sera présentée au nouveau procès.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de confirmer l'ordonnance de nouveau procès et de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

À l'instar de la juge Charron, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan ((2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89). Cependant, pour arriver à cette conclusion, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de se fonder sur l'extrait de l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, que ma collègue cite au par. 11 de ses motifs.

Je reproduis cet extrait pour en faciliter la consultation :

L'affaire *Attorney General's Reference* montre clairement qu'on n'empêchera pas une déclaration de culpabilité de voies de fait s'il y a [TRADUCTION] « l'intention ou le fait de causer des lésions corporelles, ou les deux ». Étant donné que ce critère est présenté comme une alternative, le consentement pourrait être invalidé même dans le cas où l'assaillant n'avait pas l'intention de causer des lésions corporelles, mais l'a fait par inadvertance. Toutefois, au Canada, cette formulation très générale ne saurait s'appliquer tel quel, étant donné que la définition des voies de fait figurant à l'art. 265 est expressément limitée à l'utilisation intentionnelle de la force. Tout critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées. [Soulignements dans l'arrêt *Jobidon*.]

This passage raises two difficulties. The first relates to the fault element of assault in Canada. It is true, of course, that s. 265(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that a person commits an assault when, “without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly”. In virtue of s. 265(2), this requirement — the intentional application of force — applies to all forms of assault. Accordingly, the fault element of assault causing bodily harm, set out in s. 267 of the *Code*, is an intentional application of force: where bodily harm ensues, a conviction will lie even if the accused, in committing the assault, neither intended nor foresaw that consequence. For an interesting discussion of this issue, see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 263-65.

In this light, I am reluctant to ground our conclusion in this case on the assertion in *Jobidon* that “[a]ny test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused” (p. 760 (emphasis in original)).

Second, I see no reason of policy or principle for distinguishing in the context that concerns us here between two participants in a consensual fist fight who, both intending to cause serious harm or injury, swing simultaneously at one another with varying degrees of success — one breaking the other’s nose for example, and the second merely inflicting a bruise. I would find it incongruous to hold, on the strength of *Jobidon*, that the consent of only one of these willing combatants is vitiated, though both intended to cause bodily harm and both pursued their shared objective with equal force and determination.

Ce passage pose deux difficultés. La première difficulté concerne l’élément de faute de l’infraction de voies de fait au Canada. Certes, il est vrai qu’aux termes de l’al. 265(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression quiconque, « d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement ». En vertu du par. 265(2), cette condition — l’emploi intentionnel de la force — s’applique à toutes les espèces de voies de fait. Par conséquent, l’élément de faute de l’infraction de voies de fait causant des lésions corporelles, énoncé à l’art. 267 du *Code*, est l’emploi de la force intentionnel : lorsqu’il s’ensuit des lésions corporelles, l’accusé sera déclaré coupable même si, en se livrant aux voies de fait, il n’a ni voulu ni prévu cette conséquence. Pour une analyse intéressante de cette question, voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 263-265.

Dans ce contexte, j’hésite à fonder la conclusion à laquelle nous arrivons en l’espèce sur l’affirmation de l’arrêt *Jobidon*, selon laquelle « [t]out critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées » (p. 760 (souligné dans l’original)).

Deuxièmement, dans le contexte qui nous occupe, je ne vois aucune raison de politique générale ou de principe d’établir une distinction entre deux adversaires consentants qui se battent à coups de poing et qui, dans le but de s’infliger mutuellement des lésions ou blessures graves, se décochent des coups de poing avec plus ou moins de succès — l’un fracturant le nez de l’autre, par exemple, et l’autre ne parvenant qu’à infliger une ecchymose. À mon avis, il serait incongru de conclure, sur la foi de l’arrêt *Jobidon*, au caractère vicié du consentement d’un seul de ces adversaires consentants, bien qu’ils aient eu tous les deux l’intention de causer des lésions corporelles et qu’ils aient tous les deux tenté avec la même force et la même détermination de réaliser leur objectif commun.

26

27

28

29 In mentioning these concerns, I do not wish to be taken to favour the adoption in Canada of the rule laid down by the English Court of Appeal in *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, which is set out by Charron J. at para. 11 of her reasons. The importation of that common law rule, even as modified in the passage I have cited for *Jobidon*, raises difficult issues that we are not required, nor even invited, to consider afresh in this case. I refer in this regard to the reasons of Sopinka J. in *Jobidon*, concurring in the result but on different grounds.

II

30 The trial judge acquitted the appellant in virtue of s. 34(1) of the *Criminal Code*, which reads:

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

31 The Saskatchewan Court of Appeal set aside the appellant's acquittal at trial on two grounds: first, that the trial judge overlooked the unprovoked assault requirement of s. 34(1); second, that he erred in law with respect to the meaning of "grievous bodily harm" in that provision.

32 Like Charron J., I agree with the conclusion of the Court of Appeal on the first point and, as to the governing principles, expressly adopt my colleague's analysis at para. 20 of her reasons. In my respectful view, the appellant's acquittal at trial must be set aside on this ground alone.

III

33 On the second point, the trial judge concluded that the appellant intended to cause Mr. Bauck serious bodily harm and that he, in fact caused

En mentionnant ces préoccupations, je ne veux pas que l'on croie que je préconise l'adoption, au Canada, de la règle établie par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, et énoncée par la juge Charron au par. 11 de ses motifs. L'importation de cette règle de common law, même sous sa forme modifiée dans l'extrait précité de l'arrêt *Jobidon*, soulève des questions difficiles sur lesquelles nous ne sommes ni tenus de revenir en l'espèce, ni même invités à le faire. À ce propos, je renvoie aux motifs que le juge Sopinka, souscrivant au résultat mais pour des raisons différentes, a rédigés dans l'arrêt *Jobidon*.

II

Le juge du procès a acquitté l'appelant en application du par. 34(1) du *Code criminel*, dont voici le texte :

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a annulé, pour deux raisons, l'acquittement de l'appelant prononcé à l'issue du procès : d'abord, parce que le juge du procès n'a pas tenu compte de l'exigence du par. 34(1) que l'attaque ait eu lieu sans provocation; ensuite, parce qu'il a commis une erreur de droit quant au sens de l'expression « lésions corporelles graves » contenue dans cette disposition.

À l'instar de la juge Charron, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel sur le premier point et, en ce qui concerne les principes applicables, je souscris expressément à l'analyse qu'effectue ma collègue au par. 20 de ses motifs. En toute déférence, j'estime que l'acquittement de l'appelant à l'issue du procès doit être annulé pour cette seule raison.

III

Quant au deuxième point, le juge du procès a conclu que l'appelant avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves (« *serious* ») à

Mr. Bauck's death. This was an understandable, if not inevitable, conclusion.

In this regard, the trial judge stated:

... I have found, just as the trial judge did in *Jobidon*, that both combatants to this fight intended to cause the other bodily harm that was serious and not trivial, and that, in fact, serious harm did occur.

The trial judge nonetheless concluded that the appellant, while intending to cause the deceased serious bodily harm, did not intend to cause him "grievous bodily harm" within the meaning of s. 34(1) of the *Criminal Code*.

Section 2 of the *Criminal Code* defines "bodily harm" as

any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature.

"Grievous bodily harm" is nowhere defined in the *Code*.

Dealing with this aspect of the matter, Gerwing J.A., in delivering the reasons of the Court of Appeal, stated (at para. 12):

Another reason that the application of s. 34(1) is inappropriate, in our view, is that for it to apply it must be shown that the respondent did not use force that was intended to cause grievous bodily harm. The Crown urged us to accept a definition from *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (B.C.C.A.), defining "grievous bodily harm" as "serious hurt or pain". Similar comments were made by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Martineau* (1988), 89 A.R. 162; 43 C.C.C. (3d) 417 (C.A.). While there may be a nuance in "grievous" beyond serious, it having been defined sometimes as "very serious", if any such difference existed here, the trial judge did not indicate what it was and it seems on the facts impossible to find it. He concluded that the respondent intended to inflict "serious harm" and indeed did do so. The inflicting of a hard blow leading to someone falling on the pavement and his head bouncing on it, followed by no reaction on the part of the fallen person with two further blows to the head, all facts found by the trial judge, lead to the conclusion that in this case, at least, the serious bodily harm is the same as "grievous bodily harm" under s. 34(1). Any other

M. Bauck et qu'il avait, en fait, causé la mort de ce dernier. Cette conclusion était compréhensible, voire inévitable.

À cet égard, le juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] ... j'ai conclu, comme l'a fait le juge du procès dans *Jobidon*, que les deux adversaires qui se sont bagarrés avaient l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves et non négligeables, et qu'en fait des lésions graves ont été infligées.

Le juge du procès a néanmoins décidé que, même s'il avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves (« *serious* ») à la victime, l'appelant n'avait pas eu l'intention de lui causer des « lésions corporelles graves » (« *grievous* ») au sens du par. 34(1) du *Code criminel*.

L'article 2 du *Code criminel* donne la définition suivante des « lésions corporelles » :

Blessure qui nuit à la santé et au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance.

Il n'existe aucune définition de l'expression « lésions corporelles graves » dans le *Code*.

Au sujet de cet aspect de la question, la juge Gerwing, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a affirmé ceci (par. 12) :

[TRADUCTION] Selon nous, une autre raison pour laquelle il ne convient pas d'appliquer le par. 34(1) est que, pour qu'il s'applique, il faut démontrer que l'intimé n'a pas employé une force censée causer des lésions corporelles graves. Le ministère public nous a invités à accepter une définition tirée de l'arrêt *R. c. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A.C.-B.), selon laquelle l'expression « lésions corporelles graves » désigne « une blessure ou douleur sérieuse ». La Cour d'appel de l'Alberta a fait des commentaires similaires dans l'arrêt *R. c. Martineau* (1988), 89 A.R. 162; 43 C.C.C. (3d) 417 (C.A.). Quoiqu'il puisse y avoir une nuance dans le qualificatif « grave » au sens de plus que sérieux, du fait que l'on ait parfois considéré qu'il signifiait « très sérieux », si jamais une telle différence existait en l'espèce, le juge du procès n'en a pas indiqué la nature et, d'après les faits, il semble impossible de la découvrir. Il a décidé que l'intimé avait eu l'intention de causer des « lésions sérieuses » et qu'il était parvenu à le faire. Le coup violent asséné à une personne qui, en tombant, se heurte la tête sur le pavé, ainsi que les deux autres coups portés à la tête de cette personne alors

34

35

36

37

conclusion, based on the judge's fact finding, again would not meet the standard of *Yebe*s.

38 The appellant submits that the Court of Appeal erred in applying to this case the standard of review set out in *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, both here and in dealing with the issue of provocation. With respect, I agree. *Yebe*s dealt with the powers of a court of appeal under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. That provision empowers the court, on an appeal against a conviction, to set aside the verdict if it is "unreasonable or cannot be supported by the evidence" and the governing test is "whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered" (*Yebe*s, at p. 186). The *Criminal Code*, however, does not vest in courts of appeal any equivalent or analogous power on an appeal by the Crown against an acquittal, as in this case: the Crown, respondent in this Court, was the appellant in the Court of Appeal.

39 Mr. Paice, the appellant in this Court, contends that the Court of Appeal erred as well in substituting its own view of the evidence for that of the trial judge. I see no merit in this submission.

40 Finally, Mr. Paice urges us to find that the trial judge understood, and applied correctly, the notion of "grievous bodily harm" contemplated by s. 34(1) of the *Criminal Code*. Considering the trial judge's reasons as a whole, I am not persuaded that he did. I find it unnecessary, however, to express a decided view on this branch of the matter, since I have concluded that a new trial must in any event be had because the trial judge failed to consider whether the appellant was assaulted by the victim "without having provoked the assault", as required by s. 34(1).

41 For the guidance of the judge who will preside at the appellant's new trial, I nonetheless believe it

qu'elle gît immobile sur le sol — des faits qui ont tous été constatés par le juge du procès —, amènent à conclure que, dans la présente affaire, du moins, les lésions corporelles graves correspondent à des « lésions corporelles graves » au sens du par. 34(1). Là encore, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, toute autre conclusion ne respecterait pas le critère de l'arrêt *Yebe*s.

L'appellant fait valoir que la Cour d'appel a eu tort d'appliquer, à la fois à ce stade et en examinant la question de la provocation, le critère d'examen établi dans l'arrêt *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168. En toute déférence, je partage cet avis. L'arrêt *Yebe*s traite des pouvoirs dont le sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel* investit une cour d'appel. Cette disposition habilite la cour, lors de l'appel d'une déclaration de culpabilité, à annuler le verdict s'il est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », et le critère applicable consiste à se demander « si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*Yebe*s, p. 186). Cependant, le *Code criminel* n'investit pas les cours d'appel d'un pouvoir équivalent ou analogue dans le cas où, comme en l'espèce, il est question de l'appel d'un acquittement interjeté par le ministère public : le ministère public, intimé devant notre Cour, était l'appellant devant la Cour d'appel.

M. Paice, qui est l'appelant devant notre Cour, soutient que la Cour d'appel a également eu tort de substituer sa propre perception de la preuve à celle du juge du procès. À mon avis, cet argument n'est pas fondé.

Enfin, M. Paice nous invite à conclure que le juge du procès a saisi et appliqué correctement la notion de « lésions corporelles graves » dont il est question au par. 34(1) du *Code criminel*. Compte tenu de l'ensemble des motifs du juge du procès, je ne suis pas convaincu que ce soit le cas. Toutefois, je ne juge pas nécessaire d'exprimer une opinion décisive sur cet aspect de l'affaire, étant donné ma conclusion qu'un nouveau procès est requis en tout état de cause du fait que le juge du procès ne s'est pas demandé si l'appelant avait été attaqué par la victime « sans provocation de sa part », comme l'exige le par. 34(1).

Afin de guider le juge qui présidera le nouveau procès de l'appelant, je considère néanmoins utile

helpful to add that “grievous bodily harm”, within the meaning of ss. 34 and 35 of the *Criminal Code*, is not limited to harm or injury that is permanent or life-threatening. In ordinary usage, “grievous” bodily harm means harm or injury that is “very severe or serious”: see *The Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 664. These terms respect the statutory context in which that expression was adopted by Parliament in the relevant provisions of the *Code*.

IV

I am satisfied that the trial judge, but for the first of the two errors of law identified by the Court of Appeal, might very well have reached a different conclusion.

Accordingly, as mentioned at the outset, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

d’ajouter que l’expression « *grievous bodily harm* » (« lésions corporelles graves »), utilisée aux art. 34 et 35 du *Code criminel*, ne vise pas seulement les lésions ou blessures permanentes ou mettant la vie en danger. Dans le langage courant, « *grievous* » signifie « *very severe or serious* » (« très grave ou très sérieux ») : voir *The Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004), p. 664. Cette interprétation s’accorde donc avec le contexte dans lequel le législateur a adopté l’expression « *grievous bodily harm* » dans les dispositions applicables du *Code*.

IV

Je suis convaincu que, n’eût été la première des deux erreurs de droit relevées par la Cour d’appel, le juge du procès aurait très bien pu arriver à une conclusion différente.

Par conséquent, comme je l’ai mentionné au départ, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : McDougall Gauley, Regina.

Procureur de l’intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l’intervenant : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

42

43