

Jules Jobidon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JOBIDON

File No.: 21238.

1991: March 28; 1991: September 26.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Assault — Consent — Fist fights — Victim killed by accused in consensual fist fight — Court of Appeal setting aside accused's acquittal on charge of manslaughter — Whether absence of consent essential element of offence of assault — Whether there are common law limitations on consent applying to fist fights where bodily harm is intended and caused — Criminal negligence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8, 222, 265.

The accused was charged with manslaughter, through the offence of assault, following a fist fight. The fight started in a bar. The victim had been prevailing when the owner separated them and told the accused to leave. He left and waited outside in the parking lot. When the victim came out, a crowd of people gathered around them to see the fight. While both men stood facing each other, the accused struck the victim with his fist, hitting him with great force on the head, knocking him backwards onto the hood of a car. The accused continued forward and, in a brief flurry, struck the victim repeatedly on the head. The victim rolled off the hood and lay limp. He was taken to the hospital where he died. At trial, the accused was found not guilty of manslaughter. The judge held that the victim's consent to a "fair fight" negated assault, and held further that the accused had not been criminally negligent. The Court of Appeal set aside the acquittal and substituted a guilty verdict on the charge of manslaughter. This appeal raises the issue as to whether absence of consent is an element which must be proved by the Crown in all cases of assault under s. 265 of the *Criminal Code* or whether there are common law limitations which restrict or negate the legal

Jules Jobidon *Appellant*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JOBIDON

Nº du greffe: 21238.

1991: 28 mars; 1991: 26 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit criminel — Voies de fait — Consentement — Bagarres à coups de poing — Victime tuée par l'accusé dans une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants — Annulation par la Cour d'appel de l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable — L'absence de consentement est-elle un élément essentiel de l'infraction de voies de fait? — Existe-t-il en common law des limites quant au consentement applicables aux bagarres à coups de poing lorsque des lésions corporelles sont voulues et causées? — Négligence criminelle — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 222, 265.

f L'accusé a été inculpé d'homicide involontaire coupable en se livrant à des voies de fait, à la suite d'une bagarre à coups de poing. La bagarre a débuté dans un bar. La victime avait le dessus lorsque le propriétaire les a séparés et a demandé à l'accusé de quitter les lieux. Il est sorti et a attendu dehors, dans le stationnement. Lorsque la victime est sortie une foule de gens s'est rassemblée autour d'eux pour assister à la bagarre. Alors que les deux hommes se tenaient debout face à face, l'accusé a assené à la victime un coup de poing violent à la tête et l'a fait tomber à la renverse sur le capot d'une voiture. L'accusé a continué à s'avancer et, en une brève volée, il a de nouveau frappé plusieurs fois la victime à la tête. La victime a roulé par terre et est demeurée immobile. Elle a été transportée à l'hôpital où elle est morte. Au procès, l'accusé a été acquitté de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le juge a conclu que le consentement de la victime à une bagarre loyale écartait les voies de fait, et il a en outre jugé que l'accusé n'était pas coupable de négligence criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé le verdict de non-culpabilité et l'a remplacé par un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Ce pourvoi soulève la ques-

effectiveness of consent in certain types of cases. A secondary issue is whether the accused could be convicted of manslaughter on a basis other than that of an unlawful act of assault.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Section 265 of the *Code* should be read in light of the common law limitations on consent. Section 265 sets out a general rule that one cannot commit assault if the other person agrees to the application of force. However, while s. 265 states that all forms of assault, including assault causing bodily harm, are covered by the general rule, it does not define the situations or forms of conduct or eventual consequences which the law will recognize as being valid objects of consent for the purpose of the offence. The common law has generated a body of law to illuminate the meaning of consent and to place certain limitations on its legal effectiveness in the criminal law. It has also set limits on the types of harmful actions to which one can validly consent, and which can shelter an assailant from the sanctions of the criminal law. Section 8 of the *Code* indicates that common law principles continue to apply to the extent that they are not inconsistent with the *Code* or other Act of Parliament and have not been altered by them. In particular, s. 8(3) of the *Code* expressly provides that exculpatory defences continue so to operate to exclude criminal liability.

Limits on consent to assault have long been recognized by English and Canadian courts. Although there is no clear position in the modern Canadian common law, when one takes into account the combined English and Canadian jurisprudence, when one keeps sight of the common law's persistence to limit the legal effectiveness of consent to a fist fight, and when one understands that s. 265 has always incorporated that persistence, the scale tips heavily against the validity of a person's consent to the infliction of bodily injury in a fight. The relevant common law policy considerations also support that conclusion. It is not in the public interest that adults should willingly cause harm to one another without a good reason. There is no social value in fist fights or

tion de savoir si l'absence de consentement est un élément qui doit être prouvé par le ministère public dans tous les cas de voies de fait visés à l'art. 265 du *Code criminel* ou s'il existe en common law des limites qui restreignent ou nient l'effet juridique du consentement dans certains cas. Il s'agit, en second lieu, de savoir si l'accusé pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour un autre motif que les voies de fait.

b Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'article 265 du *Code* devrait être interprété à la lumière des limites imposées au consentement par la common law. L'article 265 énonce une règle générale, à savoir qu'il ne peut pas y avoir voies de fait si l'autre personne consent à ce que la force soit utilisée. Toutefois, bien que l'art. 265 énonce que toutes les espèces de voies de fait, y compris celles causant des lésions corporelles, sont visées par la règle générale, il ne définit pas les circonstances, les formes de conduite ni les conséquences éventuelles qui seront légalement reconnues comme étant des objets légitimes de consentement pour les fins de l'infraction. La common law a engendré un ensemble de règles juridiques visant à faire la lumière sur le sens du consentement et à imposer certaines limites à son effet juridique en droit criminel. Elle a également fixé des limites au genre d'actions préjudiciables auxquelles il est légitimement possible de consentir et qui peuvent protéger l'assailant contre les sanctions du droit criminel. L'article 8 du *Code* prévoit que les principes de common law continuent de s'appliquer dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le *Code* ou une autre loi fédérale ou modifiés par eux. En particulier, le par. 8(3) du *Code* prévoit expressément que les moyens de défense disculpatoires continuent à s'appliquer de façon à exclure la responsabilité criminelle.

Les tribunaux anglais et canadiens reconnaissent depuis longtemps des limites au consentement dans le cas des voies de fait. Quoiqu'il n'existe pas de position claire dans la common law canadienne contemporaine, si on prend en considération la jurisprudence tant anglaise que canadienne, si l'on songe que, pendant des siècles, la common law a persisté à limiter l'effet juridique du consentement dans le cas d'une bagarre à coups de poing et si l'on comprend que l'art. 265 a toujours fait état de cette persistance, la balance penche fortement contre la validité du consentement à se faire infliger des lésions corporelles au cours d'une bagarre. Les considérations de principe pertinentes de common law appuient également cette conclusion. Il n'est pas

street brawls. These activities may even lead to serious breaches of the public peace.

Here, the victim's consent to a fair fight did not preclude commission of the offence of assault under s. 265 of the *Code*. The limitation demanded by s. 265 vitiates consent between adults intentionally to apply force causing serious hurt or non-trivial bodily harm to each other in the course of a fist fight or brawl. This is the extent of the limit which the common law requires in the factual circumstances of this appeal. This formulation will not affect the validity or effectiveness of freely given consent to rough sporting activities carried out according to the rules of the game, medical or surgical treatment, or dangerous exhibitions by qualified stuntmen.

The provisions of the *Code* have not ousted the common law limitations on consent. First, Parliament, by setting out factors that may vitiate consent in s. 265(3) of the *Code*, did not intend to replace any common law rules that might have negated the legal effectiveness of consent to an act which would otherwise constitute assault. That list merely made concrete basic limits on the legal effectiveness of consent which had for centuries formed part of the criminal law in England and in Canada. The history of our criminal law reveals that codification did not replace common law principles of criminal responsibility, but in fact reflected them. That history also reveals that limitations on consent based on public policy existed before the codification of Canada's criminal law and they have not been ousted by statutory revisions and amendments made to the *Code*. Accordingly, even if it could be concluded that s. 265(3) negated the applicability of common law rules which describe when consent to assault will be vitiated for involuntariness or defects in the will underlying the apparent consent, it would not follow that those amendments erased limitations based on public policy. Parliament, if it had so intended, would have stated that intention. Section 8(3) of the *Code* strongly suggests preservation of the common law approach to consent in assault. Second, by specifying in s. 265(2) that s. 265 is to apply to all forms of assault, Parliament did not intend to eliminate the common law prescription of objects or forms of conduct to which legally effective consent may not be given. Rather, Parliament sought to ensure that the basic elements of the offence of assault in s. 265(1)(a) to (c), the circumstances listed in s. 265(3) for vitiating consent due to a coerced or mis-

a
dans l'intérêt public que des adultes se blessent mutuellement, et ce, volontairement, sans raison valable. Les bagarres à coups de poing et les batailles de rues n'ont aucune valeur sociale. Ces activités peuvent aussi entraîner des troubles graves à la paix publique.

b En l'espèce, le consentement de la victime à un combat loyal n'a pas empêché la perpétration de l'infraction de voies de fait visée à l'art. 265 du *Code*. La limite que requiert l'application de l'art. 265 invalide le consentement entre adultes à l'utilisation intentionnelle de la force pour s'infliger mutuellement des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles au cours d'une rixe ou d'une bagarre à coups de poing. Telle est l'étendue de la limite prescrite par la common law en l'espèce.
c Cette formulation n'influera pas sur la validité ou l'effet du consentement donné librement à des activités sportives violentes menées selon les règles du jeu, à un traitement médical ou chirurgical, ou à des spectacles dangereux de cascadeurs qualifiés.

d Les dispositions du *Code* n'ont pas supprimé les limites imposées au consentement par la common law. Premièrement, en énonçant au par. 265(3) du *Code* des facteurs susceptibles de vicier le consentement, le législateur n'avait pas l'intention de remplacer toute règle de common law susceptible d'invalider l'effet juridique du consentement à un acte qui constituerait par ailleurs des voies de fait. Cette liste a simplement concrétisé les limites fondamentales de l'effet juridique du consentement que reconnaissait depuis des siècles le droit criminel en Angleterre et au Canada. L'histoire de notre droit criminel montre que la codification n'a pas remplacé les principes de responsabilité criminelle existant en common law, mais en est le reflet. Cet historique montre également que les limites imposées au consentement, fondées sur l'intérêt public, existaient avant la codification du droit criminel canadien et n'ont pas été supprimées par les refontes du *Code* et les modifications qu'il a subies. Par conséquent, même s'il était possible de conclure que le par. 265(3) écarte l'application des règles de common law qui décrivent les cas dans lesquels le consentement à des voies de fait est vicié parce qu'il n'a pas été donné volontairement, ou parce qu'est entachée la volonté qui sous-tend le consentement apparaît, cela ne voudrait pas dire que ces modifications ont eu pour effet de supprimer les limites fondées sur l'intérêt public. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait exprimé cette intention. Le paragraphe 8(3) du *Code* laisse fortement supposer qu'il y a lieu de préserver la façon dont la common law aborde le consentement en matière de voies de fait. Deuxièmement, en précisant, au par. 265(2), que l'art. 265 doit s'appliquer à toutes les espèces de voies de fait, le législateur n'a pas voulu éli-

informed volition, and the required state of mind for raising a defence in s. 265(4), would be applied without exception, irrespective of the peculiar form of assault.

minier les règles de common law concernant les objets ou formes de conduite auxquels il est impossible de donner un consentement ayant effet juridique. Le législateur a plutôt cherché à s'assurer que s'appliqueraient sans exception, indépendamment du genre de voies de fait commises, les éléments fondamentaux de l'infraction de voies de fait énoncés aux al. 265(1)a) à c), les circonstances énumérées au par. 265(3) où le consentement est vicié s'il a été donné par contrainte ou d'une manière mal informée, et l'état d'esprit requis pour qu'un moyen de défense puisse être invoqué selon le par. 265(4).

While a fist fight constitutes a situation in which the concept and term "assault" fit quite naturally, criminal negligence is less well tailored to that kind of situation. In a fist fight, there is an obvious intention to apply force to the other person. This conscious regard for some level of harmful consequence to the physical integrity of another person distinguishes assault from criminal negligence, where there is actually a disregard for the likely impact of one's conduct on the other's physical safety.

Per Sopinka and Stevenson JJ.: Consent cannot be read out of the offence; it is a fundamental element of many criminal offences, including assault, and the statutory provision creating the offence of assault explicitly provides for the element of consent. The victim's consent, while it cannot transform a crime into lawful conduct, is a vital element in determining what conduct constitutes a crime. The absence of consent is an essential ingredient of the *actus reus* and is often confused with the defence of honest belief in consent which relates not to the *actus reus* of the offence but to the *mens rea* or mind state of the accused. An honest belief that there was consent may constitute a defence even though there was no consent.

Parliament extended the principle that an absence of consent is necessary to all assaults, except murder, in order to make the criminal law more certain. Section 265 was neither to outlaw consensual fighting nor to allow it if the trial judge thought it socially useful in the circumstances. Rather, s. 265 makes the absence of consent a requirement in the offence and restricts that consent to situations where force has been intentionally applied and where the victim has clearly and effectively

a) miner les règles de common law concernant les objets ou formes de conduite auxquels il est impossible de donner un consentement ayant effet juridique. Le législateur a plutôt cherché à s'assurer que s'appliqueraient sans exception, indépendamment du genre de voies de fait commises, les éléments fondamentaux de l'infraction de voies de fait énoncés aux al. 265(1)a) à c), les circonstances énumérées au par. 265(3) où le consentement est vicié s'il a été donné par contrainte ou d'une manière mal informée, et l'état d'esprit requis pour qu'un moyen de défense puisse être invoqué selon le par. 265(4).

b) Bien qu'une bagarre à coups de poing constitue une situation dans laquelle la notion et l'expression de «voies de fait» s'appliquent d'une manière tout à fait naturelle, la négligence criminelle se prête moins bien à ce genre de situation. Dans une bagarre à coups de poing, une personne a l'intention évidente d'utiliser la force contre une autre. La conscience de certaines conséquences préjudiciables possibles pour l'intégrité physique de l'adversaire distingue les voies de fait de la négligence criminelle, puisque, dans ce dernier cas, la personne ne fait aucun cas des répercussions probables de sa conduite sur la sécurité physique de l'autre personne.

f) *Les juges Sopinka et Stevenson:* Le consentement ne peut pas être isolé de l'infraction parce qu'il constitue un élément essentiel de beaucoup d'infractions criminelles, dont les voies de fait, et que la disposition législative qui crée l'infraction de voies de fait prévoit expressément l'élément du consentement. S'il ne peut transformer un crime en un comportement licite, le consentement donné par la victime est un élément fondamental pour déterminer quel comportement constitue un crime. L'absence de consentement est un élément essentiel de l'*actus reus* et on la confond souvent avec le moyen de défense fondé sur la croyance sincère qu'il y a eu consentement, lequel se rapporte non pas à l'*actus reus* de l'infraction mais à la *mens rea* ou à l'état d'esprit de l'accusé. La croyance sincère qu'il y a eu consentement peut constituer un moyen de défense même s'il n'y a eu consentement.

g) h) Le Parlement a étendu le principe qu'une absence de consentement est nécessaire à toutes les voies de fait, attaques ou agressions, à l'exception du meurtre, dans le but de préciser cet aspect du droit criminel. L'article 265 n'est pas conçu pour proscrire les bagarres entre adversaires consentants ni pour les autoriser si un juge les croit socialement utiles dans les circonstances. Plutôt, l'art. 265 fait de l'absence de consentement une condition de l'infraction et limite ce consentement aux utilisa-

consented free of coercion and misrepresentation. The scope of consent to an assault must be closely scrutinized. The trial judge must decide whether that consent applied to the activity which is the subject of the charge instead of evaluating the utility of the activity. The more serious the assault, the more difficult it should be to establish consent.

a tions intentionnelles de la force à l'égard desquelles la victime a donné un consentement clair et véritable, libre de toute coercition ou présentation inexacte des faits. La portée du consentement à des voies de fait doit faire l'objet d'un examen minutieux. Le juge du procès doit examiner le consentement afin de déterminer s'il visait l'activité qui fait l'objet de l'accusation, au lieu de tenter d'évaluer l'utilité de l'activité. Plus les voies de fait sont graves, plus il devrait être difficile de prouver qu'il y a eu consentement.

b

The absence of consent cannot be swept away by a robust application of judge-made policy. Use of the common law to eliminate an element of the offence that is required by statute is more than interpretation and is contrary to the letter and spirit of s. 9(a) of the *Code* which provides that no person should be convicted of an offence at the common law.

c L'absence de consentement ne peut être écartée par l'application énergique d'une politique conçue par des juges. Le recours à la common law pour éliminer un élément de l'infraction qui est exigé par la loi constitue plus que de l'interprétation et va à l'encontre de la lettre et de l'esprit de l'al. 9a) du *Code* qui prévoit que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction en common law.

Given the danger inherent in the violent activity in this case, the scope of the consent required careful scrutiny. The trial judge found that the victim's consent did not extend to a continuation of the fight once he had lost consciousness. The accused, by continuing to pummel the victim after he knew the victim was unconscious, knowingly acted beyond the ambit of the victim's consent. Given the finding that the accused committed an assault and given that the victim died as a result of that unlawful act, the accused is guilty of manslaughter under ss. 222(5)(a) and 234 of the *Criminal Code*.

d Vu le danger inhérent à l'activité violente dans la présente affaire, la portée du consentement devait faire l'objet d'un examen minutieux. Le juge du procès a conclu que le consentement de la victime ne s'étendait pas à la poursuite de la bagarre une fois qu'elle avait perdu connaissance. En continuant de rouer la victime de coups après s'être rendu compte qu'elle était inconsciente, l'accusé a outrepassé sciemment le consentement de la victime. Vu la conclusion que l'accusé a commis des voies de fait et que la victime est décédée des suites de cet acte illicite, l'accusé est coupable d'homicide involontaire coupable en vertu de l'al. 222(5)a) et de l'art. 234 du *Code criminel*.

e

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534; *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207; **approved:** *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442; *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1 (Ont. C.A.), aff'd [1949] S.C.R. 658; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.), rev'd on other grounds, [1977] 2 S.C.R. 13; *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511; *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480; *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294; **disapproved:** *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324; *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Abraham* (1974), 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390; *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193; **referred to:** *Bradley v. Coleman* (1925),

f

Jurisprudence

g Citée par le juge Gonthier

Arrêts examinés: *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534; *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207; **arrêts approuvés:** *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442; *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1 (Ont. C.A.), conf. [1949] R.C.S. 658; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.), inf. pour d'autres motifs, [1977] 2 R.C.S. 13; *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511; *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480; *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294; **arrêts critiqués:** *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324; *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Abraham* (1974), 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390; *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193; **arrêts mentionnés:** *Bradley v. Coleman*

28 O.W.N. 261; *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257; *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1; *R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277; *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909; *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b; *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438; *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16; *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874; *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544.

By Sopinka J.

Referred to: *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Offences against the Person, S.C. 1869, c. 20.

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 290.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7, 205, 244 [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 21; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8, 9 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 6], 14, 83 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 186 (Sch. IV, item 1)], 150.1 [ad. c. 19 (3rd Supp.) s. 1], 159 [ad. *idem*, s. 3], 222, 234, 265, 267(2), 286.

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 230.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 258.

Offences Against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100.

Authors Cited

Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.

Canada. Law Reform Commission. *Towards a Codification of Canadian Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1976.

Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Recodifying Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1987.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 38. *Assault*. Ottawa: The Commission, 1984.

Clarkson, C. M. V. and H. M. Keating. *Criminal Law: Text and Materials*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

(1925), 28 O.W.N. 261; *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257; *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1; *R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909; *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b; *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438; *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16; *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874; *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Lemieux v. La Reine*, [1967] R.C.S. 492; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

Lois et règlements cités

Acte concernant les offenses contre la Personne, S.C. 1869, ch. 20.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 9 [abr. & repl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 6; mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 3)], 14, 83 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 186 (ann. IV, n^o 1)], 150.1 [aj. ch. 19 (3^e suppl.) art. 1], 159 [aj. *idem*, art. 3], 222, 234, 265, 267(2), 286.

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 230.

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 290.

f *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 7, 205, 244 [abr. & repl. 1974-75-76, ch. 93, art. 21; abr. & repl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19].

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 258.

g *Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100.

Doctrine citée

Bryant, Alan W. «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.

Canada. Commission de réforme du droit. *Problématique d'une codification du droit pénal canadien*. Ottawa: La Commission, 1976.

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 38. *Les voies de fait*. Ottawa: La Commission, 1984.

j Clarkson, C. M. V. and H. M. Keating. *Criminal Law: Text and Materials*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.

- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1978.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Parker, Graham. "The Origins of the Canadian Criminal Code". In David H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. I. Toronto: University of Toronto Press, 1981.
- Russell on Crime*, vol. 1, 12th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons, 1964.
- Stephen, Sir James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1978.
- ^a Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- ^b Parker, Graham. «The Origins of the Canadian Criminal Code». In David H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. I. Toronto: University of Toronto Press, 1981.
- ^c *Russell on Crime*, vol. 1, 12th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons, 1964.
- ^d Stephen, Sir James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.
- ^e Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- ^f Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.
- ^g Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 45 C.C.C. (3d) 176, 67 C.R. (3d) 183, 30 O.A.C. 172, allowing the Crown's appeal from a judgment of Campbell J. (1987), 36 C.C.C. (3d) 340, 59 C.R. (3d) 203, acquitting the accused on a charge of manslaughter. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 45 C.C.C. (3d) 176, 67 C.R. (3d) 183, 30 O.A.C. 172, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge Campbell (1987), 36 C.C.C. (3d) 340, 59 C.R. (3d) 203, qui avait acquitté l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable. Pourvoi rejeté.

Brian H. Greenspan, for the appellant.

W. J. Blacklock and J. Klukach, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

GONTIER J.—At issue in the present appeal is the role of consent in the criminal offence of assault. More particularly, the issue is whether the absence of consent is an essential element of this offence when it relates to a fist fight where bodily harm is intentionally caused.

I—Statement of Facts

The appellant, Jules Jobidon, was charged with manslaughter for the unlawful act of killing Rodney

Brian H. Greenspan, pour l'appelant.

W. J. Blacklock et J. Klukach, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE GONTIER—Ce pourvoi soulève la question du rôle du consentement dans le cas de l'infraction criminelle de voies de fait. En particulier, il s'agit de savoir si l'absence de consentement est un élément essentiel de cette infraction dans le cadre d'une bagarre à coups de poing où des lésions corporelles sont intentionnellement infligées.

I—Exposé des faits

L'appelant, Jules Jobidon, a été accusé d'homicide involontaire coupable pour avoir tué Rodney Hag-

Haggart—through the offence of assault (alternatively, through an act of criminal negligence). The incident leading to the charge was a fist fight between the two men, in a parking lot outside a hotel near Sudbury, Ontario, on September 19, 1986. At the date of the killing, Rodney Haggart was 25 years old. He had consumed some beer. His blood alcohol level, measured a few hours after the incident, was 160 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood, but the trial judge found that Haggart appeared "perfectly fine" and "perfectly normal". Jobidon, a young, fit and powerful man, had also been drinking beer prior to the fight, but in the opinion of the trial judge was not inebriated.

The two men initiated their aggression in the bar of the hotel. With his brother and a few friends, Haggart was celebrating his impending marriage. He approached Jobidon, who was also in the hotel with friends, and started a fight with him. Haggart was larger than the appellant, and had previous training as a boxer. In this first encounter, Haggart was prevailing when the owner of the hotel separated the combatants and told Jobidon and his brother to leave the hotel. Jobidon and Haggart exchanged angry words in the lobby, and the trial judge found that the two men agreed the fight was not over.

Jobidon and his brother waited outside in the parking lot. When the Haggart party exited the hotel their respective older brothers began fighting at the far end of the lot. Jobidon and Haggart argued. A crowd of people, many of whom had come outside to see the fight, gathered around them.

While Haggart and Jobidon stood facing each other, Jobidon struck Haggart with his fist, hitting him with great force on the head and face. Haggart was knocked backward onto the hood of a car. The trial judge determined that Haggart was rendered unconscious by this initial punch and that he appeared to be "out cold". He was not moving and offered no resistance to the appellant.

g Haggart—en se livrant à des voies de fait (ou, subsidiairement, en commettant un acte de négligence criminelle). L'accusation a été portée à la suite d'une bagarre à coups de poing survenue entre les deux hommes, dans un stationnement situé à l'extérieur d'un hôtel, près de Sudbury (Ontario), le 19 septembre 1986. Au moment où il a été tué, Rodney Haggart avait 25 ans. Il avait consommé de la bière. Son taux d'alcoolémie, mesuré quelques heures après l'incident, était de 160 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, mais le juge du procès a conclu que Haggart paraissait [TRADUCTION] «parfaitement bien» et [TRADUCTION] «parfaitement normal». Jobidon, un jeune homme robuste et en forme, avait également bu de la bière avant la bagarre, mais de l'avis du juge du procès, il n'était pas en état d'ébriété.

d Les deux hommes ont commencé à se battre dans le bar de l'hôtel. Avec son frère et quelques amis, Haggart célébrait son mariage imminent. Il a accosté Jobidon, qui était également à l'hôtel avec des amis, et a commencé à se battre avec lui. Haggart était plus gros que l'appelant et il s'était déjà entraîné comme boxeur. Pendant cette première rencontre, Haggart a eu le dessus, mais le propriétaire de l'hôtel a séparé les adversaires et a demandé à Jobidon et à son frère de quitter l'hôtel. Jobidon et Haggart ont échangé des paroles hostiles dans le hall et le juge du procès a conclu que les deux hommes avaient convenu que la bagarre n'était pas terminée.

g Jobidon et son frère ont attendu dehors, dans le stationnement. Lorsque les copains de Haggart sont sortis de l'hôtel, leurs frères aînés respectifs ont commencé à se battre à l'autre bout du stationnement. Jobidon et Haggart se disputaient. Une foule de gens, dont un bon nombre étaient sortis pour assister à la bagarre, se sont rassemblés autour d'eux.

i Pendant que Haggart et Jobidon se tenaient debout face à face, Jobidon a asséné un coup de poing à Haggart, le frappant violemment à la tête et au visage. Haggart est tombé à la renverse sur le capot d'une voiture. Le juge du procès a conclu que Haggart avait perdu connaissance à la suite de ce premier coup de poing et qu'il semblait être [TRADUCTION] «dans les pommes». Il ne bougeait pas et il ne se défendait pas.

Immediately after throwing that first punch, Jobidon continued forward. In a brief flurry lasting no more than a few seconds he struck the unconscious victim a further four to six times on the head. The trial judge found that there was no interval between Haggart's fall and the continued punching. The punches were part of "one single continuing transaction . . . one fluid event, punctuated by specific blows". The judge noted that the most reliable witness testified that it all happened so quickly he thought Haggart would bounce off the hood and resume the fight.

Instead, Haggart rolled off the hood and lay limp. He was taken to the hospital in a coma, where he died of severe contusions to the head. Medical evidence showed that he had sustained extensive bruising and abrasions to the head and neck. It was determined that the cause of death was one or more of the punches he had received at the hand of the appellant in the parking lot.

The trial judge found that Jobidon did not intend to kill Haggart, nor did he intend to cause the deceased serious bodily harm. However, the possibility of injury more serious than a bruise or bloody nose, such as a broken nose, was contemplated. Jobidon intentionally hit Haggart as hard as he could, but believed he was fighting fair. He did not depart intentionally from the kind of fight that Haggart had consented to. Jobidon believed that Haggart had consented to a fair fight, the object of which was to hit the other man as hard as physically possible until that person gave up or retreated. The trial judge also found that, although mistaken, and not supported by objective facts, Jobidon honestly believed that after Haggart had been struck onto the hood of the car he was merely stunned, but still capable of fighting back, and still trying to fight.

Jobidon was tried before a judge of the Supreme Court of Ontario, and was found not guilty of manslaughter: (1987), 36 C.C.C. (3d) 340. The judge held that Haggart's consent negated assault, and held further that Jobidon had not been criminally negligent.

Dès qu'il eut assené ce premier coup de poing, Jobidon a continué à s'avancer. En une brève volée, qui n'a pas duré plus de quelques secondes, il a de nouveau frappé la victime évanouie quatre à six fois à la tête. Le juge du procès a conclu qu'il ne s'était pas écoulé de temps entre le moment où Haggart était tombé et celui où il avait reçu les autres coups. Ces derniers faisaient partie d' [TRADUCTION] «une seule opération continue [...] d'un seul événement fluide ponctué de coups précis». Le juge a fait remarquer qu'au dire du témoin qui était le plus digne de foi, tout était arrivé si rapidement que celui-ci croyait que Haggart rebondirait du capot et recommencerait à se battre.

Cependant, Haggart a roulé par terre et est demeuré immobile. Il a été transporté à l'hôpital dans le coma, où il est mort de graves contusions à la tête. Selon la preuve médicale, il avait de nombreuses ecchymoses et écorchures à la tête et au cou. On a conclu que la mort avait été causée par un ou plusieurs des coups de poing que l'appelant lui avait assenés dans le stationnement.

Le juge du procès a conclu que Jobidon n'avait pas eu l'intention de tuer Haggart ni l'intention de le blesser grièvement. Toutefois, la possibilité de blessures plus graves qu'une ecchymose ou qu'un saignement de nez, un nez cassé par exemple, avait été envisagée. Jobidon avait intentionnellement frappé Haggart aussi fort que possible, mais il croyait que la bagarre était loyale. Il n'a pas intentionnellement fait autre chose que ce à quoi Haggart avait consenti. Jobidon croyait que Haggart avait consenti à un combat loyal, dont l'objet était de frapper l'adversaire aussi fort qu'il était physiquement possible de le faire jusqu'à ce que ce dernier abandonne la partie ou batte en retraite. Le juge du procès a également conclu que, bien qu'il se soit trompé et que les faits ne le justifient pas, Jobidon croyait honnêtement que lorsque Haggart est tombé sur le capot de la voiture, il était simplement étourdi, mais encore capable de riposter, et qu'il essayait encore de se battre.

Jobidon a subi un procès devant un juge de la Cour suprême de l'Ontario et il a été acquitté de l'accusation d'homicide involontaire coupable: (1987), 36 C.C.C. (3d) 340. Le juge a conclu à l'absence de voies de fait, étant donné que Haggart avait donné

The respondent appealed the judge's holding of assault to the Ontario Court of Appeal, which allowed the appeal, set aside the acquittal, and substituted a guilty verdict on the charge of manslaughter: (1988), 45 C.C.C. (3d) 176.

son consentement; il a en outre jugé que Jobidon n'était pas coupable de négligence criminelle. L'intimée a interjeté appel de la décision du juge relative à aux voies de fait devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel, annulé l'acquittement et l'a remplacé par un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable: (1988), 45 C.C.C. (3d) 176.

Judgments in the Courts Below

Supreme Court of Ontario (Campbell J.)

The trial judge noted that the charge of manslaughter was based on the offence of assault under s. 265 (formerly s. 244) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and that the Crown was required to prove each of the elements of assault to establish the offence of manslaughter.

b Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour suprême de l'Ontario (le juge Campbell)

Le juge du procès a fait remarquer que l'accusation d'homicide involontaire coupable était fondée sur l'infraction de voies de fait prévue par l'art. 265 (autrefois l'art. 244) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et que le ministère public était tenu de prouver chacun des éléments de l'infraction de voies de fait en vue d'établir qu'il y avait eu homicide involontaire coupable.

The judge characterized the legal issue before him as "whether the consent of the deceased to a fair fist fight provides a defence for the accused" (p. 351). He noted that in England consent does not provide a defence to a charge of assault. Yet, after reviewing the case law, referring to both English and Canadian authorities, he concluded that he was bound by the decision of the Court of Appeal of Ontario in *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324 (Ont. C.A.), which held that the defence of consent applies to fist fights. Thus he defined the only material issue before him to be whether the accused went beyond the bounds of the consent. Here, given his finding that the appellant had neither intentionally nor factually exceeded the scope of the deceased's consent—in part because the shouts from the crowd that it was a "fair fight" bolstered the evidence of the accused—he held that there had been no assault. Therefore the appellant was not guilty of manslaughter.

Selon le juge, la question de droit dont il était saisi était de savoir [TRADUCTION] «si le consentement de la victime à un combat loyal à coups de poing peut servir de moyen de défense à l'accusé» (p. 351). Il a fait remarquer qu'en Angleterre, le consentement ne peut pas être invoqué comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait. Pourtant, après avoir examiné la jurisprudence et s'être reporté aux précédents anglais et canadiens, il a conclu qu'il était lié par larrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Ont.), à savoir que la défense de consentement s'applique aux bagarres à coups de poing. Par conséquent, la seule question importante à trancher était, selon lui, celle de savoir si l'accusé avait dépassé les limites du consentement. En l'espèce le juge, concluant notamment que les cris de [TRADUCTION] «combat loyal» venant de la foule appuyaient la preuve de l'accusé, a jugé que l'appelant n'avait dépassé ni intentionnellement ni en fait les limites du consentement de la victime, et il a donc jugé qu'il n'y avait pas eu de voies de fait. Par conséquent, l'appelant n'était pas coupable d'homicide involontaire coupable.

Ontario Court of Appeal

In a unanimous decision, five judges of the Ontario Court of Appeal overturned the trial judge's determination, substituting a verdict of guilty on the charge of manslaughter. The court disagreed with the trial judge's interpretation of the role of consent in the offence of assault. It concluded that, primarily for reasons of public policy, there are limitations on the extent of harmful conduct to which one may validly consent and thereby bar conviction for assault. The Court of Appeal held that the applicable limitations on consent are those described in the decision of the English Court of Appeal, Criminal Division, in *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

The court read *Attorney General's Reference* as standing for the proposition that "the concept of consent is limited and extends only to the application of force where bodily harm is neither caused nor intended" (p. 181). Adoption of that approach entailed that, except for minor struggles, most fights will be unlawful regardless of consent. The Court of Appeal cited the following passage from p. 1059 of *Attorney General's Reference*:

... 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.

It also explicitly concluded that *R. v. Dix, supra*, which had accepted that absence of consent was a material element of the offence to be proved by the Crown, was wrongly decided.

Since the trial judge found that Jobidon had intended to cause bodily harm, and in fact caused death, the Court of Appeal held that the Crown was not obliged to prove absence of consent. Therefore,

La Cour d'appel de l'Ontario

Les cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont écarté à l'unanimité la décision du juge du procès et l'ont remplacée par un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. La cour n'a pas souscrit à l'interprétation donnée par le juge du procès au sujet du rôle du consentement dans le cas de l'infraction de voies de fait. Elle a conclu que, pour des raisons d'intérêt public principalement, il y a des limites au genre de conduite préjudiciable à laquelle une personne peut légitimement consentir et empêcher ainsi une déclaration de culpabilité de voies de fait. La Cour d'appel a jugé que les limites applicables au consentement sont celles définies par la Division criminelle de la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

Selon la cour, l'affaire *Attorney General's Reference* appuyait la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «la notion de consentement est limitée et ne peut aller au delà du cas de recours à la force ne causant pas et ne visant pas à causer des lésions corporelles» (p. 181). L'adoption de ce point de vue signifie que la plupart des bagarres, sauf les accrochages mineurs, sont illégales, indépendamment du consentement. La Cour d'appel a cité l'extrait suivant de la p. 1059 de l'affaire *Attorney General's Reference*:

[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.

La cour a en outre expressément conclu que larrêt *R. v. Dix*, précité, reconnaissant que l'absence de consentement était un élément essentiel de l'infraction qu'il incombaît au ministère public de prouver, était erroné.

Étant donné que, de l'avis du juge du procès, Jobidon avait eu l'intention d'infliger des lésions corporelles à la victime et avait, en fait, causé sa mort, la Cour d'appel a conclu que le ministère public n'était

since an unlawful act of assault had been committed, and had resulted in death, the elements of manslaughter had been made out, and the Crown's appeal of the acquittal was allowed.

Issues on Appeal

There is one principal issue raised in this appeal; and one ancillary issue. The principal issue is whether absence of consent is a material element which must be proved by the Crown in all cases of assault or whether there are common law limitations which restrict or negate the legal effectiveness of consent in certain types of cases. A secondary issue is whether Jobidon could be convicted of manslaughter on a basis other than that of an unlawful act of assault.

Resolving the main issue calls for close scrutiny of the relevant statutory provisions and of the pertinent case law. Before moving to that analysis, it is helpful to outline the major arguments made by the parties in this Court.

Appellant's Arguments

The appellant argued that the Ontario Court of Appeal erred in its interpretation of s. 265 of the *Criminal Code*. Rather than apply the common law understanding of the role of consent—which sometimes limits its effectiveness as a bar to assault—the court should have accorded full effect to Haggart's consent, as apparently required by s. 265(1)(a) of the *Code*.

Section 265(1)(a) states that an assault occurs when, "without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly". Section 265(2) provides that "This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault." In the appellant's opinion, the trial judge's finding of consent meant that all the elements of the offence of assault had not been

pas tenu de prouver l'absence de consentement. Par conséquent, puisque des voies de fait avaient illicite-
ment été commises et avaient entraîné la mort, l'exis-
tence des éléments de l'homicide involontaire coupable
avait été établie et l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquittement a été accueilli.

Questions portées en appel

En l'espèce, il se pose une question principale ainsi qu'une question connexe. Il s'agit, en premier lieu, de savoir si l'absence de consentement est un élément essentiel qui doit être prouvé par le ministère public dans tous les cas de voies de fait ou s'il existe en common law des limites qui restreignent ou nient l'effet juridique du consentement dans certains cas. Il s'agit, en second lieu, de savoir si Jobidon pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour un autre motif que les voies de fait.

Pour trancher la question principale, il faut examiner de près les dispositions législatives et la jurisprudence pertinentes. Mais auparavant, il est utile de souligner les principaux arguments que les parties ont invoqués devant notre Cour.

Les arguments de l'appelant

L'appelant soutient que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en interprétant l'art. 265 du *Code criminel*. Au lieu d'appliquer la façon dont la common law interprète le rôle du consentement—qui limite parfois l'efficacité de ce moyen de défense dans les cas de voies de fait—la cour aurait dû accorder plein effet au consentement exprimé par Haggart, comme le requiert apparemment l'al. 265(1)a) du *Code*.

En vertu de l'al. 265(1)a), commet des voies de fait quiconque «d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement». Le paragraphe 265(2) précise: «Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.» De l'avis de l'appelant, la conclusion du

proved. The appellant should therefore have been acquitted on that basis, since the legislature intended that consent should serve as a bar to conviction.

juge du procès à l'existence du consentement voulait dire que les éléments de l'infraction de voies de fait n'avaient pas tous été prouvés. L'appelant aurait donc dû être acquitté pour ce motif, étant donné que le législateur voulait que le consentement fasse obstacle à une déclaration de culpabilité.

According to the appellant, the legislature could have specified that in certain situations, or in respect of certain forms of conduct, absence of consent would not be an operative element of the offence. It has done so with other offences. Parliament has provided that no person is entitled to consent to have death inflicted on him (s. 14). It restricted the concept in ss. 150.1 and 159 of the *Code* by denying defences to sexual offences based on a child's consent. It also did this in s. 286 by negating the validity of a young person's consent to abduction. But with the assault provisions in s. 265, it chose not to insert policy-based limitations on the role of consent. Moreover, in s. 265(3), Parliament expressly specified the circumstances in which consent would be vitiated on grounds of involuntariness, but the circumstances described in that subsection do not include the policy limitation applied to fist fights by the English Court of Appeal in the *Attorney General's Reference*, *supra*, and *infra*.

1991 CanLII 77 (SCC)

Selon l'appelant, le législateur aurait pu préciser que, dans certains cas ou en ce qui concerne certaines formes de conduite, l'absence de consentement ne serait pas un élément déterminant de l'infraction. Il l'a fait à l'égard d'autres infractions. Le législateur a prévu que nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée (art. 14). Il a restreint la portée de cette notion aux art. 150.1 et 159 du *Code*, en refusant le moyen de défense fondé sur le consentement de l'enfant dans le cas d'une infraction sexuelle. Il l'a également fait à l'art. 286 en niant la validité du consentement d'une jeune personne dans les cas d'enlèvement. Cependant, avec les dispositions relatives aux voies de fait qui figurent à l'art. 265, il a choisi de ne pas apporter de limites de principe au rôle du consentement. En outre, au par. 265(3), le législateur a expressément précisé les cas dans lesquels le consentement serait vicié si la personne en cause l'avait donné contre son gré, mais les cas décrits dans ce paragraphe ne comprennent pas la limite de principe apportée, dans le cas des bagarres à coups de poing, par la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Attorney General's Reference*, précitée et mentionnée plus loin.

En outre l'appelant fait observer qu'en Angleterre, le crime de voies de fait est défini non pas dans un code criminel, mais dans la common law, les limites et exceptions de la common law s'appliquant d'une manière plus naturelle en pareil cas. Au Canada, il existe un code de principes généraux selon lequel, présume-t-on, l'ambiguïté doit être tranchée en faveur de la liberté de l'individu.

The appellant further observed that, in England, the crime of assault is not defined in a criminal code but in the common law, to which common law limitations and exceptions more naturally apply. In Canada, we have a code of general principles by which, it is presumed, ambiguity is to be construed in favour of the liberty of the subject.

g

h

i

Finally, the appellant argued that the Court of Appeal did not appropriately characterize the Canadian common law. In its opinion, the Canadian jurisprudence shows that one can effectively consent to the application of force in a fist fight even if bodily harm was intended and caused.

Enfin, l'appelant soutient que la Cour d'appel n'a pas correctement interprété la common law canadienne. À son avis, la jurisprudence canadienne montre qu'une personne peut effectivement consentir à ce que la force soit utilisée dans une bagarre à coups de poing même si son adversaire a l'intention de lui infliger des lésions corporelles et lui en inflige.

j

Respondent's Arguments

In step with the Court of Appeal, the Crown argued that the overwhelming weight of common law authorities supports the position that one cannot validly consent to intentionally caused bodily harm in all circumstances, and that the law prohibits consent to street brawls or fist fights. It is not in the public interest that people should engage in these sorts of activities, so, on public policy grounds, the word "consent" in s. 265 of the *Code* should be read in light of the common law, which limits its applicability as a defence to assault. The Crown also noted that fist fighting is without social value and has been outlawed in other common law jurisdictions.

The respondent further submitted that Parliament did not intend to oust the common law limitations on consent. If Parliament had so intended, it would have made that intention far clearer. There exists an established interpretative principle that the legislature does not intend to make substantial changes in the existing law beyond that which is expressly stated in or follows by necessary implication from the statute's language. Thus, since the statute says nothing about common law limitations being erased, one should presume they were left intact.

The respondent argued in the alternative that, if this Court were to overturn the Court of Appeal's approach to consent, the appeal should nevertheless be dismissed because Jobidon caused the death of Haggart through the alternative unlawful act of causing a disturbance by fighting.

II—Analysis1. The Evolution of the Offence of Assault in Canadian Criminal Law

To appreciate fully the issue of consent in this appeal, it is helpful to understand the historical evolution of the offence of assault, and to set the current statutory provisions against that background while

Les arguments de l'intimée

Comme la Cour d'appel, le ministère public soutient que la très grande majorité des arrêts fondés sur la common law appuient la position selon laquelle il est impossible de consentir validement dans tous les cas à ce que des lésions corporelles soient intentionnellement infligées, et que la loi interdit le consentement à des batailles de rues ou à coups de poing. Il n'est pas dans l'intérêt public que les gens se livrent à ce genre d'activités, de sorte que, pour des raisons d'intérêt public, le mot «consentement» à l'art. 265 du *Code* devrait être interprété à la lumière de la common law, qui limite son applicabilité comme moyen de défense dans les cas de voies de fait. Le ministère public fait également remarquer que les bagarres à coups de poing n'ont aucune valeur sociale et ont été prohibées dans d'autres pays de common law.

L'intimée fait valoir en outre que le législateur n'a pas voulu écarter les limites imposées au consentement par la common law. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait exprimé cette intention beaucoup plus clairement. Selon un principe d'interprétation établi, le législateur n'a pas l'intention d'apporter des modifications importantes au droit existant au delà de ce qui est expressément énoncé dans le libellé de la loi ou de ce qui découle nécessairement de ce libellé. Comme la loi ne dit rien au sujet de la suppression des limites imposées par la common law, il faudrait présumer qu'elles s'appliquent encore.

L'intimée affirme subsidiairement que si notre Cour devait écarter le point de vue exprimé par la Cour d'appel quant au consentement, le pourvoi devrait néanmoins être rejeté pour le motif que Jobidon a causé la mort de Haggart en portant l'acte illégal de troubler la paix par une bagarre.

II—Analyse1. L'évolution de l'infraction de voies de fait en droit criminel canadien

Pour apprécier pleinement la question du consentement en l'espèce, il est utile de comprendre l'évolution historique de l'infraction de voies de fait et d'examiner les dispositions législatives actuelles dans

attending closely to the interrelation of the *Criminal Code* and the common law. The following analysis is divided in two parts. The first examines the relevant provisions of the *Code*, describes their origins, and makes a general argument about the nature of the common law's influence on them. The second sets out the specifics of that common law influence as it applies to the particular situation in this appeal.

The basic offence of assault originally came to post-Confederation Canada as a crime of common law. Although the new Dominion, in 1869, enacted a statute (S.C. 1869, c. 20) which simply adopted the English *Offences Against the Person Act*, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100, nevertheless the basic offence of assault was defined at common law. As criminal law historian Sir James Fitzjames Stephen once wrote: "the law which deals with offences against the person [*Offences Against the Person Act*, 1861] assumes in the reader a previous knowledge of the doctrines of the common law relating to the employment of force against the person of another, and of the common law definitions of certain crimes which the Act punishes but does not define" (*A General View of the Criminal Law of England* (2nd ed. 1890), at pp. 108-9). The Law Reform Commission of Canada described the relationship this way:

Our law . . . derives from earlier English law. That law in turn was built on two foundation stones—the common law crimes of assault and battery. In consequence our present law is likewise built on these foundations, although both crimes are lumped together under the same name, "assault".

(Working Paper 38: *Assault* (1984), at p. 1.)

As a constituent element of numerous crimes, a common assault was any act in which one person intentionally caused another to apprehend immediate and unlawful violence. (C. M. V. Clarkson and H. M. Keating, *Criminal Law* (2nd ed. 1990); D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), and Law Reform

ce contexte tout en tenant bien compte de la corrélation entre le *Code criminel* et la common law. L'analyse qui suit comporte deux parties. La première comporte un examen des dispositions pertinentes du *Code*, une description de leur origine et un exposé général de la nature de l'influence que la common law a exercée sur celles-ci. La deuxième précise cette influence des principes de common law dans leur application à l'espèce.

Lors de son introduction au Canada après la Confédération, l'infraction fondamentale de voies de fait était un crime de common law. Même si en 1869, le nouveau Dominion a adopté une loi (S.C. 1869, ch. 20) qui reprenait simplement les dispositions de la loi anglaise intitulée *Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100, l'infraction fondamentale de voies de fait demeurait néanmoins définie en common law. Comme l'écrivait sir James Fitzjames Stephen, historien du droit criminel: [TRADUCTION] «la loi qui porte sur les infractions contre la personne [*Offences Against the Person Act*, 1861] tient pour acquis que le lecteur connaît déjà les théories de common law concernant le recours à la force contre une autre personne, ainsi que les définitions existant en common law à l'égard de certains crimes que la Loi punit, mais ne définit pas» (*A General View of the Criminal Law of England* (2^e éd. 1890), aux pp. 108 et 109). La Commission de réforme du droit du Canada décrit ainsi le rapport:

... les règles actuelles en matière de voies de fait [...] découlent de l'ancien droit anglais. Or celui-ci était fondé sur deux infractions prévues par le common law: les voies de fait (*assault*) et les coups et blessures (*battery*). Les règles actuellement en vigueur au Canada s'articulent donc elles aussi autour de ces deux infractions, qui sont toutefois fondues en une seule appelée «voies de fait».

(Document de travail 38: *Les voies de fait* (1984), à la p. 1.)

En tant qu'élément constitutif de nombreux crimes, les voies de fait simples comprenaient tout acte par lequel une personne portait intentionnellement une autre personne à appréhender un acte immédiat et illégal de violence. (C. M. V. Clarkson et H. M. Keating, *Criminal Law* (2^e éd. 1990), D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), and Law Reform

Commission of Canada, op. cit.) The traditional common law definition always assumed that absence of consent was a required element of the offence. As a general rule, an essential feature of assault is that it takes place against the victim's will. Thus, in most circumstances, it provided a valid defence to an accused. This makes sense when one acknowledges that the genuine consent of a complainant has traditionally been a defence to almost all forms of criminal responsibility. (*Russell on Crime* (12th ed. 1964), vol. 1, at p. 678, and D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 469-70.)

Canada did not adopt its first criminal code until 1893. So, the English law was the primary foundation of Canadian criminal law. As Canadian courts gradually added to the English jurisprudence, our criminal common law increasingly became a blend of English and Canadian authorities. For decades, though, the definition of assault in Canadian criminal law remained virtually identical to the English common law version. That essential identity was not disturbed when Canada proclaimed its *Criminal Code* on July 1, 1893 since Canada's codification was very moderate, merely "expressing the common law in neat statutory language to be interpreted by common law judges". (G. Parker, "The Origins of the Canadian Criminal Code", in D. H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law* (1981), vol. I, at p. 263. See also Law Reform Commission of Canada, *Towards a Codification of Canadian Criminal Law* (1976).)

Assault was given its first statutory definition in *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, in s. 258 which defined it this way:

258. An assault is the act of intentionally applying force to the person of another, directly or indirectly, or attempting or threatening, by any act or gesture, to apply force to the person of another, if the person making the threat has, or causes the other to believe, upon

sions of Bill C-127 (1984), et la Commission de réforme du droit du Canada, op. cit.). En common law, la définition traditionnelle tenait toujours pour acquis que l'absence de consentement était un élément nécessaire de l'infraction. En règle générale, une caractéristique essentielle des voies de fait est d'être commises contre le gré de la victime. Cela fournit donc à l'accusé, dans la plupart des cas, un moyen de défense valide. Cela est logique si l'on reconnaît que le consentement véritable d'un plaignant a traditionnellement constitué un moyen de défense opposable à presque toutes les formes de responsabilité criminelle. (*Russell on Crime* (12^e éd. 1964), vol. 1, à la p. 678, et D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), aux pp. 469 et 470.)

Le Canada n'a adopté son premier code criminel qu'en 1893. Le droit anglais était donc le fondement premier du droit criminel canadien. Au fur et à mesure que des décisions canadiennes s'ajoutaient à la jurisprudence anglaise, notre common law en matière criminelle est devenue un mélange d'arrêts anglais et canadiens. Toutefois, pendant des décennies, la définition des voies de fait en droit criminel canadien est demeurée presque identique à celle de la common law anglaise. Cette identité fondamentale n'a pas disparu lorsque le Canada a promulgué son *Code criminel* le 1^{er} juillet 1893, étant donné que la codification canadienne était très restreinte et ne faisait qu' [TRADUCTION] «énoncer la common law au moyen de dispositions législatives claires destinées à être interprétées par des juges de common law». (G. Parker, «The Origins of the Canadian Criminal Code», dans D. H. Flaherty, éd., *Essays in the History of Canadian Law* (1981), vol. I, à la p. 263. Voir également Commission de réforme du droit du Canada, *Problématique d'une codification du droit pénal canadien* (1976).)

Les voies de fait ont été définies pour la première fois dans le *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 258:

258. Une voie de fait ou un attentat est l'action intentionnelle d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, directement ou indirectement, ou de tenter ou menacer, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, si

reasonable grounds, that he has, present ability to effect his purpose, and in either case, without the consent of the other or with such consent, if it is obtained by fraud. [Emphasis added.]

This definition reappeared unchanged in s. 290 of the 1927 revision, and in s. 230 of the *Code* of 1953-54. That definition was renumbered s. 244 in the general statutory revision of 1970, and, following a supplemental change in 1976 (S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 21), was expressed as follows:

244. A person commits an assault when

(a) without the consent of another person or with consent, where it is obtained by fraud, he applies force intentionally to the person of the other, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or gesture, to apply force to the person of the other, if he has or causes the other to believe upon reasonable grounds that he has present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person and begs.

On January 4, 1983, Bill C-127 was enacted. It amended s. 244 in a few significant ways. The first change was to serialize certain factors which would vitiate consent on the basis of a coerced or ill-informed will, thereby making the consent legally ineffectual (s. 244(3)). As explained below in greater detail, these factors were not new, for they had already been part of the law previous to the proclamation of the *Code* of 1892. Any novelty of s. 244(3) lay in its more explicit and general expression in the *Code*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

A second change was the addition of s. 244(4). It simply codified the traditional common law view that an honest belief by the accused that the complainant had consented to an application of force was a good defence to assault. Finally, s. 244(2) clarified that ss. 244(1), 244(3) and 244(4) were to apply to all forms of assault. The number of the assault provision

celui qui fait cette menace est en mesure, ou porte l'autre à croire, pour des motifs plausibles, qu'il est en mesure de mettre ses menaces à exécution, et, dans les deux cas, sans le consentement de l'autre, ou avec ce consentement, si celui-ci a été obtenu par fraude. [Je souligne.]

Cette définition est demeurée inchangée à l'art. 290 de la refonte de 1927 et à l'art. 230 du *Code* de 1953-54. Elle est devenue l'art. 244 dans la refonte générale de 1970, puis, à la suite d'une modification supplémentaire en 1976 (S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 21), elle a été ainsi libellée:

c 244. Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque, quiconque

a) sans le consentement d'autrui, ou avec son consentement, s'il est obtenu par fraude, d'une manière intentionnelle, applique, directement ou indirectement, la force ou la violence contre la personne d'autrui;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est en mesure actuelle d'accomplir son dessein; ou

c) en portant ostensiblement une arme ou son imitation, aborde ou importune une autre personne en vue de mendier.

Le 4 janvier 1983, le projet de loi C-127 a été adopté. Il apportait quelques modifications importantes à l'art. 244. Le législateur, en premier lieu, énumérait certains éléments viciant le consentement donné par contrainte ou d'une manière mal informée, lui enlevant alors tout effet juridique (par. 244(3)). Comme nous l'expliquerons plus loin de façon plus détaillée, ces éléments n'étaient pas nouveaux, car ils faisaient déjà partie de la loi avant la promulgation du *Code* de 1892. Ce qui serait nouveau dans le par. 244(3), c'est leur énoncé plus explicite et général dans le *Code*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

i En second lieu, le législateur a ajouté le par. 244(4). Il s'agit simplement d'une codification de la position traditionnelle de la common law, selon laquelle la croyance sincère de l'accusé au consentement du plaignant à ce que la force soit utilisée est un moyen de défense valable contre une accusation de voies de fait. Enfin, le par. 244(2) précisait que les

was changed to 265 in the revision of the *Criminal Code* in 1985, R.S.C., 1985, c. C-46. The section now reads:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or ^b indirectly;

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority. ^f

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. ^g

It can be seen from this brief overview that the absence of consent to intentionally applied force was a material component of the offence of assault throughout its existence in Canada. But it is also evident that consent would not be legally effective in all circumstances. For instance, it would be vitiated by fraud. Various limitations on the validity of consent have a long lineage in the history of the offence. To observe those limitations one must advert to the common law. Yet before turning to that jurisprudence it is

par. 244(1), 244(3) et 244(4) devaient s'appliquer à toutes les espèces de voies de fait. La disposition concernant les voies de fait est devenue l'art. 265 dans la refonte de 1985 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici le libellé actuel:

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

c) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci. ^h

Ce bref aperçu nous permet de constater qu'au Canada, l'absence de consentement au recours intentionnel à la force a toujours été un élément essentiel de l'infraction de voies de fait. Toutefois, il est également évident que le consentement n'aurait pas d'effet juridique dans tous les cas. Ainsi, la fraude aurait pour effet de le vicier. Diverses limites apportées à la validité du consentement remontent loin dans l'histoire de l'infraction. Pour les retracer, il faut se reporter à la common law. Pourtant, avant d'examiner

important to note the link between the offence of assault and the offence of manslaughter, since Jobidon was convicted of the latter offence.

2. The Nexus Between Assault and Manslaughter

The connection between the two offences of assault and manslaughter is found in s. 222 (formerly s. 205) of the *Code*. That section provides a definition of manslaughter which is contingent on an unlawful act causing death:

222. . .

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

The offence of assault is a foundation offence upon which other offences against the person are constructed. Of course assault is also unlawful. It therefore follows from s. 222 that when an assault is committed and causes the death of a person, the assailant is thereby criminally liable for manslaughter. It also follows that if consent acts as a defence to assault, it will indirectly act as a defence to a charge of manslaughter based on assault.

3. The Role and Scope of Consent in Assault

The controversy in this appeal stems from the apparent contradiction between the holding of the Ontario Court of Appeal in the instant appeal and the wording of s. 265(1)(a). By that wording, once the trial judge found that the deceased had consented to a fight with Jobidon, it appears as if he could not have committed the unlawful act of assault since s. 265(2) states a general rule that s. 265 applies to all forms of assault, including assault causing bodily harm. Consequently, given the reference to absence of consent in s. 265(1), proof of consent to a fist fight in which

cette jurisprudence, il importe de noter le lien qui existe entre l'infraction de voies de fait et celle de l'homicide involontaire coupable, étant donné que Jobidon a été reconnu coupable de cette dernière infraction.

2. Le lien entre les voies de fait et l'homicide involontaire coupable

b Le lien qui existe entre les infractions de voies de fait et d'homicide involontaire coupable se trouve à l'art. 222 (autrefois l'art. 205) du *Code*. Cette disposition contient une définition de l'homicide involontaire coupable qui est liée à la perpétration d'un acte illégal causant la mort:

222. . .

d (4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

a) soit au moyen d'un acte illégal;

e Les voies de fait sont une infraction de base sur laquelle se fondent d'autres infractions contre la personne. Bien sûr, les voies de fait sont aussi illégales. Il s'ensuit donc de l'art. 222 que, lorsque des voies de fait sont commises et causent la mort d'une personne, l'assailant est criminellement responsable d'homicide involontaire coupable. Il s'ensuit également que si le consentement est un moyen de défense opposable aux voies de fait, il est indirectement un moyen g de défense opposable à une accusation d'homicide involontaire coupable fondée sur des voies de fait.

3. Le rôle et la portée du consentement dans les cas de voies de fait

i En l'espèce, la controverse découle de la contradiction apparente entre larrêt prononcé par la Cour d'appel de l'Ontario et le libellé de l'al. 265(1)a). Selon ce libellé, si le juge du procès conclut que la victime a consenti à se battre avec Jobidon, il appert que ce dernier n'a pas pu se livrer à des voies de fait illégales, étant donné que le par. 265(2) stipule qu'en règle générale l'art. 265 s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris celles causant des lésions corporelles. Par conséquent, étant donné qu'il est fait mention de l'absence de consentement au

force is intentionally applied and which results in bodily harm would seem to serve as a defence for Jobidon. In that way, ss. 265(1) and 265(2) also appear to support the appellant's position that absence of consent is a requirement to be proved by the Crown beyond a reasonable doubt, in each and every instance of assault. (This understanding of the burden of proof, as distinct from the issue of the universal applicability of the requirement, is not explicit in s. 265, but it has been so interpreted by the courts, and is supported by some of the most recent academic literature. See, for example, A. W. Bryant, "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.) Given the *prima facie* appearance of support for the appellant's position, one might question how the Ontario Court of Appeal could hold that the deceased's consent to a fair fight did not preclude commission of the offence of assault.

That question would be well-aimed. Provincial courts of appeal have grappled with the issue on numerous occasions in recent years, sometimes arriving at divergent conclusions. Legal academics have experienced similar consternation. One has noted that the present state of the law in Canada is "confusing and conflicting". (Bryant, *op. cit.*, n. 24, at p. 99.) Another text states "this area of the law is so nebulous that it is difficult to be very precise" (Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 566). In 1984, the Law Reform Commission of Canada phrased the problem in more detailed terms:

As regards the present law, it is clear that sometimes, as in the case of mere touching, consent is a defence, and that in general, where the contact is intended to cause death or serious harm, consent is no defence. It is also clear that even in circumstances going beyond mere touching (for example, in surgical operations and in lawful sports) consent can prevent the force from being unlawful. What is unclear is the extent to which the same rule applies or does not apply in Canada outside

par. 265(1), la preuve du consentement à une bagarre à coups de poing, dans laquelle la force est intentionnellement utilisée et des lésions corporelles sont causées, semblerait pouvoir être invoquée comme moyen de défense par Jobidon. De cette façon, les par. 265(1) et (2) semblent également appuyer la position de l'appelant voulant que l'absence de consentement soit une condition que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable, et ce, dans chaque cas de voies de fait. (Cette interprétation du fardeau de la preuve, sans égard à la question de l'applicabilité universelle de la condition, n'est pas expressément énoncée à l'art. 265, mais elle a été interprétée de cette façon par les tribunaux et est appuyée par certains des ouvrages de doctrine les plus récents. Voir, par exemple, A. W. Bryant, «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.) Étant donné que la position de l'appelant semble à première vue fondée, on pourrait se demander comment la Cour d'appel de l'Ontario a pu juger que le consentement de la victime à un combat loyal n'a pas empêché la perpétration de l'infraction de voies de fait.

Cette question serait pertinente. Les cours d'appel provinciales s'y sont arrêtées à maintes reprises au cours des dernières années et sont parfois arrivées à des conclusions divergentes. Les juristes ont connu les mêmes difficultés. Il faut noter que l'état actuel du droit au Canada [TRADUCTION] «prête à confusion et est contradictoire» (Bryant, *op. cit.*, renvoi 24, à la p. 99). Un autre auteur déclare que [TRADUCTION] «cette partie du droit est si nébuleuse qu'il est difficile d'être très précis» (Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985), à la p. 566). En 1984, la Commission de réforme du droit du Canada a formulé le problème de manière plus détaillée:

Dans certains cas, par exemple lorsque l'infraction consiste en un simple toucher, le consentement de la victime constitue sans aucun doute un moyen de défense tandis que lorsque le contact est provoqué avec l'intention de causer la mort ou des blessures graves, ce n'est en général pas le cas. Le consentement peut en outre légitimer l'emploi de la force même quand il ne s'agit pas de simples touchers: citons par exemple les interventions chirurgicales et la pratique des sports. Mais, au Canada, la même règle peut-elle s'appliquer dans d'autres circonstances, par exemple à l'égard des pra-

the operating theatre and the sports arena, for example, in sado-masochistic circumstances. [Emphasis added.]

(Working Paper 38: *Assault*, at p. 24.)

It is the purpose of the remaining analysis to clarify the role of consent in relation to a fist fight or brawl.

(a) The General Influence of the Common Law on the Code's Definition of Assault

Although containing myriad provisions of a relatively detailed nature, the *Criminal Code* has been inspired by general principles of criminal responsibility. Section 265 is no exception. It speaks in a universal tone and sets out a general rule that one cannot commit assault if the other person agrees to the application of force.

However, while it is true that the general rule says all forms of assault are covered by the various clauses of s. 265, it does not attempt to define the situations or forms of conduct or eventual consequences which the law will recognize as being valid objects of consent for the purpose of the offence. It does not attempt to define the situations in which consent will or will not be legally effective. The present *Code* is silent in this regard.

The original statutory definition of assault did not define consent, except to indicate the longstanding rule that a fraudulently induced consent is legally ineffective. That traditional common law rule, and its incorporation in the first statutory definition of assault, is explained by Watt, *op. cit.*, at p. 219, and is examined in greater detail below. Later statutes also omitted full definitions of consent. The 1983 amendments defined consent only in part, by negatively indicating a few ways consent could be vitiated. If Parliament had sought to perform the comprehensive task of indicating what one could and could not consent to, it likely would have offered more guidance. (It is noteworthy that in its revised and enlarged report on recodification, the Law Reform Commission of Canada has suggested that consent be defined

tiques sadomasochistes? La réponse à cette question demeure incertaine. [Je souligne.]

(Document de travail 38: *Les voies de fait*, à la p. 26.)

a Le reste de l'analyse a pour objet d'éclaircir le rôle du consentement dans les cas de rixes ou de bagarres à coups de poing.

b a) L'influence générale de la common law sur la définition des voies de fait figurant dans le *Code*

Le *Code criminel* s'inspire des principes généraux de la responsabilité criminelle, même s'il contient une myriade de dispositions relativement détaillées. L'article 265 ne fait pas exception. Il est formulé en termes généraux et il énonce une règle générale, à savoir qu'il ne peut pas y avoir voies de fait si l'autre personne consent à ce que la force soit utilisée.

d Toutefois, s'il est vrai qu'en règle générale, toutes les espèces de voies de fait sont visées par les diverses dispositions de l'art. 265, ce dernier ne tente pas de définir les circonstances, ou les genres de conduite ou encore les conséquences éventuelles qui seront légalement reconnus comme étant des objets légitimes de consentement pour les fins de l'infraction. Cet article ne tente pas de définir les circonstances où le consentement aura ou n'aura pas un effet juridique.

f À l'heure actuelle, le *Code* ne dit rien à ce sujet.

g La définition légale initiale des voies de fait ne parlait pas du consentement, sauf pour reprendre la règle ancienne selon laquelle un consentement obtenu frauduleusement n'a pas d'effet juridique. La règle traditionnelle de common law, et son insertion dans la première définition légale des voies de fait, est expliquée par Watt, *op. cit.*, à la p. 219, et examinée

h plus à fond ci-dessous. Les lois subséquentes ne contenaient pas non plus de définition complète du consentement. Les modifications de 1983 ne définissaient le consentement qu'en partie, en indiquant à la forme négative quelques façons dont le consentement pouvait être vicié. Si le législateur avait entrepris d'indiquer globalement ce à quoi une personne pouvait ou non consentir, il aurait vraisemblablement donné plus de précisions. (Il vaut la peine de noter que, dans l'édition révisée et augmentée de son rapport sur la nouvelle codification, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que le consen-

in a definition section of a new code (Report 31: *Recodifying Criminal Law* (1987), at p. 10).)

Parliament could have specified whether the term "consent" is aimed simply at the kind of activity being purportedly consented to (here a fist fight), or whether it refers to consent to a trivial injury which does not amount to bodily harm (such as might be sustained in sporting activities), or whether for the defence to apply the consent must be as to the precise extent of harm actually caused by the application of force. At any point in the history of the provision Parliament could have taken the opportunity to specify whether the common law, which already had had much to say about assault and the requirement of consent, was being emptied of relevance. But it did not do these things. Nor did it have to.

Just as the common law has built up a rich jurisprudence around the concepts of agreement in contract law, and *volenti non fit injuria* in the law of negligence, it has also generated a body of law to illuminate the meaning of consent and to place certain limitations on its legal effectiveness in the criminal law. It has done this in respect of assault. In the same way that the common law established principles of public policy negating the legal effectiveness of certain types of contracts—contracts in restraint of trade for example—it has also set limits on the types of harmful actions to which one can validly consent, and shelter an assailant from the sanctions of our criminal law.

There is no indication in s. 265 that the jurisprudence of the criminal common law was to be undermined by its enactment. There was no hint that traditional policy limits on consent, described below in greater detail, were to be ousted by s. 258 of the first *Criminal Code* of 1892, nor by enactment of its successor provision in s. 244 (now s. 265). This should not be surprising. As the foregoing sketch of the history of the offence demonstrates, far from intending

tement soit défini dans une disposition particulière du nouveau code (Rapport 31: *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), à la p. 12).)

^a Le législateur aurait pu préciser si le mot «consentement» vise simplement le genre d'activité à laquelle le consentement est censé être donné (en l'espèce, une bagarre à coups de poing) ou s'il se rapporte au consentement à des blessures légères n'équivalant pas à des lésions corporelles (comme celles qui pourraient résulter d'activités sportives), ou si, pour que le moyen de défense puisse être invoqué, le consentement doit porter sur l'étendue précise du préjudice réellement causé par le recours à la force. À toutes les étapes de l'évolution de la disposition, le législateur aurait pu saisir l'occasion de préciser si la common law, qui avait déjà eu beaucoup à dire au sujet des voies de fait et du consentement requis, n'était plus pertinente. Cependant, il ne l'a pas fait. Et il n'avait pas à le faire.

^e De même que la common law s'est exprimée dans une abondante jurisprudence sur les notions de consentement en droit des contrats et le principe *volenti non fit injuria* en matière de négligence, elle a également engendré un ensemble de règles juridiques visant à faire la lumière sur le sens du consentement et à imposer certaines limites à son effet juridique en droit criminel. Elle l'a fait à l'égard des voies de fait. De la même manière qu'elle a établi des principes d'intérêt public annulant l'effet juridique de certains types de contrats, comme ceux portant sur la restriction du commerce, par exemple, la common law a également fixé des limites au genre d'actions préjudiciables auxquelles il est légitimement possible de consentir et de protéger ainsi l'assailant contre les sanctions de notre droit criminel.

ⁱ Rien n'indique à l'art. 265 que son adoption devait miner la jurisprudence de la common law en matière criminelle. Rien n'indique non plus que les limites de principe traditionnelles en matière de consentement, dont nous reparlerons plus à fond, devaient être écartées par l'art. 258 du premier *Code criminel* de 1892, ou par l'adoption des dispositions de l'art. 244 qui l'ont remplacé (maintenant l'art. 265). Cela ne devrait pas nous étonner. L'aperçu historique de l'in-

to curtail the authority of that law, the *Code* was a partial expression of it.

All criminal offences in Canada are now defined in the *Code* (s. 9). But that does not mean the common law no longer illuminates these definitions nor gives content to the various principles of criminal responsibility those definitions draw from. As the Law Reform Commission of Canada has noted in its 31st report on recodification, the basic premises of our criminal law—the necessary conditions for criminal liability—are at present left to the common law. (*Recodifying Criminal Law*, at pp. 17, 28 and 34. Reference may also be made to E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), at pp. 16-17.) The *Code* itself, in s. 8, explicitly acknowledges the ongoing common law influence:

8. . .

(2) The criminal law of England that was in force in a province immediately before April 1, 1955 continues in force in the province except as altered, varied, modified or affected by this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

Section 8 expressly indicates that the common law rules and principles continue to apply, but only to the extent that they are not inconsistent with the *Code* or other Act of Parliament and have not been altered by them. While little judicial analysis of this section of the *Code* has been undertaken, the references made to it have predominantly concerned exceptional circumstances which provide defences or which deny certain features of an offence. (See Colvin, *op. cit.*, at pp. 16-17.) This Court's leading interpretation of s. 8(3) is found in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487. Laskin C.J. expressly rejected a static

fraction qui est fait plus haut montre bien que, loin de viser à limiter la portée de ces règles de droit, le *Code* en est une expression partielle.

Au Canada, toutes les infractions criminelles sont maintenant définies dans le *Code* (art. 9). Toutefois, cela ne veut pas dire que la common law ne transparaît plus dans ces définitions ni qu'elle ne donne plus substance aux divers principes de responsabilité criminelle dont ces définitions s'inspirent. Comme la Commission de réforme du droit du Canada le fait remarquer dans son 31^e rapport sur la nouvelle codification, les prémisses fondamentales de notre droit criminel—les conditions nécessaires à la responsabilité criminelle—découlent actuellement de la common law. (*Pour une nouvelle codification du droit pénal*, aux pp. 17, 31 et 37. Voir aussi E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), aux pp. 16 et 17.)

d Le *Code* lui-même, à l'art. 8, reconnaît expressément l'influence continue de la common law:

8. . .

(2) Le droit criminel d'Angleterre qui était en vigueur dans une province immédiatement avant le 1^{er} avril 1955 demeure en vigueur dans la province, sauf en tant qu'il est changé, modifié ou atteint par la présente loi ou toute autre loi fédérale.

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

L'article 8 prévoit expressément que les règles et principes de la common law continuent à s'appliquer, mais uniquement dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le *Code* ou une autre loi fédérale et n'ont pas été modifiés par ceux-ci. Cette disposition du *Code* a rarement fait l'objet d'un examen judiciaire, mais il en a été fait mention surtout dans des cas exceptionnels où des moyens de défense pouvaient être invoqués ou certains aspects d'une infraction rejetés. (Voir Colvin, *op. cit.*, aux pp. 16 et 17.) L'interprétation du par. 8(3) qui fait autorité figure dans l'arrêt de notre Cour *Kirzner c. La Reine*, [1978]

view of the common law under s. 8(3) (formerly s. 7(3)). Though speaking in the context of alleged prosecutorial impropriety, and a claimed defence of entrapment, Laskin C.J. offered an expansive, developmental view, at p. 496:

There are good reasons for leaving the question open [re: application of an entrapment defence]. Indeed, if that position is based on a static view of s. 7(3) of the *Criminal Code* I find it unacceptable. I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences

The approach of Laskin C.J. in *Kirzner* was later reinforced in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418. Writing in dissent, on behalf of Laskin C.J., McIntyre and Lamer JJ., Estey J. applied what he termed the "ordinary rule of construction where statutes and common law meet" to conclude that "s. 7(3) is the authority for the courts of criminal jurisdiction to adopt, if appropriate in the view of the court, defences including the defence of entrapment" (p. 445). The Court's majority did not disagree with this determination. In reasoning to that conclusion, Estey J. made the following comments, at p. 443:

The conventional view has been that the common law is always speaking: Some theories hold that it is a process of discovery, others of evolution. Whatever it might be properly classified to be in jurisprudence it would take the clearest and most precise language in a statute which purports to incorporate the principles of common law to so construe it as to crystallize the common law at the date of enactment of the statute. If so, the importation of common law principles would be limited to those which had crystallized and developed prior to the effective date of the statute. Section 7(3) does not employ such words. It is at most ambiguous, susceptible either to the static view or to the view that it makes reference to the common law as an evolving, developing system of rules and principles. Where a statute might be read as displacing the common law the appropriate canon of interpretation is a preference for that construction which preserves the

2 R.C.S. 487. Le juge en chef Laskin a expressément rejeté la conception statique de la common law aux fins du par. 8(3) (autrefois par. 7(3)). Bien que ce soit dans le contexte d'une allégation de pratique répréhensible de la part du ministère public et de la revendication d'une défense de provocation policière, le juge en chef Laskin a donné une interprétation susceptible d'être développée et d'évoluer, à la p. 496:

^b Il est préférable de ne pas trancher la question [à savoir si la provocation policière peut être invoquée comme moyen de défense]. En fait, si cette opinion est fondée sur une vue statique du par. 7(3) du *Code criminel*, elle est, à mon avis, inacceptable. Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense

^d Le point de vue exprimé par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner* a par la suite été renforcé dans l'arrêt *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418. Le juge Estey, qui a rédigé des motifs dissidents au nom du juge en chef Laskin ainsi que des juges McIntyre et Lamer, a appliqué ce qu'il a appelé la «règle ordinaire d'interprétation lorsque les lois et la *common law* se rencontrent» pour conclure que «le par. 7(3) permet aux cours de juridiction criminelle d'adopter, si le tribunal l'estime opportun, les moyens de défense dont la provocation policière» (p. 445). La majorité dans cet arrêt n'a pas exprimé de désaccord avec cette opinion. En tirant cette conclusion, le juge Estey a fait les observations suivantes, à la p. 443:

^g On estime d'ordinaire que la *common law* s'applique toujours. Selon certaines théories, c'est un processus de découverte, selon d'autres, un processus d'évolution. Quelle que soit la classification que lui attribue la jurisprudence, il faudrait qu'une loi qui prétend incorporer les principes de la *common law* emploie les termes les plus clairs et les plus précis pour qu'on puisse dire qu'elle cristallise la *common law* à la date de son adoption. Dans ce cas, l'importation des principes de la *common law* se limiterait à ceux qui sont déjà cristallisés et qui ont été élaborés avant la date d'entrée en vigueur de la loi. Le paragraphe 7(3) n'emploie pas de tels termes. Il est au plus ambigu, et on peut considérer qu'il est statique ou qu'il se rapporte à la *common law* comme à un ensemble de règles et de principes qui évoluent et se développent. Quand on peut dire d'une loi qu'elle remplace la *common law*, la règle d'interprétation qui s'im-

rule of common law where it can be done consistently with the statute.

Estey J. also referred extensively to s. 19 of the Report of the Imperial Commissioners of the draft Code of 1879, which is the forerunner of the present s. 8(3). In *Amato, supra*, at pp. 443-44, they are quoted as explaining their inclusion of the section in these terms:

But whilst we exclude from the category of indictable offences any culpable act or omission not provided for by this or some other Act of Parliament, there is another branch of the unwritten law which introduces different considerations; namely, the principles which declare what circumstances amount to a justification or excuse for doing that which would be otherwise a crime, or at least would alter the quality of the crime. In the cases of ordinary occurrence, the decisions of the Courts and the opinions of great lawyers enable us to say how the principles of the law are to be applied.

In light of this communicated understanding of the antecedents and purpose of s. 8(3), it can hardly be said that the common law's developed approach to the role and scope of consent as a defence to assault has no place in our criminal law. If s. 8(3) and its interaction with the common law can be used to develop entirely new defences not inconsistent with the *Code*, it surely authorizes the courts to look to preexisting common law rules and principles to give meaning to, and explain the outlines and boundaries of an existing defence or justification, indicating where they will not be recognized as legally effective—provided of course that there is no clear language in the *Code* which indicates that the *Code* has displaced the common law. That sort of language cannot be found in the *Code*. As such, the common law legitimately serves in this appeal as an archive in which one may locate situations or forms of conduct to which the law will not allow a person to consent.

pose est celle qui permet le maintien de la règle de la *common law*, lorsque cela est possible sans déroger à la loi.

^a Le juge Estey s'est également longuement rapporté à l'art. 19 du Rapport des Commissaires impériaux sur le projet de Code de 1879, qui est le précurseur de notre par. 8(3) actuel. Dans l'arrêt *Amato*, précité, aux pp. 443 et 444, il est mentionné que les commissaires avaient expliqué comme suit l'inclusion de la disposition en question:

^c [TRADUCTION] Mais bien que nous excluions de la catégorie des actes criminels tout acte ou toute omission coupables qui ne sont pas prévus par la présente loi ou par une autre loi du Parlement, il y a une autre partie du droit non écrit qui introduit des considérations différentes; il s'agit des principes qui énoncent quelles circonstances permettent de justifier ou d'excuser ce qui serait par ailleurs un acte criminel ou du moins de modifier la nature de l'acte criminel. Dans les cas courants les décisions des tribunaux et les opinions des grands juristes nous permettent de dire comment doivent être appliqués les principes juridiques.

^f Compte tenu de cette interprétation expresse des origines et de l'objet du par. 8(3), on peut difficilement dire que la façon dont la common law a abordé le rôle et la portée du consentement comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait n'a pas sa place dans notre droit criminel. Si le par. 8(3) et son interaction avec la common law peuvent être utilisés pour concevoir des moyens de défense entièrement nouveaux qui ne soient pas incompatibles avec le *Code*, cela permet certainement aux tribunaux d'examiner les règles et principes de common law préexistants pour donner un sens aux grandes lignes et aux limites d'une défense ou d'une justification existantes, et les expliquer, et pour montrer dans quels cas elles ne seront pas reconnues comme ayant un effet juridique—à la condition, bien sûr, que le *Code* ne contienne aucune disposition claire indiquant qu'il a remplacé la common law. Or, le *Code* ne contient aucune disposition de ce genre. En tant que telle, la common law sert ici légitimement d'archives où il est possible de trouver les cas ou les formes de conduite qui, en droit, ne peuvent pas faire l'objet d'un consentement.

Of course this general analysis does not answer all of the appellant's arguments to the contrary. Responding to them requires a more directed focus on the specific conjunction of the *Code* and common law in the fist fight type of situation.

(b) The Specific Relationship Between the *Code* and the Common Law of Assault in Cases of Fist Fights

(i) *The Relationship Between Consent and Section 265(3)*

The appellant argued that the 1983 amendments to s. 265 reflected Parliament's intent to replace any common law doctrines that might have negated the legal effectiveness of consent to an act which would otherwise constitute assault. In particular, reference was made to s. 265(3), which sets out four factors that may vitiate consent: application of force, threats of force, fraud, or the exercise of authority. It was argued that because Parliament explicitly specified these factors, any others, even though they may have applied prior to 1983, could no longer be drawn from the common law. Since the trial judge found that Haggart had consented to the fight and did not hold that such consent was invalidated on any of the four grounds, it should be effective, and should serve as a defence to assault as the plain words of ss. 265(1) and 265(2) appear to require.

While at first glance the appellant's argument may seem cogent, it is ultimately unpersuasive. Parliament did not set foot into new territory when listing the four vitiating factors in s. 265(3). On the contrary it will be seen that, for the most part, that list merely concretized, and made more explicit, basic limits on the legal effectiveness of consent which had for centuries formed part of the criminal law in England and in Canada. Their expression in the *Code* did not reflect an intent to remove the existing body of common law which already described those limitations and their respective scope. The *Code* just spelled them out more clearly, in a general form.

Bien sûr, cette analyse générale ne répond pas à tous les arguments contraires de l'appelant. Pour ce faire, il faut centrer plus directement l'analyse sur la conjonction précise du *Code* et de la common law dans le cas d'une bagarre à coups de poing.

b) Le rapport précis entre le *Code* et les règles de common law en matière de voies de fait dans le cas des bagarres à coups de poing

(i) *Le rapport entre le consentement et le par. 265(3)*

c Selon l'appelant, les modifications apportées à l'art. 265 en 1983 montrent que le législateur voulait remplacer toute théorie de common law susceptible d'annuler l'effet juridique du consentement à un acte qui constituerait par ailleurs des voies de fait. En particulier, il invoque le par. 265(3), qui énonce quatre facteurs susceptibles de vicier le consentement: l'emploi de la force, les menaces de contrainte, la fraude et l'exercice de l'autorité. Il soutient qu'étant donné que le législateur a expressément mentionné ces facteurs, tout autre facteur, même s'il avait pu s'appliquer avant 1983, ne pouvait plus être tiré de la common law. Puisque le juge du procès a conclu que Haggart avait consenti à la bagarre et n'a pas jugé que le consentement avait été invalidé pour l'un quelconque des quatre motifs énoncés, celui-ci devrait avoir effet et constituer un moyen de défense opposable à une accusation de voies de fait, comme le texte clair des par. 265(1) et (2) semble l'exiger.

À première vue, l'argument de l'appelant peut sembler convaincant, mais en fin de compte il ne l'est pas. Le législateur ne s'est pas engagé dans un domaine vierge lorsqu'il a énuméré, au par. 265(3), les quatre facteurs qui vicien le consentement. Au contraire, nous verrons qu'en majeure partie cette liste a simplement concrétisé, et rendu plus explicites, les limites fondamentales de l'effet juridique du consentement que reconnaissaient depuis des siècles, le droit criminel en Angleterre et au Canada. Les dispositions du *Code* à ce sujet n'exprimaient pas l'intention de supprimer l'ensemble des règles de common law qui décrivaient déjà ces limites et leur portée respective. Le *Code* se contentait de les énoncer plus clairement, d'une manière générale.

That common law is rich and extensive, with roots reaching back well into the decades preceding Canada's adoption of the *Code* of 1892. For instance it provided that, as a general rule, consent would only be valid or legally effective if it was given freely by a rational and sober person. (See *Russell on Crime*, op. cit., at p. 678.)

Thus in *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909, the English criminal court, speaking through Lord Tindal C.J., held that a fraudulently obtained consent to common assault was no consent at all (p. 911). The parallel in our *Code* is in s. 265(3)(c). In *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, an English criminal court held that eight-year-old boys were too young to understand the nature of a sexual act with a grown man to be able to consent to it. Submission by a young child to an older, stronger person, an authority figure, would not be considered consensual. The consent would in all probability have been obtained under a coerced and ill-informed will. This principle now finds expression in Canada in s. 265(3)(d).

As for consent in the context of fist fights, the English common law displayed a similar penchant for limiting its role as an exculpatory defence. However it is vital to note that the basis of the concern was different than in the case of fraud, threats, or forced "consents". The early cases often did not explicitly acknowledge that different basis, but hints of it may be identified. It was a concern that the offence of assault—more particularly the element of consent—be informed by considerations of public policy. Such considerations were thought sufficiently important to justify nullifying the legal validity of consent as a defence to a charge of assault.

For instance, in *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b, the English criminal court held that, not only would a man be punished at law for procuring another to sever his hand—to assist his career as a mendicant—but the person effecting the task would

Cette common law est riche et de vaste portée, son origine remontant aux décennies qui ont précédé l'adoption par le Canada du *Code* de 1892. Ainsi, elle prévoyait qu'en général, le consentement ne serait valide et n'aurait un effet juridique que s'il était donné de plein gré par une personne rationnelle et sobre. (Voir *Russell on Crime*, op. cit., à la p. 678.)

Ainsi, dans l'arrêt *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909, la cour criminelle anglaise, par la voix du lord juge en chef Tindal, a jugé qu'un consentement à des voies de fait simples obtenu frauduleusement ne constituait aucunement un consentement (p. 911). Dans notre *Code*, on trouve l'équivalent à l'al. 265(3)c). Dans l'arrêt *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, la cour criminelle anglaise a jugé que des garçons de huit ans étaient trop jeunes pour comprendre la nature d'un acte sexuel avec un homme mûr de façon à pouvoir y consentir. La soumission d'un jeune enfant à une personne plus âgée et plus forte, représentant l'autorité, ne serait pas considérée comme un consentement car il aurait probablement été donné par contrainte et d'une manière mal informée. Au Canada, ce principe figure maintenant à l'al. 265(3)d).

En ce qui concerne le consentement dans le cas d'une bagarre à coups de poing, la common law anglaise a manifesté une tendance similaire à en limiter le rôle comme moyen de défense disculpatoire. Cependant, il est essentiel de noter que son fondement n'était pas le même que dans les cas de fraude, de menaces ou de «consentement» forcé. Les anciens arrêts exprimaient rarement la reconnaissance expresse de ce fondement différent, mais on peut en trouver certains indices. On envisageait que l'infraction de voies de fait—and en particulier l'élément de consentement—soit soumise à des considérations d'intérêt public. Ces considérations, croyait-on, étaient suffisamment importantes pour justifier d'écartier la validité juridique du consentement à titre de moyen de défense contre une accusation de voies de fait.

Ainsi, dans l'arrêt connu sous le nom de *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b, la cour criminelle anglaise a jugé qu'un homme serait non seulement puni par la loi pour avoir amené une autre personne à lui couper la main—pour qu'il lui soit plus facile de

also be liable to criminal sanction, irrespective of the other's consent. In *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438, it was held that a man may not license another to beat him as that act amounted to a breach of the peace. This principle was repeated in *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16, where it was determined that it is no defence to a charge of assault that the two persons fought by mutual consent. Coleridge J. reaffirmed the doctrine in *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874, a case involving a fight between two men outside a dance hall, which had resulted in the death of a man from blows sustained to his head. Coleridge J. stated, at p. 875: "it ought to be known, that, whenever two persons go out to strike each other, and do so, each is guilty of an assault".

It will be seen that this nullification of the defence of consent in fist fight cases in England has continued forward uninterruptedly to the present day. In Canada the same principle was applied for many decades before the appropriateness of such invalidation was ever brought into question. Indeed it was for reasons of public policy that the Court of Appeal nullified Haggart's consent.

We have observed from the general analysis of the *Code* and common law that, in the history of our criminal law, codification did not replace common law principles of criminal responsibility, but in fact reflected them. That history also reveals that policy-based limitations of the sort at issue here boast a lineage in the common law equally as long as the factors which vitiate involuntary consent. Since these policy-based limitations also existed before the codification of Canada's criminal law there is no reason to think they have been ousted by statutory revisions and amendments made to the *Code* along the way.

On this understanding, even if it could be concluded, contrary to my own view of the law, that s. 265(3) negated the applicability of common law rules which describe when consent to assault will be vitiated for involuntariness, or defects in the will

mendier—mais que la personne qui s'était chargée de le faire était également passible de sanction pénale, et ce, malgré le consentement de l'autre. Dans l'arrêt *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438, il a été jugé qu'un homme ne peut pas autoriser un autre à le battre puisque cela équivaut à troubler la paix. Ce principe a été réitéré dans l'arrêt *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16, où il a été jugé que le fait que deux personnes se sont battues de plein gré ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation de voies de fait. Le juge Coleridge a confirmé la théorie établie, dans l'arrêt *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874, où, à la suite d'une bagarre entre deux hommes à l'extérieur d'un dancing, l'un de ceux-ci, qui avait reçu des coups à la tête, était mort. À la page 875, le juge a écrit: [TRA-DUCTION] «on devrait savoir que dès que deux individus sortent pour se battre et qu'ils se battent, chacun d'eux est coupable de voies de fait.»

Nous verrons qu'en Angleterre, on a continué jusqu'à nos jours à invalider le moyen de défense fondé sur le consentement dans le cas de bagarres à coups de poing. Au Canada, le même principe a été appliqué pendant de nombreuses décennies avant que le bien-fondé de cette invalidation ne soit remise en question. En fait, c'est pour des raisons d'intérêt public que la Cour d'appel a invalidé le consentement donné par Haggart.

Cette analyse générale du *Code* et de la common law nous permet de constater que, dans l'histoire de notre droit criminel, la codification n'a pas remplacé les principes de responsabilité criminelle existant en common law, mais en est le reflet. Cet historique montre également que les limites de principe du genre ici en litige sont d'origine aussi ancienne en common law que les facteurs qui vicient le consentement involontaire. Étant donné que ces limites de principes précédait également la codification du droit criminel canadien, rien ne nous permet de croire que les refontes du *Code* et les modifications qu'il a subies au fil des ans les ont supprimées.

Cela étant, même s'il était possible de conclure, contrairement à ma propre interprétation de la loi, que le par. 265(3) écartere l'application des règles de common law qui décrivent les cas dans lesquels le consentement à des voies de fait est vicié parce qu'il

underlying the apparent consent, it would not follow that those amendments erased limitations based on public policy. If Parliament had so intended, it would have stated that intention. As it is, the *Code* as amended in 1983 is entirely silent in this regard.

^a n'a pas été donné volontairement, ou parce qu'est entachée la volonté qui sous-tend le consentement apparent, il ne s'ensuivrait pas que ces modifications ont eu pour effet de supprimer les limites fondées sur l'intérêt public. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait exprimé cette intention. Or, le *Code*, qui a été modifié en 1983, est tout à fait muet à ce sujet.

This view accords with the interpretation of the Law Reform Commission of Canada. In its working paper on assault it notes that, regardless of the wording of s. 265(3), not all consents will be accepted as being legally effective. Irrespective of a finding of real or implied consent, in some cases (resembling the situation in the instant appeal) "the victim's consent or non-consent is quite irrelevant." (It cites as one example at p. 6 the situation where the application of force is intended to cause death or serious bodily harm, and another when a blow is struck in the course of an illegal fight.) That irrelevance is the result of policy considerations which in some circumstances nullify the legal effectiveness of consent.

^b Ce point de vue est conforme à l'interprétation donnée par la Commission de réforme du droit du Canada. Dans son document de travail sur les voies de fait, la Commission fait remarquer qu'indépendamment du libellé du par. 265(3), le consentement ne sera pas toujours considéré comme ayant un effet juridique. En effet, même si l'on conclut à l'existence d'un consentement réel ou implicite, dans certains cas (ressemblant à la situation en l'espèce) «le consentement de la victime ou l'absence de consentement n'a aucune pertinence.» (À la page 6, la Commission donne, comme exemple, le cas où la force est employée dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, et celui où le coup est porté au cours d'un combat illégal.) Cette absence de pertinence résulte de considérations de principe qui, dans certains cas, invalident l'effet juridique du consentement.

^f

Furthermore, since s. 8(3) of the *Code* expressly confirms the common law's continued authority and provides that exculpatory defences not expressly struck down by the *Code* continue to operate to exclude criminal liability, in this appeal, where the *Code* has not erased the common law limit in fist fights, it must continue to define the scope of legally effective consent. Some may object that s. 8(3) cannot be used to support this interpretation because consent is not really a defence, but instead forms part of the offence; indeed it is the absence of consent that is relevant as an element of the offence of assault. For example, Mewett and Manning, *op. cit.*, at p. 567, write that "Real consent is therefore an essential element of assault going to the *actus reus* in the sense that if consent is present no offence can have been committed". Yet while that objection may have some relevance from a strictly formalistic perspective, it is of little consequence from a substantive point of view. Moreover it conflicts with the spirit of this

^g En outre, étant donné que le par. 8(3) du *Code* confirme expressément que la common law demeure en vigueur et prévoit que les moyens de défense disculpatoires qui ne sont pas expressément éliminés par le *Code* continuent à s'appliquer de façon à exclure la responsabilité criminelle, dans le présent pourvoi, où le *Code* n'a pas supprimé la limite établie en common law à l'égard des bagarres à coups de poing, elle doit continuer à définir la portée du consentement ayant effet juridique. Certains peuvent rétorquer que le par. 8(3) ne peut pas être utilisé pour appuyer cette interprétation parce que le consentement n'est pas réellement un moyen de défense, mais fait plutôt partie de l'infraction; en fait, c'est l'absence de consentement qui est pertinente à titre d'élément de l'infraction de voies de fait. Par exemple, Mewett et Manning, *op. cit.*, à la p. 567, écrivent que [TRADUCTION] «Le consentement réel est donc un élément essentiel des voies de fait qui se rapporte à l'*actus reus* en ce sens que si le consentement existe, aucune

Court's previously expressed understanding of s. 8(3).

Whether consent is formally categorized as part of the *'actus reus'* of the offence, or as a defence, its essential function remains unaltered—if consent is proved, or if absence of consent is not proved, an individual accused of assault will generally be able to rely on the consent of the complainant to bar a conviction. He will be able to lean on the consent as a defence to liability. This basic reality has been widely recognized. English and Canadian courts widely refer to consent as being in the nature of a defence. Leading treatises on criminal law conceive it this way. See Watt, *op. cit.*, at p. 216; Clarkson and Keating, *op. cit.*, at pp. 283-92; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 549 and 576-78; and Law Reform Commission of Canada, Working Paper 38, *Assault*, at p. 24. We have also observed, in the general interpretative section above, that the law confers on s. 8(3) an open and developmental view of the common law's role. Section 8(3) strongly suggests preservation of the common law approach to consent in assault.

Assault has been given a very encompassing definition in s. 265. It arises whenever a person intentionally applies force to a person "directly or indirectly", without the other's consent. The definition says nothing about the degree of harm which must be sustained. Nor does it refer to the motives for the touching. If taken at face value, this formulation would mean that the most trivial intended touching would constitute assault. As just one of many possible examples, a father would assault his daughter if he attempted to place a scarf around her neck to protect her from the cold but she did not consent to that touching, thinking the scarf ugly or undesirable. (Even an argument for implied consent would not

infraction ne peut avoir été commise». Pourtant, bien que cette objection puisse être dans une certaine mesure pertinente d'un point de vue strictement formaliste, elle est de peu d'importance sur le fond. En outre, elle va à l'encontre de l'interprétation que notre Cour a déjà donnée au par. 8(3).

Que le consentement soit formellement considéré comme faisant partie de l'*'actus reus'* de l'infraction, ou comme moyen de défense, sa fonction essentielle demeure inchangée—si le consentement est prouvé, ou si l'absence de consentement n'est pas prouvée, une personne accusée de voies de fait pourra en général s'appuyer sur le consentement du plaignant pour empêcher sa condamnation. Elle pourra invoquer le consentement pour nier sa responsabilité. Cette réalité fondamentale est largement reconnue. Les tribunaux anglais et canadiens parlent dans une large mesure du consentement comme participant d'un moyen de défense. Les auteurs qui font autorité en droit criminel le conçoivent de cette façon. Voir Watt, *op. cit.*, à la p. 216, Clarkson et Keating, *op. cit.*, aux pp. 283 à 292, G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), aux pp. 549 et 576 à 578, et la Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 38: *Les voies de fait*, à la p. 26. Nous avons également remarqué, dans la section d'interprétation générale précédente, que la loi donne au par. 8(3) une conception non limitative et évolutive du rôle de la common law. Le paragraphe 8(3) laisse fortement supposer qu'il y a lieu de préserver la façon dont la common law aborde le consentement en matière de voies de fait.

Les voies de fait sont définies d'une manière très générale à l'art. 265. En effet, elles sont commises dès qu'une personne, d'une manière intentionnelle, emploie la force «directement ou indirectement» contre une autre personne sans son consentement. La définition ne dit rien au sujet du degré de préjudice qui doit être subi. Elle ne parle pas non plus des motifs du contact. À première vue, cette formulation voudrait dire que le contact intentionnel le plus banal constituerait des voies de fait. Pour ne mentionner qu'un des nombreux exemples possibles, citons le cas du père qui se livrerait à des voies de fait sur la personne de sa fille s'il tentait de placer une écharpe autour de son cou pour la protéger du froid, mais que

seem to apply in a case like this.) That absurd consequence could not have been intended by Parliament. Rather its intention must have been for the courts to explain the content of the offence, incrementally and over the course of time.

Furthermore, whereas the factors specified in s. 265(3) are readily identifiable, and are generally applicable to all sorts of situations, that is inherently not true of limitations based on policy considerations, which are fact-specific by nature. It would have been quite impractical, if not impossible, for Parliament to establish an adequate list of exceptions to apply to all situations, old and new. Policy-based limits are almost always the product of a balancing of individual autonomy (the freedom to choose to have force intentionally applied to oneself) and some larger societal interest. That balancing may be better performed in the light of actual situations, rather than in the abstract, as Parliament would be compelled to do.

With the offence of assault, that kind of balancing is a function the courts are well-suited to perform. They will continue to be faced with real situations in which complicated actions and motivations interact, as they have in the past. I do not accept the argument that by failing to enact a list of objects or forms of conduct to which one could not validly consent, Parliament intended to eliminate their role in the offence of assault and to rely only on the four factors specified in s. 265(3). Such a major departure from well-established policy calls for more than mere silence, particularly as such a list would have been unduly difficult and impractical to prescribe, and was unnecessary given their existing entrenchment in the common law. The common law is the register of the balancing function of the courts—a register Parliament has authorized the courts to administer in respect of

celle-ci ne consentait pas à ce contact, parce qu'elle trouvait que l'écharpe était laide et ne voulait pas la porter. (Même un argument fondé sur le consentement implicite ne semblerait pas s'appliquer dans un cas comme celui-là.) Le législateur n'a certainement pas voulu cette conséquence absurde. Son intention devait plutôt être que les tribunaux expliquent le contenu de l'infraction et, avec le temps, y apportent progressivement des précisions.

En outre, alors que les facteurs énoncés au par. 265(3) sont facilement identifiables et susceptibles de s'appliquer généralement à toutes sortes de situations, cela n'est pas vrai en soi dans le cas des limites fondées sur des considérations de principe qui, de par leur nature, dépendent des faits. Il aurait été peu pratique, voire impossible, pour le législateur de dresser une liste adéquate d'exceptions destinée à s'appliquer à toutes les situations, anciennes et nouvelles. Les limites de principe sont presque toujours le produit de la recherche d'un équilibre entre l'autonomie individuelle (la liberté de décider que la force sera intentionnellement utilisée contre soi-même) et quelque intérêt social plus général. Il est peut-être plus facile de réaliser cet équilibre à la lumière de cas concrets plutôt que dans l'abstrait, comme le législateur aurait à le faire.

Quant à l'infraction de voies de fait, les tribunaux sont bien placés pour assumer cette fonction d'appréciation. Comme par le passé, ils continueront à faire face à des cas concrets dans lesquels il y a interaction d'actes et de mobiles complexes. Je n'accepte pas l'argument selon lequel en omettant de dresser une liste des objets ou des formes de conduite auxquels il serait impossible de consentir validement, le législateur avait l'intention d'éliminer leur pertinence à l'infraction de voies de fait et de retenir uniquement les quatre facteurs énoncés au par. 265(3). Une dérogation aussi importante à une politique bien établie exige plus qu'un simple silence, étant donné en particulier que cette liste aurait été beaucoup trop difficile et peu pratique à dresser et qu'il aurait été inutile de le faire, puisque la common law s'en chargeait déjà. La common law est le registre de la fonction d'appréciation que les tribunaux exercent—un registre que les tribunaux sont autorisés par le législateur à administrer en ce qui concerne les limites de principe aux-

policy-based limits on the role and scope of consent in s. 265 of the *Code*.

(ii) *The Relationship Between Consent and Section 265(2)*

The appellant argues that the interpretation favouring limits on consent being advanced here would render s. 265(1)(a) ("without the consent of another") otiose and meaningless, in so far as s. 265(2) specifies that s. 265(1)(a) is to apply to all forms of assault, including assault causing bodily harm. However, this objection is not sustainable.

By specifying in s. 265(2) that s. 265 is to apply to all forms of assault, Parliament undoubtedly sought to ensure that the basic elements of the offence of assault in s. 265(1)(a) to (c), the circumstances listed in s. 265(3) for vitiating consent due to a coerced or misinformed volition, and the required state of mind for raising a defence in s. 265(4), would be applied without exception, irrespective of the peculiar form of assault. That is plain. Yet it does not follow from that expression that Parliament intended to eliminate the common law prescription of objects or forms of conduct to which legally effective consent may not be given. Section 265 was deliberately left open in that regard, for the above reasons.

(iii) *Consent and Section 14 of the Code*

Section 14 nullifies consent to the infliction of death in a broad and open-textured fashion. It provides:

14. No person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given.

A final argument made by the appellant is that by enacting s. 14 of the *Code*, Parliament reflected its intention to negate consent solely in situations where

quelles sont assujettis le rôle et la portée du consentement prévu à l'art. 265 du *Code*.

(ii) *Le rapport entre le consentement et le par. 265(2)*

L'appelant soutient que l'interprétation qui favorise l'imposition de limites au consentement, qui est proposée en l'espèce, aurait pour effet de rendre superflu et vide de sens l'al. 265(1)a) («sans son consentement»), dans la mesure où le par. 265(2) prévoit que cet alinéa s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les voies de fait causant des lésions corporelles. Toutefois, cette objection n'est pas soutenable.

En précisant, au par. 265(2), que l'art. 265 doit s'appliquer à toutes les espèces de voies de fait, le législateur a sans aucun doute cherché à s'assurer que, indépendamment du genre de voies de fait commises, s'appliqueraient sans exception les éléments fondamentaux de l'infraction de voies de fait énoncés aux al. 265(1)a) à c), les circonstances énumérées au par. 265(3), où le consentement est vicié s'il a été donné par contrainte ou d'une manière mal informée, et l'état d'esprit requis pour qu'un moyen de défense puisse être invoqué, selon le par. 265(4). Cela est clair. Pourtant, il ne s'ensuit pas que le législateur voulait éliminer les règles de common law concernant les objets ou formes de conduite auxquels il est impossible de donner un consentement ayant effet juridique. À cet égard, l'art. 265 a délibérément été formulé en termes non limitatifs, et ce, pour les motifs susmentionnés.

(iii) *Le consentement et l'art. 14 du Code*

L'article 14 écarte, d'une manière large et non limitative, le consentement de quiconque à ce que la mort lui soit infligée:

14. Nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité pénale d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement.

L'appelant soutient en dernier lieu qu'en adoptant l'art. 14 du *Code*, le législateur a manifesté son intention de nier le consentement uniquement dans les cas

death was intended to be caused. With other situations, and with forms of conduct like the fist fight between Jobidon and Haggart where that consequence was not intended, consent should be given full legal effect. In other words, the appellant suggested a version of the interpretative principle expressed by the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. But this argument also fails.

où on a l'intention d'infliger la mort. Dans les autres cas, et en ce qui concerne les formes de conduite comme la bagarre à coups de poing entre Jobidon et Haggart, où cette conséquence n'était pas voulue, le consentement donné devrait avoir plein effet juridique. En d'autres termes, l'appelant propose une version du principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius*. Toutefois, cet argument doit être rejeté lui aussi.

b

Section 14 is an absolute exclusion of consent to death in all circumstances. It follows neither from logic nor from the structure of the *Code* that absent death, consent to any or all forms of bodily injury is permissible, regardless of the circumstances. The section speaks only of consent to the infliction of death. It does not comment on consent to other consequences, any more than it comments on sexual offences or any other form of assault. It stands on its own.

L'article 14 exclut d'une manière absolue le consentement à la mort, et ce, dans tous les cas. On ne peut en déduire ni logiquement ni en raison de la structure du *Code* que hormis la mort il est possible de consentir à subir des lésions corporelles quelconques, indépendamment des circonstances. Cette disposition parle uniquement du consentement à se voir infliger la mort. Elle ne parle pas du consentement à d'autres conséquences, pas plus qu'elle ne traite d'infractions sexuelles ou de quelque autre espèce de voies de fait. Cette disposition s'applique isolément.

1991 CanLII 77 (SCC)

(c) Common Law Limits in Fist Fights and Brawls

c) Limites établies en common law dans le cas de rixes et de bagarres à coups de poing

f

Limits on consent to assault have long been recognized by English and Canadian courts. We have already seen the earliest antecedents of them in the English jurisprudence, in fist fights and otherwise; here we are concerned only with the former situation. In present times as well, the English courts have on the whole been very consistent when confronted by assaults arising from fist fights and brawls. Since the English cases have set the overall direction for the Canadian common law in the assault context, and apparently continues to do so, it is of particular relevance in the circumstances of this case. The Canadian authorities also favour limits on consent. However, in recent years there has evolved a mixed record across provincial courts of appeal. This appeal therefore presents a timely opportunity for clarification.

Les tribunaux anglais et canadiens reconnaissent depuis longtemps des limites au consentement dans le cas des voies de fait. Nous avons déjà parlé de leurs origines premières dans les arrêts anglais, à l'égard de bagarres à coups de poing et d'autres cas; en l'espèce, nous ne nous intéressons qu'à la première situation. De nos jours également, les tribunaux anglais se prononcent, dans l'ensemble, de manière très uniforme dans les affaires de voies de fait découlant de rixes et de bagarres à coups de poing. Étant donné que les arrêts anglais ont donné l'orientation générale à la common law canadienne en matière de voies de fait et qu'ils continuent apparemment à le faire, ils sont particulièrement pertinents en l'espèce. La jurisprudence canadienne favorise également l'imposition de limites au consentement. Depuis quelques années toutefois, les arrêts rendus par les cours d'appel provinciales ne sont pas uniformes. Il est donc opportun de clarifier la situation.

g

h

i

j

(i) *The English Authorities*

We have seen that the readiness of the common law to constrain the role and the effectiveness of consent in cases of assault may be identified as far back as 1603 and that it runs well into the 19th century. But that willingness did not suddenly cease in the late 1800s.

The springboard for the modern authorities was a decision of the English Court of Queen's Bench in *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534. Eleven judges held that a prize fight was illegal and that all persons aiding and abetting the fight were guilty of assault. For public policy reasons, differently expressed by various members of the court, consent of the fighters was held to be ineffective. The essence of the court's justification was that consensual fist fights tend to encourage public disturbances and breaches of the peace and should not be condoned by the criminal law. The view was expressed by Stephen J., at p. 549, that:

When one person is indicted for inflicting personal injury upon another, the consent of the person who sustains the injury is no defence to the person who inflicts the injury, if the injury is of such a nature, or is inflicted under such circumstances, that its infliction is injurious to the public as well as to the person injured.

The English Court of Criminal Appeal had an opportunity to build on *Coney* in *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207. The accused had beaten a 17-year-old girl with a cane but denied he was guilty of indecent and common assault on the ground that the girl had consented to the beating. At certain points in its judgment the court seems to determine the issue on a factual basis, namely that the victim did not actually consent, nonetheless it chose to pronounce its decision in these terms, as per Swift J., at p. 210:

As a general rule, although it is a rule to which there are well-established exceptions, it is an unlawful act to beat another person with such a degree of violence that the

(i) *La jurisprudence anglaise*

Nous avons vu que, dès 1603, la common law était prête à limiter le rôle et l'effet du consentement dans le cas des voies de fait et qu'elle a continué à le faire jusqu'au XIX^e siècle. Cependant, cette volonté n'a pas soudainement disparu à la fin du siècle dernier.

Le point de départ de la jurisprudence contemporaine est un jugement prononcé par la Cour du Banc de la Reine anglaise dans l'affaire *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534. Onze juges avaient déclaré qu'un combat concerté était illégal et que toutes les personnes qui avaient aidé au combat ou l'avaient encouragé étaient coupables de voies de fait. Pour des raisons d'intérêt public, exprimées différemment par les divers membres de la cour, on a décidé que le consentement des adversaires était sans effet. La cour a essentiellement déclaré que les bagarres à coups de poing entre adversaires consentants tendent à encourager les gens à troubler la paix et l'ordre public et ne devraient pas être tolérées par le droit criminel. À la page 549, le juge Stephen a exprimé cet avis comme suit:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne est accusée d'avoir blessé une autre personne, le consentement de cette dernière ne peut pas être invoqué comme moyen de défense si la blessure est telle, ou est infligée dans des circonstances telles, que cela cause un préjudice tant au public qu'à la personne blessée.

Dans l'arrêt *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre a eu l'occasion d'élaborer davantage à partir de l'arrêt *Coney*. L'accusé avait battu une jeune fille de 17 ans avec une canne, mais avait nié être coupable d'attentat à la pudeur et de voies de fait simples parce que celle-ci avait consenti à se faire battre. À certains moments dans son jugement, la cour semble trancher la question en se fondant sur les faits, soit que la victime n'avait pas réellement donné son consentement, mais elle a néanmoins décidé de prononcer sa décision en ces termes (le juge Swift, à la p. 210):

[TRADUCTION] De façon générale, bien que la règle comporte des exceptions bien établies, il est illégal de battre une autre personne avec un tel degré de violence que

infliction of bodily harm is a probable consequence, and, when such an act is proved, consent is immaterial.

Finally, in 1980, the English Court of Appeal was asked to state the law in *Attorney General's Reference, supra*. It was a reference prompted by a street fight between two young men who, in a relatively calm fashion, had decided to settle differences between them by resorting to their fists. One suffered a bleeding nose and some bruises. The other was charged with assault, but acquitted. The question put to the appellate court was, at p. 1058:

Where two persons fight (otherwise than in the course of sport) in a public place can it be a defence for one of those persons to a charge of assault arising out of the fight that the other consented to fight?

The court held that because it is not in the public interest that people should cause each other bodily harm for no good reason, consent is no answer to a charge of assault when "actual bodily harm is intended and/or caused" (p. 1059). This meant that most fights would be unlawful regardless of consent. Only minor struggles, or rough but properly conducted sporting events—which may have some positive social value—were combative activities where consent would be an effective bar to a charge of assault. Of course lawful chastisement and reasonable surgical interference were also activities in which the public interest does not require nullification of consent. In such cases the general rule applies: the Crown must prove absence of consent to get a conviction for assault. The English Court of Appeal added that the public nature of the forum in which the fight occurs is not determinative of the effectiveness of consent. Private fights deserved no more protection than public ones.

If determinative of this appeal, the English authorities would undoubtedly support the decision of the

cette dernière risque probablement de subir des lésions corporelles; lorsque pareil acte est prouvé, le consentement est sans importance.

a Enfin, en 1980, on a demandé à la Cour d'appel anglaise d'énoncer le droit dans *Attorney General's Reference*, précité. Ce renvoi avait eu lieu à la suite d'une bataille de rue entre deux jeunes hommes qui, d'une façon relativement calme, avaient décidé de régler un différend à l'aide de leurs poings. L'un d'eux a eu un saignement de nez et des ecchymoses. L'autre a été accusé de voies de fait, mais il a été acquitté. La question suivante a été posée à la Cour d'appel, à la p. 1058:

[TRADUCTION] Lorsque deux personnes se battent (autrement que dans le cadre de la pratique d'un sport), dans un endroit public, est-il possible pour celle qui, par suite de la bataille, est accusée de voies de fait d'invoquer comme moyen de défense le fait que l'autre a consenti à se battre?

b La cour a jugé qu'étant donné qu'il n'est pas dans l'intérêt public que les gens s'infligent mutuellement des lésions corporelles sans raison valable, le consentement ne constitue pas une réponse à une accusation de voies de fait lorsqu'il y a [TRADUCTION] «l'intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux» (p. 1059). Cela voulait dire que la plupart des bagarres seraient illégales, sans égard au consentement. Seules les bagarres mineures, ou des activités sportives violentes, mais menées selon les règles—qui peuvent avoir une certaine valeur sociale positive—étaient des activités de combat où le consentement serait un moyen de défense efficace contre une accusation de voies de fait. Bien sûr, pour les punitions légitimes et les interventions chirurgicales raisonnables, l'intérêt public n'exigeait pas non plus l'invalidation du consentement. En pareils cas, la règle générale s'applique: pour obtenir une déclaration de culpabilité de voies de fait, le ministère public doit prouver l'absence de consentement. La Cour d'appel anglaise a ajouté que le fait que l'endroit où a lieu la bagarre est public n'est pas déterminant quant à l'effet du consentement. Les batailles privées ne méritent pas plus d'être protégées que les batailles publiques.

i Si elle était déterminante en l'espèce, la jurisprudence anglaise appuierait sans aucun doute l'arrêt de

court below. Here the assault occurred in circumstances which appear very nearly to have amounted to a disturbance of the peace. And there is no question that the punches thrown by Jobidon were intentional applications of force intended to cause the deceased bodily harm. Rodney Haggart's apparent consent would provide no defence to Jobidon in England.

(ii) The Canadian Authorities

We have seen that the statutory definition of assault has always contained a general requirement that the Crown prove absence of consent, and has made reference to some circumstances in which consent would be considered involuntary. But this Court has not previously confronted the precise issue on appeal. Provincial appellate courts on the other hand have dealt with numerous cases of purportedly consensual beatings or fights giving rise to charges of assault (and sometimes manslaughter) though the overwhelming bulk of these have surfaced in recent times. Prior to the 1970s, only one reported decision squarely addressed the issue: *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442 (Man. C.A.), decided a few years after the offence was incorporated in the *Code* of 1892.

Sitting in appeal, the Manitoba Court of Queen's Bench accepted the principle stated in *Coney* that consent to assault should be ineffectual in the context of fist fights where bodily harm is intended. The court held that a blow landed in a fist fight amounted to assault regardless of consent, citing at pp. 446-47 the following passage from *Coney, supra, per* Cave J.:

The true view is . . . that a blow struck in anger, or which is likely or is intended to do corporal hurt, is an assault, but that a blow struck in sport, and not likely, nor intended to cause bodily harm, is not an assault, and that, an assault being a breach of the peace and unlawful, the consent of the person struck is immaterial.

la Cour d'appel. Dans la présente affaire, les voies de fait se sont produites dans des circonstances qui ressemblent fort à un trouble de la paix. De plus, il est certain qu'en assenant les coups, Jobidon a intentionnellement eu recours à la force en vue de causer des lésions corporelles à la victime. Le consentement apparent de Rodney Haggart ne fournirait aucun moyen de défense à Jobidon en Angleterre.

b (ii) La jurisprudence canadienne

Nous avons vu que la définition légale des voies de fait a toujours comporté une exigence générale que le ministère public prouve l'absence de consentement, et qu'il y est fait mention de certains cas où le consentement ne serait pas considéré comme volontaire. Notre Cour n'a jamais été saisie de cette question précise jusqu'à maintenant, mais des cours d'appel provinciales ont examiné de nombreuses affaires d'échanges de coups ou de bagarres auxquels les adversaires avaient apparemment consenti et qui ont donné lieu à des accusations de voies de fait (et parfois d'homicide involontaire). Toutefois la grande majorité de ces affaires sont récentes. Avant les années 70, un seul arrêt publié traite directement de la question: *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442 (C.A. Man.), rendu quelques années après l'inclusion de l'infraction dans le *Code* de 1892.

En appel, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a retenu le principe énoncé dans l'arrêt *Coney*, selon lequel le consentement à des voies de fait est sans effet dans le contexte de bagarres à coups de poing où on a l'intention de causer des lésions corporelles. Citant aux pp. 446 et 447 l'extrait suivant de l'arrêt *Coney*, précité (le juge Cave), la cour a jugé qu'un coup assené pendant une bagarre à coups de poing constitue des voies de fait sans égard au consentement:

[TRADUCTION] Le véritable principe est [...] qu'un coup qui est assené sous l'effet de la colère, ou encore qui risque de causer des blessures corporelles ou est destiné à le faire, constitue des voies de fait, mais qu'un coup porté dans le cadre d'une activité sportive, et qui ne risque pas de causer des lésions corporelles ni n'est destiné à en causer, ne constitue pas des voies de fait, et qu'étant donné que se livrer à des voies de fait, c'est troubler la paix et commettre un acte illégal, le consentement de la personne frappée est sans importance.

The *Coney* principle was reconfirmed, *en passant*, by the Ontario Court of Appeal in *Bradley v. Coleman* (1925), 28 O.W.N. 261, at p. 262, a fist fight case, and in *obiter dicta* in *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1, at p. 9, aff'd [1949] S.C.R. 658, which dealt with unilateral aggression in a rape. But the issue was not again squarely addressed as it had been in *Buchanan* until the 1970s, when the earlier view became seriously disturbed. Provincial courts of appeal began rendering statements which appeared directly to contradict *Buchanan* and the English approach in *Coney* and *Donovan*. Indeed the first appeals either ignored the English jurisprudence completely, or discounted its applicability to the Canadian statutory assault provisions. As for *Buchanan*, it was entirely absent from the courts' deliberations.

In 1972, the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court rendered its decision in *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206, a case in which two boys got in a schoolyard fight that ended when one boy sustained a broken nose from kicks landed by the other. The court simply assumed that consent was an operative defence to a charge of assault under (then) s. 244 of the *Code*—the onus being on the Crown to prove absence of consent beyond a reasonable doubt. However, in strict terms that view was *obiter* because, on the facts, while the injured boy had consented to a “fair fight”, he had not consented to having his “head kicked in”. He had not agreed to having that kind of force inflicted on him, nor had he agreed to that particular form of activity. The court upheld the conviction on that basis, not on the ground that the defence of consent must in all situations be legally effective.

Ontario's appellate court joined New Brunswick's approach in *R. v. Dix, supra*. The court faced a situation partly similar to the one here. A scuffle occurred in a beverage room. The two men went outside the

Le principe énoncé dans l'arrêt *Coney* a de nouveau été confirmé, en passant, par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Bradley v. Coleman* (1925), 28 O.W.N. 261, à la p. 262, une affaire de bagarre à coups de poing, et dans une opinion incidente de l'arrêt *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1, à la p. 9, confirmé par [1949] R.C.S. 658, qui portait sur une agression unilatérale dans un cas de viol. Cependant, la question n'a plus été traitée directement comme elle l'avait été dans l'arrêt *Buchanan*, jusqu'aux années 70 et c'est alors que le point de vue antérieur a été sérieusement mis en doute. Les cours d'appel provinciales ont commencé à faire des déclarations qui paraissaient contredire directement l'arrêt *Buchanan* et le point de vue exprimé en Angleterre dans les affaires *Coney* et *Donovan*. En effet, les premiers appels ne tenaient aucun compte de la jurisprudence anglaise, ou encore la jugeaient inapplicable aux dispositions législatives canadiennes en matière de voies de fait. Quant à l'arrêt *Buchanan*, les tribunaux n'en parlaient même pas.

En 1972, la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a rendu l'arrêt *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206, une affaire de bagarre de cour d'école entre deux garçons dont l'un, en fin de compte, avait cassé le nez de l'autre à coups de pied. La cour a simplement présumé que le consentement constituait un moyen de défense opposable à une accusation de voies de fait portée en vertu de ce qui était alors l'art. 244 du *Code*, le ministère public étant tenu de prouver l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable. Toutefois, à proprement parler, cette opinion était incidente car, selon les faits, le garçon blessé avait consenti à un «combat loyal», mais il n'avait pas consenti à [TRADUCTION] «se faire frapper la tête à coups de pied». Il n'avait pas consenti à ce qu'une telle force soit utilisée contre lui, ni à ce qu'on se livre à ce genre d'activité. La cour a confirmé le verdict de culpabilité pour ce motif, et non pour le motif que le moyen de défense fondé sur le consentement doit dans tous les cas avoir un effet juridique.

La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit au point de vue exprimé au Nouveau-Brunswick dans l'affaire *R. v. Dix*, précitée, concernant une situation en partie semblable à celle qui existe en l'espèce. Une échauf-

premises to fight, with the consequence that the complainant was severely injured. The trial judge convicted the accused of assault causing bodily harm.

The Court of Appeal stated its legal opinion in unequivocal terms, at p. 325:

There is no doubt that the Crown proved that the accused intentionally applied force to his victim, and thereby caused bodily harm to him, but the intentional application of force does not amount to an assault unless the force was applied without the victim's consent. The Judge found that there was consent, in the sense that the two persons involved agreed to fight. The onus then was on the Crown, as it seems to us, to satisfy the Judge that what the appellant did was beyond the scope of the consent that had been given.

The appellate court overturned the conviction on the ground stated by Gale C.J.O., at pp. 325-26, that: "the Crown failed to prove the necessary element of lack of consent to that which was done. The two parties consented to a fight and the fight was had in a normal manner, if I might use that phrase."

R. v. Abraham (1974), 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390 (Que. C.A.), was next in the growing series of decisions in which (then) s. 244 was read to require the Crown to prove absence of consent, this time to a charge of common assault of a man's wife—through punches and kicks to her head and by pulling her hair on a public street. The Quebec Court of Appeal held that the accused had been wrongly precluded from raising consent as a defence to the charge at his trial, notwithstanding that the assault may have constituted a breach of the peace, as *per* Gagnon J.A., at p. 334 C.C.C.:

[TRANSLATION] Section 244 of the *Criminal Code* makes the absence of the victim's consent an essential ingredient of the crime of assault and this ingredient must be established by the prosecution beyond all reasonable doubt. It appears to me that because of this statutory particular, the English case law on this point must

fourée avait éclaté dans un bar. Deux hommes étaient sortis des lieux pour se battre et le plaignant avait été grièvement blessé. Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

La Cour d'appel a exprimé son avis en des termes non équivoques, à la p. 325:

b [TRADUCTION] Sans aucun doute, le ministère public a prouvé que l'accusé avait intentionnellement eu recours à la force contre la victime, et lui avait ainsi causé des lésions corporelles, mais l'utilisation intentionnelle de la force n'équivaut à des voies de fait que si cette force a été utilisée sans le consentement de la victime. Le juge a conclu qu'il y avait eu consentement en ce sens que les deux personnes en cause avaient convenu de se battre. Il incomba alors au ministère public, nous semble-t-il, de convaincre le juge que l'appelant était allé plus loin que ce à quoi son adversaire avait consenti.

La Cour d'appel a infirmé le verdict de culpabilité pour le motif énoncé par le juge en chef Gale, aux pp. 325 et 326: [TRADUCTION] «le ministère public n'a pas prouvé l'élément nécessaire de l'absence de consentement à ce qui a été fait. Les deux parties ont consenti à se battre et elles se sont battues normalement, si je puis employer cette expression.»

g L'arrêt *R. v. Abraham* (1974), 26 C.R.N.S. 390 (C.A. Qué.), a suivi dans cette lignée croissante de jugements interprétant l'art. 244 (alors en vigueur) comme exigeant la preuve par le ministère public de l'absence de consentement, cette fois-ci à une accusation de voies de fait simples subies par une femme qui, en pleine rue, s'était fait tirer les cheveux et rouer de coups de poing et de coups de pied à la tête par son mari. La Cour d'appel du Québec a jugé que c'est à tort qu'on avait empêché l'accusé d'invoquer le consentement comme moyen de défense contre l'accusation pendant son procès, nonobstant le fait que les voies de fait pouvaient avoir constitué une violation de la paix publique (le juge Gagnon, à la p. 392):

j L'article 244 du Code criminel fait de l'absence de consentement de la victime un élément essentiel des offenses de voies de fait et cet élément doit être établi par la poursuite hors de tout doute raisonnable. Il me semble qu'à cause de cette particularité statutaire, la jurisprudence anglaise sur ce point ne peut être reçue

be accepted with caution. . . . Finally, I do not believe that the accused is precluded from pleading consent by the fact that an assault may constitute a breach of the peace.

Having registered this view, the court proceeded to uphold the conviction on the ground that even though the accused should have been permitted to raise the issue, the facts could not support a finding of consent. As in *MacTavish, supra*, in strict terms, the court's statements about the applicability of the defence of consent were *obiter dicta*.

A fourth province added its voice to this developing chorus in *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109. The Saskatchewan Court of Appeal confronted a situation in which a fight had erupted between two men outside the residence in which they had been drinking. As in the case at bar, the fight ended in the death of one of them. The trial judge had relied on *Coney* and *Donovan* to hold that a fight by consenting parties was unlawful assault *per se*, regardless of consent. The Saskatchewan Court of Appeal directly rejected the interpretation after a close examination of the terms of s. 244 of the *Code* and after reviewing and agreeing with the author of *Tremear's Annotated Criminal Code* (6th ed. 1964), who, following an exposition of the English cases, concluded:

It is, however, very doubtful in view of the wording of the Code, whether there can in any circumstances be an assault where the person assaulted has consented, unless that consent has been obtained by fraud.

Finally, drawing on *Dix* and *Abraham*, the court had this to say, at p. 114:

The language defining assault makes it absolutely clear that the proof of lack of consent to the assault is an essential element which must be proved if a conviction is to be found. . . . The instruction that a fight by consent, *per se*, was an unlawful act, was wrong in law.

With this interpretation in hand, the Saskatchewan Court of Appeal allowed Setrum's appeal of the con-

qu'avec circonspection [. . .] Enfin, je ne croirais pas que le fait qu'un assaut puisse constituer une violation de la paix publique empêche l'accusé de plaider consentement.

^a Après avoir exprimé cet avis, la cour a confirmé le verdict de culpabilité pour le motif que, même si l'accusé aurait dû être autorisé à soulever la question, les faits ne permettaient pas de conclure que le consentement avait été donné. Comme dans l'arrêt *MacTavish*, précité, les déclarations de la cour au sujet de l'applicabilité du moyen de défense fondé sur le consentement constituaient, à proprement parler, des opinions incidentes.

^b Une quatrième province s'est jointe à ce consensus grandissant, dans l'arrêt *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109. La Cour d'appel de la Saskatchewan était saisie d'une situation où une bagarre avait eu lieu entre deux hommes en dehors de la résidence où ils venaient de boire. Comme en l'espèce, la bagarre s'est terminée par la mort de l'un des deux adversaires. Le juge du procès s'était appuyé sur les arrêts *Coney* et *Donovan* pour juger qu'une bagarre entre des parties consentantes constituait en soi des voies de fait illégales, sans égard au consentement. La Cour d'appel de la Saskatchewan a directement rejeté cette interprétation après avoir soigneusement examiné le texte de l'art. 244 du *Code* et après avoir examiné et approuvé une observation de l'auteur de *Tremear's Annotated Criminal Code* (6^e éd. 1964) qui, après avoir commenté la jurisprudence anglaise, concluait:

^c ^g [TRADUCTION] Toutefois, compte tenu de la formulation du Code, il est fort douteux qu'il puisse y avoir des cas où des voies de fait sont commises lorsque la victime a consenti à la chose, à moins que ce consentement n'ait été obtenu frauduleusement.

^h Enfin, se fondant sur les arrêts *Dix* et *Abraham*, la cour a dit ceci, à la p. 114:

ⁱ [TRADUCTION] La définition des voies de fait montre très clairement que la preuve de l'absence de consentement est un élément essentiel à établir pour qu'un verdict de culpabilité soit prononcé [. . .] La directive selon laquelle une bagarre entre adversaires consentants est en soi un acte illégal est erronée en droit.

^j Compte tenu de cette interprétation, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel interjeté par

viction for manslaughter, and ordered a new trial. *Setrum* was followed by Creaghan J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench in *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1.

^a Setrum à la suite de sa déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et a ordonné un nouveau procès. L'arrêt *Setrum* a été suivi par le juge Creaghan, de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1.

If the preceding line of authority were singularly determinative of the common law binding this Court, there should be little question about the result called for here. Given the finding of consent by the trial judge, Jobidon would not have committed the offence of assault. But the path is by no means as straight and clear as these cases seem to indicate. Since *Setrum*, certain decisions have in varying degrees pulled away from that bright-line, absolutist approach which more or less ignores the traditional view of consent in fist fight cases. The respondent relies on some of these more recent decisions when claiming that the *MacTavish—Dix—Abraham—Setrum* line should not be followed.

^b Si le courant de jurisprudence précédent établissait d'une manière toute déterminante les règles de common law qui lient notre Cour, il n'y aurait guère d'incertitude quant à la décision à rendre. Étant donné que le juge du procès a conclu à l'existence d'un consentement, Jobidon n'aurait pas commis l'infraction de voies de fait. Cependant, la solution est loin d'être aussi claire et nette que ces arrêts semblent l'indiquer. Depuis l'arrêt *Setrum*, certaines décisions se sont plus ou moins éloignées de cette approche nette et absolue qui écarte ni plus ni moins la conception traditionnelle du consentement dans le cas de bagarres à coups de poing. L'intimée s'appuie sur certaines de ces décisions plus récentes pour soutenir que le courant de jurisprudence *MacTavish, Dix, Abraham* et *Setrum* ne devrait pas être suivi.

While some of the most recent decisions are consistent with that chain of cases, others take due note of the established common law policy to insist that fist fights are special situations which call for some limits on the effectiveness of the element of consent in s. 265. There are of course shades of opinion as to the most appropriate place to draw protective lines in different situations.

^f ^g Quoique certaines des décisions les plus récentes soient compatibles avec cette série d'arrêts, d'autres prennent dûment acte du principe établi de common law pour soutenir que les bagarres à coups de poing sont des cas spéciaux qui exigent l'imposition de certaines limites à l'effet du consentement prévu à l'art. 265. Bien sûr, les opinions diffèrent au sujet des lignes de démarcation qu'il convient de tirer dans différents cas.

Although dealing with homicide and the defence of provocation, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (rev'd on other grounds, [1977] 2 S.C.R. 13), found occasion to rely on both *Coney* and *Donovan* (omitting reference to *R. v. Dix, supra*) to conclude that the mere fact of consent between two persons to administer blows to one another did not of itself make such blows lawful, as per Martin J.A., at p. 230:

ⁱ Quoique traitant d'une affaire d'homicide où la provocation était invoquée en défense, la Cour d'appel de l'Ontario a eu l'occasion, dans l'arrêt *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (infirme pour d'autres motifs, [1977] 2 R.C.S. 13), de s'appuyer sur les arrêts *Coney* et *Donovan* (sans faire mention de l'arrêt *R. v. Dix*, précité) pour conclure que le simple fait que deux personnes consentent à s'assener mutuellement des coups ne suffit pas pour que ces coups soient légaux (le juge Martin, à la p. 230):

Where two persons engage in a fight in anger by mutual consent the blows struck by each constitute an

^j [TRADUCTION] Lorsque deux personnes en colère consentent à se battre, les coups assenés par l'une consti-

assault on the other, unless justifiable in self-defence in accordance with the provisions of the *Code*. . . .

The Supreme Court of the Northwest Territories staked out the same interpretative ground in *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; also in *obiter dicta*. In a case dealing with the s. 244 offence of causing bodily harm with intent to wound (formerly s. 228), the judge held that a man who had intentionally applied force to another while trying to break up a fight was guilty of the included offence of assault causing bodily harm. Marshall J. found occasion to stress, at p. 247, that it was the policy of the law that one cannot validly consent to a touching that is "intended to truly injure". He noted that the law has long discouraged this brand of "self-help" and should instead deter violence and breaches of the peace. (*Contra R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277 (N.W.T.S.C.).)

The Nova Scotia Court of Appeal supported these views in *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511. There the accused and the victim had been armed with knives and fought with them in the victim's house. The complainant sustained serious cuts to his hands. *Inter alia*, the accused was charged with unlawfully using a weapon in committing an assault contrary to (then) s. 245.1 of the *Code*. The accused invoked the consent of the victim as his primary defence. After stating that the *Code* had not negated the applicability of the common law in the assault context, and relying on the trio of English cases, the court distinguished *MacTavish, Dix, Abraham* and *Setrum* on the basis that they dealt with assault charges arising out of fist fights, not the use of dangerous weapons. In coming to its conclusion that the trial judge had erred in instructing the jury that consent was a defence to the charge, and relying heavily on the *Attorney General's Reference, supra*, the Nova Scotia Court of Appeal

tuent des voies de fait sur l'autre, à moins qu'ils ne soient justifiables à titre de légitime défense conformément aux dispositions du *Code*. . . .

a La Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a adopté la même interprétation dans l'arrêt *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; il s'agissait là aussi d'une opinion incidente. Dans une affaire portant sur l'infraction prévue par l'art. 244, soit le fait de causer des lésions corporelles dans l'intention d'infliger des blessures (autrefois l'art. 228), le juge a conclu qu'un homme qui avait intentionnellement eu recours à la force contre une autre personne pendant qu'il essayait de mettre fin à une bagarre était coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge Marshall a profité de l'occasion pour souligner, à la p. 247, qu'il était de principe qu'en droit, une personne ne peut pas valablement consentir à un contact qui est [TRADUCTION] «destiné à causer de véritables blessures». Il a fait remarquer que la loi décourage depuis longtemps ce genre d'«efforts personnels» et devrait plutôt décourager la violence et les violations de la paix publique. (*Contra R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277 (C.S.T.N.-O.).)

b c d e f g h i j La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a appuyé ce point de vue dans l'arrêt *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511. Dans cette affaire, l'accusé et la victime, armés de couteaux, se battaient dans la maison de cette dernière. Le plaignant a subi de graves coupures aux mains. L'inculpé était notamment accusé d'avoir illégalement utilisé une arme en se livrant à des voies de fait, contrairement à l'art. 245.1 (alors en vigueur) du *Code*. L'inculpé a invoqué le consentement de la victime à titre de moyen de défense principal. Après avoir dit que le *Code* n'avait pas nié l'applicabilité de la common law dans le contexte des voies de fait et s'être appuyée sur la trilogie d'arrêts anglais, la cour a fait une distinction d'avec les arrêts *MacTavish, Dix, Abraham* et *Setrum*, fondée sur le fait qu'il y était question d'accusations de voies de fait découlant de bagarres à coups de poing, et non de l'utilisation d'armes dangereuses. En concluant que le juge du procès avait commis une erreur en affirmant, dans ses directives au jury, que le consentement pouvait être opposé comme moyen de défense à l'accusation et en s'appuyant fortement sur l'affaire *Attorney General's Reference*, précitée, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a exposé son

stated its interpretation of the law in direct and open-ended terms, *per Jones J.A.*, at p. 518:

As it is an offence to commit an assault where bodily harm is intended or caused then consent cannot be a defence to using a weapon for the purpose of committing an assault. . . . I cannot agree that a person can consent to the infliction of bodily harm that results in death. [Emphasis added.]

This approach was more broadly applied by the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294. The sole issue in that appeal was whether a participant in a fist fight can give a legally effective consent to the intentional infliction of bodily harm upon himself. After reviewing the relevant jurisprudence, the unanimous court, speaking through Macdonald J.A., concluded that because it was not in the public interest that people should try to cause each other actual bodily harm for no good reason, most fights would be unlawful regardless of consent.

In fairly quick succession, the Alberta Court of Appeal was thrice required to grapple with this issue, first in *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257, then in *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25, and most recently in *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193.

In *R. v. Carriere*, two women engaged in a fist fight in the lobby of a hotel. Stopped briefly, and moved outdoors, the fight was renewed in a parking lot, this time with knives. The victim sustained a stab wound in her abdomen. The accused was charged and convicted of aggravated assault contrary to (then) s. 245.2 of the *Code*. The Court of Appeal upheld that conviction. In delivering the judgment of the court, Laycraft C.J.A. stated unequivocally that the English cases demonstrated a definite rule that a victim's consent provides no defence "where the assault maimed the victim". He noted that Professor Williams, op. cit., at p. 585, has suggested that in modern times the rationale of the rule may be that the victim will likely

interprétation de la loi en des termes directs et non limitatifs (le juge Jones, à la p. 518):

[TRADUCTION] Vu que commet une infraction qui-conque a l'intention de causer des lésions corporelles ou en cause en se livrant à des voies de fait, le consentement ne peut pas être invoqué pour justifier l'utilisation d'une arme dans la perpétration de voies de fait [. . .] Je ne puis accepter qu'une personne puisse consentir à ce que des lésions corporelles qui entraînent sa mort lui soient infligées. [Je souligne.]

Cette méthode a été appliquée de façon plus générale par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294. La seule question en litige dans cet appel était de savoir si la personne qui participe à une bagarre à coups de poing peut donner un consentement ayant effet juridique à ce que des lésions corporelles lui soient intentionnellement infligées. Après avoir examiné la jurisprudence pertinente, le juge Macdonald, au nom de la cour unanime, a conclu que parce qu'il n'était pas dans l'intérêt public que les gens tentent de s'infliger mutuellement de véritables lésions corporelles sans raison valable, la plupart des bagarres seraient illégales, sans égard au consentement.

Dans trois affaires très rapprochées dans le temps, la Cour d'appel de l'Alberta a dû s'attaquer à la question, d'abord dans l'affaire *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257, puis dans l'affaire *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25, et plus récemment dans l'affaire *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193.

Dans l'affaire *R. v. Carriere*, deux femmes s'étaient battues à coups de poing dans le hall d'un hôtel. Après une brève interruption, elles sont sorties à l'extérieur et ont recommencé à se battre dans le stationnement, avec des couteaux cette fois. La victime a reçu un coup de couteau à l'abdomen. L'inculpée a été accusée et reconnue coupable de voies de fait graves, en violation de l'art. 245.2 (alors en vigueur) du *Code*. La Cour d'appel a confirmé cette déclaration de culpabilité. En prononçant le jugement de la cour, le juge en chef Laycraft a affirmé sans équivoque que les arrêts anglais montraient qu'il existait une règle précise selon laquelle le consentement de la victime ne peut pas être invoqué en

become a public charge, contrary to the public interest.

With lesser forms of bodily harm, Laycraft C.J.A. conceded that Canadian authorities reflect a considerable diversity of opinion. So, although he acknowledged that "fists are not insignificant weapons" and that fist fights often end in serious injury or death, he restricted his holding to the narrower issue before the court, concluding, at p. 269:

I have, however, no doubt of the answer which the law must reach in a fight with knives where the charge is under one of the assault sections. One cannot consent to be stabbed. The public policy of the law intervenes to nullify the apparent consent of each of the combatants.

Before completing his judgment, Laycraft C.J.A. commented, in passing, that some cases dealt with under the assault sections of the *Criminal Code* might be better handled by charges of criminal negligence.

In *R. v. Bergner*, heard later the same year, the court was given the chance to decide the issue of fist fights on which it had refrained from commenting in *Carriere*. The accused, Bergner, had been charged with assault causing bodily harm, arising from a fight initiated in a hotel bar and continued outside on the street. Bergner hit the inebriated complainant repeatedly in the stomach and face with his fist, and then kicked the complainant's face and ribs with his boots. The complainant suffered a fractured nose and cheekbone, as well as damage to an optic nerve which left him blind in one eye.

The trial judge held that it was a consensual fist fight and on that basis acquitted Bergner of assault

défense [TRADUCTION] «lorsque les voies de fait ont eu pour effet de mutiler la victime». Il a fait remarquer que le professeur Williams, *op. cit.*, à la p. 585, avait laissé entendre qu'à l'époque contemporaine, le fondement de la règle peut être que la victime est susceptible de tomber à la charge de l'État, contrairement à l'intérêt public.

b Pour ce qui est des lésions corporelles moins graves, le juge en chef Laycraft a reconnu qu'il existe dans la jurisprudence canadienne une grande diversité d'opinions. Ainsi, tout en reconnaissant que [TRADUCTION] «les poings ne sont pas des armes négligeables» et que les bagarres à coups de poing entraînent souvent des blessures graves ou la mort, il a restreint sa décision à la question plus stricte dont la cour avait été saisie et a conclu, à la p. 269:

d [TRADUCTION] Toutefois, je ne doute aucunement de la réponse à laquelle le droit doit arriver dans le cas d'une bataille à coups de couteau où l'accusation est portée en vertu de l'une des dispositions concernant les voies de fait. Une personne ne peut pas consentir à se faire poignarder. La politique générale du droit intervient pour annuler le consentement apparent de chacun des adversaires.

e Avant de conclure, le juge en chef Laycraft a fait remarquer, en passant, que certaines affaires examinées en vertu des dispositions du *Code criminel* en matière de voies de fait seraient mieux traitées au moyen d'accusations de négligence criminelle.

g Dans l'affaire *R. v. Bergner*, entendue plus tard la même année, la cour a eu l'occasion de trancher la question des bagarres à coups de poing qu'elle s'était abstenue de commenter dans l'affaire *Carriere*. L'inculpé Bergner avait été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles à la suite d'une bagarre qui avait commencé dans le bar d'un hôtel et qui s'était poursuivie à l'extérieur, dans la rue. Bergner a frappé le plaignant ivre à maintes reprises à l'estomac et au visage avec son poing, puis il lui a donné des coups de pied au visage et dans les côtes avec ses bottes. Le plaignant a subi une fracture du nez et de l'os jugal et l'endommagement d'un nerf optique l'a rendu borgne.

j Le juge du procès a décidé qu'il s'agissait d'une bagarre à coups de poing entre adversaires consen-

causing bodily harm. Laycraft C.J.A. again noted that in Canada cases of consensual fist fights show considerable variation in both result and rationale. Due to that indeterminacy, Laycraft C.J.A. thought himself obliged to allow policy considerations to decide the issue. In the end, he determined that consent to fist fights should not be nullified on the basis of the tests of "blow[s] struck in anger" (*Buchanan, Squire*) and where "actual bodily harm is intended and/or caused" (*Attorney General's Reference*), even when intentional bodily harm was caused. In his opinion, the extent of such nullification would be overly encompassing—it would invalidate too many consents, in numerous activities, at p. 31:

If anger, or the intention to do corporal hurt or to truly injure or to cause actual bodily harm is to trigger the intervention of public policy and so nullify consent, it is difficult to imagine the case in which there would be no such intervention. School boys in disagreement, with or without boxing-gloves, intend and strive mightily to injury or cause bodily harm; they are certainly angry. Even professional boxers fighting for money may not be able to resist the onset of a certain cholera. The contestants in fights in hockey or football also meet all the criteria. The friendly fight is a rare phenomenon.

... the expressed tests do not, in my respectful opinion, focus on one of the elements which should even more quickly induce the public policy of the law to nullify consent [the fact that in most fist fights challengers are often large, trained bullies, and the genuine consent of the other person is dubious at best].

Having rejected these tests for fist fight cases, Laycraft C.J.A. stated that once consent to a fist fight is truly established, it will preclude conviction for assault. Unlike fights with weapons, it would be too

tants et a déclaré Bergner non coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge en chef Laycraft a, de nouveau, fait remarquer qu'au Canada les jugements rendus dans les affaires de bagarres à coups de poing entre adversaires consentants varient énormément tant sur le plan du résultat que sur celui du raisonnement. Vu cette incertitude, le Juge en chef s'est estimé tenu de trancher l'affaire en se fondant sur des considérations de principe. En fin de compte, il a conclu que le consentement à une bagarre à coups de poing ne devrait pas être invalidé sur la base des critères fondés sur [TRADUCTION] «le coup assené sous l'effet de la colère» (*Buchanan, Squire*) et [TRADUCTION] «l'intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux» (*Attorney General's Reference*), et ce, même lorsque des lésions corporelles sont intentionnellement infligées. À son avis, la portée d'une telle invalidation serait trop générale—car elle toucherait un trop grand nombre de consentements, dans de nombreuses activités (à la p. 31):

[TRADUCTION] Si la colère, ou l'intention d'infliger un mal corporel ou de blesser vraiment ou de causer de véritables lésions corporelles doit faire entrer en jeu l'intérêt public et invalider ainsi le consentement, il est difficile d'imaginer une affaire dans laquelle l'intérêt public ne jouerait pas. Les écoliers qui se disputent, avec ou sans gants de boxe, ont l'intention de s'infliger des blessures ou de se causer des lésions corporelles et s'efforcent rudement de le faire; ils sont certainement en colère. Même les boxeurs professionnels qui se battent pour de l'argent ne sont peut-être pas capables de résister aux manifestations d'une certaine colère. Ceux qui se battent pendant une partie de hockey ou de football satisfont également à tous ces critères. Le combat amical est un phénomène rare.

... à mon avis, les critères énoncés ne mettent pas l'accent sur l'un des éléments qui devraient encore plus rapidement entraîner l'application de la politique générale de la loi de manière à annuler le consentement [le fait que, dans la plupart des bagarres à coups de poing, les adversaires sont souvent de grosses brutes entraînées et le fait que l'adversaire a véritablement donné son consentement est pour le moins douteux].

Après avoir rejeté ces critères dans le cas des bagarres à coups de poing, le juge en chef Laycraft affirme que, dès que le consentement à une bagarre à coups de poing est vraiment prouvé, il empêche une

difficult, and bordering on judicial usurpation of political authority, to formulate a code of tests for nullifying the consent of weaponless fighters based on anger or intent to cause bodily harm. Thus, even though it disagreed with the trial judge's factual finding of consent, the Court of Appeal regretfully dismissed the Crown's appeal. Provincial appellate courts have thrice been asked to interpret the role of consent in assault-based offences after *Bergner*.

declaration de culpabilité de voies de fait. Contrairement aux batailles armées, il serait trop difficile, et cela friserait l'usurpation judiciaire du pouvoir politique, de formuler un code de critères qui permettraient d'invalider le consentement donné par des adversaires non armés et qui seraient fondés sur la colère ou l'intention de causer des lésions corporelles. Bien qu'en désaccord avec la conclusion de fait tirée par le juge du procès au sujet du consentement, la Cour d'appel a ainsi rejeté à regret l'appel interjeté par le ministère public. Après l'affaire *Bergner*, on a demandé à trois reprises aux cours d'appel provinciales d'interpréter le rôle du consentement dans le cas d'une infraction fondée sur des voies de fait.

In *R. v. Loonskin*, *supra*, the Alberta Court of Appeal followed the approach it established in *Bergner*. It held that, while the Crown was required by s. 265 to prove absence of consent to ground a conviction of aggravated assault, on the facts of the case before it where one of the combatants in a fist fight had bitten off part of the other's ear, consent had in fact not been given. Any consent to a fight, in general, was exceeded by the extent and force of the accused's harmful conduct.

Dans l'arrêt *R. v. Loonskin*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a suivi le point de vue qu'elle avait énoncé dans l'affaire *Bergner*. Elle a jugé que, même si l'art. 265 obligeait le ministère public à prouver l'absence de consentement pour justifier une déclaration de culpabilité de voies de fait graves, compte tenu des faits de l'affaire dont elle était saisie, où l'un des adversaires dans une bagarre à coups de poing avait arraché une partie de l'oreille de l'autre en la mordant, le consentement n'avait pas en fait été donné. En général, l'étendue et la force de la conduite préjudiciable de l'accusé allait au delà de tout consentement donné à une bagarre.

The court took the opportunity to emphasize that while a legal defence of consent exists, nevertheless truly consensual fights would be very rare: “[w]here . . . one person attacks and another defends, and even in many cases where a challenge is met by a defence, it is not realistic to speak of a consensual fight” (p. 194). In overturning the acquittal, the Court of Appeal distinguished *Bergner* on the ground that in *Bergner* it was easier to find as a matter of fact that the combatants had consented to fight, because they deliberately moved from one place to another with the express intention of settling their differences by combat; not so in *Loonskin* where the fight had

La cour a profité de l'occasion pour souligner qu'il existe en droit une défense fondée sur le consentement, mais que les bagarres où il y a véritable consentement sont très rares: [TRADUCTION] «[I]orsque une personne attaque et que l'autre se défend, et même dans de nombreux cas où une personne relève un défi en se défendant, il n'est pas réaliste de parler de bagarre entre adversaires consentants» (p. 194). En écartant le verdict de non-culpabilité, la Cour d'appel a fait une distinction à l'égard de l'affaire *Bergner* en affirmant que, dans cette dernière affaire, il était plus facile de tirer la conclusion de fait que les adversaires avaient consenti à se battre, parce qu'ils s'étaient délibérément déplacés d'un endroit à l'autre dans l'intention expresse de régler leur différend par la bagarre; ce n'était pas le cas dans l'affaire *Loonskin* où la bagarre avait éclaté plutôt spontanément et

erupted rather spontaneously and without agreement that bites would be involved.

Having not faced this issue of consent since its decision in *Setrum, supra*, the Saskatchewan Court of Appeal returned to it in *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480, apparently with a very different mind set. *Cey* involved a charge of assault causing severe bodily harm under s. 245.1 of the *Code* for injuries sustained in a hockey game when the accused stick-checked the complainant in the neck and face. The complainant suffered injuries to his head and was found to have sustained a concussion and a whiplash, keeping him hospitalized for three days. The trial judge found that the accused had not intended to injure the complainant, nor had he intended to apply any greater force to the victim than was customary in the game. Since the complainant had continued to play the game after he received the injuries, the trial judge held that that willingness amounted to an implied consent to the bodily contact which had occurred, and used that finding as a basis for acquitting the accused. The Crown appealed on the partial ground that the trial judge had misdirected himself on the issue of consent.

Without referring to *Setrum*, the majority in *Cey* came to its conclusion by relying on *Attorney General's Reference, supra*, and on the Ontario Court of Appeal's decision in the case at bar; both cases having been decided subsequent to its earlier decision in *Setrum*. To that extent, the reasoning in *Cey* is as much at stake in this appeal as that of the Ontario Court of Appeal below. The Saskatchewan Court of Appeal held that, although consent to the application of force may be implied, and may thereby constitute a valid and effective consent, nonetheless its effective scope is limited, not only by circumstance, but also by the law, at pp. 492-93:

The trial judge, if he found either express or implied consent, was in my view required to consider whether the nature of the act was such that the victim could in

sans que les parties conviennent que des morsures seraient infligées.

N'ayant pas été saisie de la question du consentement depuis qu'elle avait rendu sa décision dans l'affaire *Setrum*, précitée, la Cour d'appel de la Saskatchewan y est revenue dans l'arrêt *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480, apparemment dans un état d'esprit fort différent. Il s'agissait d'une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles graves qui avait été portée en vertu de l'art. 245.1 du *Code* et qui découlait de blessures infligées au cours d'une partie de hockey, quand l'accusé avait frappé le plaignant au cou et au visage avec son bâton. Le plaignant a été blessé à la tête et on a constaté qu'il avait subi une commotion et une entorse cervicale, pour lesquelles il a été hospitalisé pendant trois jours. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas eu l'intention de blesser le plaignant, pas plus qu'il n'avait eu l'intention d'utiliser contre la victime une force plus grande que celle qui est habituellement utilisée dans les parties de hockey. Le juge du procès a conclu que, puisque le plaignant avait continué à jouer après avoir été blessé, celui-ci avait implicitement consenti aux contacts physiques qui avaient eu lieu; il s'est fondé sur cette conclusion pour acquitter l'accusé. Le ministère public a interjeté appel pour le motif, notamment, que le juge du procès s'était mal instruit du droit sur la question du consentement.

Sans mentionner l'affaire *Setrum*, la cour à la majorité, dans l'affaire *Cey*, est arrivée à sa conclusion en s'appuyant sur l'affaire *Attorney General's Reference*, précitée, et sur l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario; ces deux affaires ont été tranchées postérieurement à son jugement dans l'affaire *Setrum*. Dans cette mesure, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Cey* est ici tout autant en jeu que celui qui a été adopté par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. La Cour d'appel de la Saskatchewan a jugé que, même si le consentement au recours à la force peut être implicite et peut donc constituer un consentement valide et efficace, son effet est néanmoins restreint, non seulement en fait, mais également en droit (aux pp. 492 et 493):

[TRADUCTION] S'il conclut à l'existence d'un consentement exprès ou implicite, le juge du procès est, à mon avis, tenu de se demander si la nature de l'acte était telle

law consent to it. I am in agreement with the analysis of the term "assault" and the limits for a victim to consent thereto in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Jobidon*. . . .

While the *Jobidon* case dealt with a consensual fight outside a bar and while the English reference case referred to activity outside of sport, I see no reason in principle why the consent, express or implied, to assault in the context of a sporting event should not be considered similarly. That is in sporting events as well the mere fact that a type of assault occurs with some frequency does not necessarily mean that it is not of such a severe nature that consent thereto is precluded. In a sport such as hockey, however, I believe the test may be more limited than in the *Attorney-General's Reference* case—that is, I think the alternate reference to "caused" to be inappropriate where actions to which there is implied consent may in extraordinary circumstances cause harm. [Emphasis added.]

Since the trial judge had not directed himself to the nature of the act impliedly consented to, the acquittal was set aside.

(d) Summary of the Common Law

(i) *The English Position*

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.

que la victime pouvait y consentir en droit. Je souscris à l'analyse de l'expression «voies de fait» et des limites du consentement que peut donner la victime, que la Cour d'appel d'Ontario a faite dans l'affaire *R. v. Jobidon* . . .

L'affaire *Jobidon* portait sur une bagarre entre adversaires consentants survenue à l'extérieur d'un bar, et le renvoi anglais portait sur une activité non liée à la pratique d'un sport, mais je ne vois pas pourquoi en principe le consentement, exprès ou implicite, à des voies de fait dans le contexte d'une activité sportive ne devrait pas être considéré de la même manière. C'est-à-dire, dans les activités sportives également, le simple fait qu'un genre de voies de fait se produit assez souvent ne veut pas nécessairement dire qu'il n'est pas d'une nature assez grave pour empêcher une personne d'y consentir. Toutefois, dans un sport comme le hockey, je crois que le critère peut être plus restreint que dans l'affaire *Attorney-General's Reference*—c'est-à-dire qu'à mon avis, il ne convient pas de retenir comme alternative distincte les lésions corporelles causées mais non voulues lorsque les actions à l'égard desquelles un consentement implicite a été donné peuvent exceptionnellement causer un préjudice. [Je souligne.]

Étant donné que le juge du procès n'avait pas examiné la nature de l'acte à l'égard duquel un consentement implicite avait été donné, le verdict de non-culpabilité a été annulé.

d) Résumé de la common law

(i) *La position anglaise*

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.

(ii) *The Canadian Position*

The preceding analysis reveals division in the Canadian jurisprudence. Decisions by courts of appeal in Manitoba, Ontario, Nova Scotia and (lately) Saskatchewan would nullify consent to intentionally inflicted bodily harm arising from a fist fight. Their approach is contained, respectively, in *Buchanan* (1898), *Cullen* (1948), *Squire* (1975), *Jobidon* (1988), *Gur* (1986), *McIntosh* (1991), and *Cey* (1989). (There is of course general support for the idea of policy-based nullification in the Alberta Court of Appeal; witness the language of Laycraft C.J.A. in *R. v. Carriere*, *supra*.)

On the other side are decisions of appellate courts in New Brunswick (*MacTavish* (1972)), Quebec (*Abraham* (1974)), Saskatchewan (*Setrum* (1976)), and Alberta (*Bergner* (1987) and *Loonskin* (1990)).

Although there is certainly no crystal-clear position in the modern Canadian common law, still, when one takes into account the combined English and Canadian jurisprudence, when one keeps sight of the common law's centuries-old persistence to limit the legal effectiveness of consent to a fist fight, and when one understands that s. 265 has always incorporated that persistence, the scale tips rather heavily against the validity of a person's consent to the infliction of bodily injury in a fight.

The thrust of the English common law is particularly important in this regard because it has been consistent for many decades, indeed, centuries. It became an integral component of the Canadian common law and has remained so to this day. Many of the seemingly pivotal pro-consent decisions made by courts in the 1970s were either *obiter* or were pronounced upon insufficient consideration of the important role of the traditional common law. Moreover they were decided prior to the decision in *Attorney General's Reference* (1981), which offered a very authoritative pronouncement of the common law position. The sig-

(ii) *La position canadienne*

L'examen qui précède révèle la division qui existe au sein de la jurisprudence canadienne. Des décisions rendues par les cours d'appel du Manitoba, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et (dernièrement) de la Saskatchewan invalideraient le consentement à des lésions corporelles intentionnellement infligées dans le cadre d'une bagarre à coups de poing. Ce point de vue est respectivement exprimé dans les arrêts *Buchanan* (1898), *Cullen* (1948), *Squire* (1975), *Jobidon* (1988), *Gur* (1986), *McIntosh* (1991) et *Cey* (1989). (Bien sûr, l'idée de l'invalidation fondée sur des raisons de principe est généralement appuyée en Cour d'appel de l'Alberta, comme en font foi les propos du juge en chef Laycraft dans l'arrêt *R. v. Carriere*, précité.)

En sens contraire, il y a les arrêts des cours d'appel du Nouveau-Brunswick (*MacTavish* (1972)), du Québec (*Abraham* (1974)), de la Saskatchewan (*Setrum* (1976)) et de l'Alberta (*Bergner* (1987)) et *Loonskin* (1990).

Quoiqu'il n'existe certainement pas de position claire, nette et précise dans la common law canadienne contemporaine, il reste que, si on prend en considération la jurisprudence tant anglaise que canadienne, si l'on songe que, pendant des siècles, la common law a persisté à limiter l'effet juridique du consentement dans le cas d'une bagarre à coups de poing et si l'on comprend que l'art. 265 a toujours fait état de cette persistance, la balance penche plutôt fortement contre la validité du consentement à se faire infliger des lésions corporelles au cours d'une bagarre.

L'influence de la common law anglaise est particulièrement importante à cet égard étant donné qu'elle est uniforme depuis de nombreuses décennies, voire depuis des siècles. Elle a été intégrée à la common law canadienne et en fait encore partie aujourd'hui. Un grand nombre des décisions judiciaires apparemment cruciales rendues pendant les années 70 en faveur du consentement étaient des opinions incidentes ou ont été prononcées sans qu'il soit suffisamment tenu compte du rôle important de la common law traditionnelle. De plus, elles ont été rendues antérieurement à l'affaire *Attorney General's Reference*

nificance of that decision is perhaps best indicated in the instant appeal, for it provided the basis used by the Ontario Court of Appeal to overrule its decision in *R. v. Dix, supra*. The *Attorney General's Reference* case was again observed to be pivotal in the recent decision of the Appeal Court in Saskatchewan, in *R. v. Cey*. In light of these many considerations, I am of the view that the Canadian position is not as opaque or bifurcated as one might initially think.

Notwithstanding this conclusion, given the residual indeterminacy which admittedly lingers in the recent Canadian cases, it is useful to canvass policy considerations which exert a strong influence in this appeal, for they rather decisively support the respondent, bringing down the scales even more surely in support of the decision in the court below.

(e) Policy Considerations

Foremost among the policy considerations supporting the Crown is the social uselessness of fist fights. As the English Court of Appeal noted in the *Attorney General's Reference*, it is not in the public interest that adults should willingly cause harm to one another without a good reason. There is precious little utility in fist fights or street brawls. These events are motivated by unchecked passion. They so often result in serious injury to the participants. Here it resulted in a tragic death to a young man on his wedding day.

There was a time when pugilism was sheltered by the notion of "chivalry". Duelling was an activity not only condoned, but required by honour. Those days are fortunately long past. Our social norms no longer correlate strength of character with prowess at fist-cuffs. Indeed when we pride ourselves for making positive ethical and social strides, it tends to be on the basis of our developing reason. This is particularly true of the law, where reason is cast in a privileged light. Erasing longstanding limits on consent to

(1981), dans laquelle figure un énoncé de grande autorité quant à la position de la common law. L'importance de cet arrêt est peut-être plus manifeste en l'espèce, car c'est sur lui que s'est fondée la Cour d'appel de l'Ontario lorsqu'elle a renversé sa décision rendue dans l'affaire *R. v. Dix*, précitée. Dans son arrêt récent *R. v. Cey*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a de nouveau fait observer que l'affaire *Attorney General's Reference* a une importance cruciale. Compte tenu de ces nombreuses considérations, je suis d'avis que la position canadienne n'est pas aussi obscure ou aussi divisée qu'on pourrait le croire au premier abord.

Malgré cette conclusion, étant donné l'incertitude qui persiste dans la jurisprudence canadienne récente, il est utile d'examiner les considérations de principe qui exercent une profonde influence en l'espèce, car elles appuient d'une manière plutôt décisive la position de l'intimée et font pencher la balance encore plus nettement du côté de l'arrêt de la Cour d'appel.

e) Considérations de principe

Parmi les considérations de principe qui appuient la position du ministère public, il y a avant tout l'inutilité des bagarres à coups de poing, sur le plan social. Comme la Cour d'appel anglaise l'a fait remarquer dans l'affaire *Attorney General's Reference*, il n'est pas dans l'intérêt public que des adultes se blessent mutuellement, et ce, volontairement et sans raison valable. Les bagarres à coups de poing et les batailles de rues sont fort peu utiles. Elles sont motivées par des passions immodérées. Les participants sont souvent grièvement blessés. Ici, la bagarre a abouti à la mort tragique d'un jeune homme le jour de son mariage.

À une certaine époque, le pugilat était protégé par la notion de «chevalerie». Les duels étaient non seulement tolérés, mais également requis par l'honneur. Heureusement, ces jours sont depuis longtemps passés. Nos normes sociales n'associent plus force de caractère et prouesses dans les bagarres au poing. En fait, lorsque nous nous enorgueillissons du progrès réalisé sur les plans moral et social, nous tendons à le fonder sur l'évolution de la raison. C'est particulièrement vrai dans le domaine juridique, où la raison se

assault would be a regressive step, one which would retard the advance of civilised norms of conduct.

Quite apart from the valueless nature of fist fights from the combatants' perspective, it should also be recognized that consensual fights may sometimes lead to larger brawls and to serious breaches of the public peace. In the instant case, this tendency was openly observable. At the prospect of a fight between Jobidon and the deceased, in a truly macabre fashion many patrons of the hotel deliberately moved to the parking lot to witness the gruesome event. That scene easily could have erupted in more widespread aggression between allies of the respective combatants. Indeed it happened that the brothers of Jobidon and Haggart also took to each other with their fists.

Given the spontaneous, often drunken nature of many fist fights, I would not wish to push a deterrence rationale too far. Nonetheless, it seems reasonable to think that, in some cases, common law limitations on consent might serve some degree of deterrence to these sorts of activities.

Related to a deterrence rationale is the possibility that, by permitting a person to consent to force inflicted by the hand of another, in rare cases the latter may find he derives some form of pleasure from the activity, especially if he is doing so on a regular basis. It is perhaps not inconceivable that this kind of perversion could arise in a domestic or marital setting where one or more of the family members are of frail or unstable mental health. As one criminal law theorist has written:

... the self-destructive individual who induces another person to kill or to mutilate him implicates the latter in the violation of a significant social taboo. The person carrying out the killing or the mutilation crosses the threshold into a realm of conduct that, the second time, might be more easily carried out. And the second time, it might not be particularly significant whether the victim consents or not. Similarly, if someone is encouraged to inflict a sado-masochistic beating on a consenting

voit attribuer une place privilégiée. Supprimer les limites établies depuis longtemps à l'égard du consentement à des voies de fait serait régresser et donc retarder la progression des normes civilisées de conduite.

Indépendamment du fait que les bagarres à coups de poing n'ont aucune valeur pour les adversaires, il faut également reconnaître que les bagarres entre b adversaires consentants peuvent parfois entraîner des rixes générales ou d'autres troubles graves à la paix publique. En l'espèce, cette tendance est tout à fait évidente. À la perspective d'une bagarre entre Jobidon et la victime, de nombreux clients de l'hôtel se sont délibérément rendus au stationnement, d'une façon vraiment macabre, pour être témoins de l'horrible événement. La chose aurait facilement pu dégénérer en une bagarre généralisée entre les alliés des d adversaires respectifs. De fait, les frères de Jobidon et de Haggart se sont également battus à coups de poing.

Compte tenu de la nature spontanée de nombreuses bagarres à coups de poing, souvent attribuables à l'alcool, je ne voudrais pas trop insister sur l'argument e de la dissuasion. Néanmoins, il semble raisonnable de croire que, dans certains cas, les limites imposées au consentement en common law pourraient dans une f certaine mesure décourager ce genre d'activités.

Est également liée à l'argument de la dissuasion la g possibilité qu'en autorisant une personne à consentir à ce qu'une autre personne utilise la force contre elle, cette dernière, dans de rares cas, éprouve un certain plaisir à se livrer à cette activité, surtout si elle le fait régulièrement. Il n'est peut-être pas inconcevable que ce genre de perversion puisse se manifester dans le h cadre d'un ménage où l'état mental d'au moins l'un des membres de la famille est fragile ou instable. Comme un criminologue l'a dit:

[TRADUCTION] ... l'individu autodestructeur qui incite i une autre personne à le tuer ou à le mutiler implique cette dernière dans la violation d'un tabou social important. La personne qui se charge de le tuer ou de le mutiler franchit un seuil qui, la seconde fois, pourrait être plus facile à franchir. Et la seconde fois, il ne serait peut-être pas particulièrement important que la victime j consente ou non. De même, si quelqu'un est encouragé à battre une victime consentante dans le cadre d'une

victim, the experience of inflicting the beating might loosen the actor's inhibitions against sadism in general.

(G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at pp. 770-71.)

Of course this appeal does not concern sadism or intentional killing. But it comes close to mutilation. In any event, the weight of the argument could hold true for fights. If aggressive individuals are legally permitted to get into consensual fist fights, and they take advantage of that license from time to time, it may come to pass that they eventually lose all understanding that that activity is the subject of a powerful social taboo. They may too readily find their fists raised against a person whose consent they forgot to ascertain with full certitude. It is preferable that these sorts of omissions be strongly discouraged.

Wholly apart from deterrence, it is most unseemly from a moral point of view that the law would countenance, much less provide a backhanded sanction to the sort of interaction displayed by the facts of this appeal. The sanctity of the human body should militate against the validity of consent to bodily harm inflicted in a fight.

Some would say the offence of assault should not be concerned with these considerations. They might argue that in respect of street fights, deterrence and express disapprobation of the law is already contained in other provisions of the *Criminal Code*. For instance, Parliament has seen fit to prohibit "prize-fighting", on penalty of criminal sanction, in s. 83.

However, while it is true that s. 83 prohibits prize-fighting, it is unlikely that section would apply to the situation giving rise to this appeal, nor to the wide range of cases which arise in like fashion. The definition of prize-fighting is:

83. . . .

(2) . . . an encounter or fight with fists or hands between two persons who have met for that purpose by previous arrangement made by or for them, but a boxing

relation sadomasochiste, l'expérience pourrait amoindrir les inhibitions de l'auteur de l'acte par rapport au sadisme en général.

(G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), aux pp. 770 et 771.)

Bien sûr, il n'est pas ici question de sadisme ni d'homicide intentionnel. Cependant, l'affaire se rapproche des cas de mutilation. Quoi qu'il en soit, cet argument pourrait s'appliquer aux bagarres. Si des individus agressifs consentants sont légalement autorisés à se battre à coups de poing, et qu'ils profitent parfois de cette permission, ils pourraient en arriver à ne plus comprendre que cette activité est l'objet d'un tabou social puissant. Ils peuvent avoir trop facilement recours à leurs poings, en oubliant de s'assurer pleinement que l'adversaire a consenti à la chose. Il est préférable que les omissions de ce genre soient fortement découragées.

Tout à fait indépendamment de la dissuasion, il ne convient certes pas, au point de vue moral, que la loi tolère, et encore moins sanctionne indirectement, le genre d'interaction ici en cause. Le caractère sacré du corps humain milite contre la validité du consentement à se voir infliger des lésions corporelles dans une bagarre.

Certains diraient que ces considérations ne devraient pas entrer en ligne de compte en ce qui concerne l'infraction de voies de fait. Ils pourraient faire valoir que, dans le cas des batailles de rues, la dissuasion et la désapprobation expresse de la loi se manifestent déjà ailleurs dans le *Code criminel*. Ainsi, le législateur a jugé bon, à l'art. 83, d'interdire les «combats concertés», sous peine de sanction pénale.

Toutefois, bien qu'il soit vrai que l'art. 83 interdit les combats concertés, il est peu probable que cette disposition s'applique au cas à l'origine du présent pourvoi, ou à la gamme étendue des cas qui surviennent de façon similaire. Le combat concerté est ainsi défini:

83. . . .

(2) . . . un match ou combat, avec les poings ou les mains, entre deux personnes qui se sont rencontrées à cette fin par arrangement préalable conclu par elles, ou

contest between amateur sportsmen . . . shall be deemed not to be a prize fight. [Emphasis added.]

Since it is a condition of this offence that the fight be arranged previously, it is questionable whether the facts of this case would warrant a conviction on that basis. Although the trial judge found that the parties agreed to continue their fight outside the hotel, nonetheless it was essentially a spontaneous, *ad hoc* event. (In any event, this issue has not been raised in this appeal.)

The policy preference that people not be able to consent to intentionally inflicted harms is heard not only in the register of our common law. The *Criminal Code* also contains many examples of this propensity. As noted above, s. 14 of the *Code* vitiates the legal effectiveness of a person's consent to have death inflicted on him under any circumstances. The same policy appears to underlie ss. 150.1, 159 and 286 in respect of younger people, in the contexts of sexual offences, anal intercourse, and abduction, respectively. All this is to say that the notion of policy-based limits on the effectiveness of consent to some level of inflicted harms is not foreign. Parliament as well as the courts have been mindful of the need for such limits. Autonomy is not the only value which our law seeks to protect.

Some may see limiting the freedom of an adult to consent to applications of force in a fist fight as unduly paternalistic; a violation of individual self-rule. Yet while that view may commend itself to some, those persons cannot reasonably claim that the law does not know such limitations. All criminal law is "paternalistic" to some degree—top-down guidance is inherent in any prohibitive rule. That the common law has developed a strong resistance to recognizing the validity of consent to intentional applications of force in fist fights and brawls is merely one instance of the criminal law's concern

pour elles; cependant, n'est pas réputé combat concerté un match de boxe entre des sportifs amateurs . . . [Je souligne.]

Étant donné qu'une des conditions de l'infraction est que le combat doit avoir fait l'objet d'un arrangement préalable, on peut se demander si les faits de la présente espèce justifieraient une déclaration de culpabilité pour ce motif. Le juge du procès a conclu que les parties avaient convenu de continuer à se battre à l'extérieur de l'hôtel, mais il s'agissait néanmoins d'un événement spontané et improvisé. (Quoi qu'il en soit, cette question n'a pas été soulevée dans le présent pourvoi.)

Le principe selon lequel les gens ne devraient pas être en mesure de consentir à ce que des lésions leur soient intentionnellement infligées ne fait pas uniquement partie de la common law. Le *Code criminel* en contient également de nombreux exemples. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, l'art. 14 du *Code* infirme l'effet juridique du consentement d'une personne à se voir infliger la mort, et ce, quelles que soient les circonstances. Le même principe paraît sous-tendre les art. 150.1, 159 et 286 en ce qui concerne les jeunes gens, dans le contexte des infractions sexuelles, de la sodomie et du rapt respectivement. Tout cela pour dire que la notion de limites de principe quant à l'efficacité d'un consentement à se faire infliger quelque lésion n'est pas une notion étrangère. Le législateur et les tribunaux ont été conscients du besoin de pareilles limites. L'autonomie n'est pas la seule valeur que notre droit cherche à protéger.

Certains peuvent percevoir comme trop paterneliste, comme une violation de l'autonomie personnelle, la restriction de la liberté d'un adulte à consentir à ce que la force soit utilisée au cours d'une bagarre à coups de poing. Pourtant, ceux qui préconisent ce point de vue ne sauraient raisonnablement affirmer que la loi ne connaît pas pareilles limitations. Tout le droit criminel est, dans une certaine mesure, «paternaliste»; toute règle prohibitive comporte en soi l'exercice d'une autorité supérieure. Le fait que la common law en soit venue à hésiter fortement à reconnaître la validité du consentement à l'utilisation intentionnelle de la force dans les rixes et dans les bagarres à coups de poing traduit simple-

that Canadian citizens treat each other humanely and with respect.

Finally, it must not be thought that by giving the green light to the common law, and a red light to consent to fights, this Court is thereby negating the role of consent in all situations or activities in which people willingly expose themselves to intentionally applied force. No such sweeping conclusion is entailed. The determination being made is much narrower in scope.

(f) Conclusion

How, and to what extent is consent limited?

The law's willingness to vitiate consent on policy grounds is significantly limited. Common law cases restrict the extent to which consent may be nullified; as do the relevant policy considerations. The unique situation under examination in this case, a weaponless fist fight between two adults, provides another important boundary.

The limitation demanded by s. 265 as it applies to the circumstances of this appeal is one which vitiates consent between adults intentionally to apply force causing serious hurt or non-trivial bodily harm to each other in the course of a fist fight or brawl. (This test entails that a minor's apparent consent to an adult's intentional application of force in a fight would also be negated.) This is the extent of the limit which the common law requires in the factual circumstances of this appeal. It may be that further limitations will be found to apply in other circumstances. But such limits, if any, are better developed on a case by case basis, so that the unique features of the situation may exert a rational influence on the extent of the limit and on the justification for it.

Stated in this way, the policy of the common law will not affect the validity or effectiveness of freely given consent to participate in rough sporting activities, so long as the intentional applications of force to which one consents are within the customary norms

ment le souci du droit criminel que les citoyens canadiens se traitent entre eux humainement et avec respect.

Enfin, il ne faut pas penser qu'en donnant le feu vert à la common law, et le feu rouge au consentement à se battre, notre Cour nie ainsi le rôle du consentement dans toutes les situations ou activités où les gens s'exposent de leur plein gré à ce que la force soit intentionnellement utilisée. On ne saurait tirer une conclusion si générale. La décision a une portée beaucoup plus restreinte.

f) Conclusion

Comment et dans quelle mesure le consentement est-il limité?

La volonté en droit d'écartier le consentement pour des raisons de principe est fort limitée. La jurisprudence de common law en restreint les circonstances; il en est de même des considérations de principe pertinentes. La situation unique ici à l'étude, soit une bagarre non armée à coups de poing entre deux adultes, fournit une autre limite importante.

La limite que requiert l'application de l'art. 265 aux faits de l'espèce, est l'annulation du consentement entre adultes à l'utilisation intentionnelle de la force pour s'infliger mutuellement des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles au cours d'une rixe ou d'une bagarre à coups de poing. (Ce critère signifie que le consentement apparent d'un mineur à ce qu'un adulte ait intentionnellement recours à la force dans une bagarre serait également invalidé.) Telle est l'étendue de la limite prescrite par la common law en l'espèce. Il se peut qu'il soit jugé, dans d'autres cas, que des limites supplémentaires s'appliquent. Cependant, il est préférable de fixer ces limites, s'il en est, dans chaque cas de sorte que les caractéristiques particulières de l'affaire puissent exercer une influence rationnelle sur l'étendue de la limite et sur sa justification.

Énoncé de cette façon, le principe de common law n'influera pas sur la validité ou sur l'effet du consentement donné librement par une personne à participer à des activités sportives violentes, dans la mesure où l'utilisation intentionnelle de la force à laquelle elle

and rules of the game. Unlike fist fights, sporting activities and games usually have a significant social value; they are worthwhile. In this regard the holding of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Cey, supra*, is apposite.

The court's majority determined that some forms of intentionally applied force will clearly fall within the scope of the rules of the game, and will therefore readily ground a finding of implied consent, to which effect should be given. On the other hand, very violent forms of force which clearly extend beyond the ordinary norms of conduct will not be recognized as legitimate conduct to which one can validly consent.

There is also nothing in the preceding formulation which would prevent a person from consenting to medical treatment or appropriate surgical interventions. Nor, for example, would it necessarily nullify consent between stuntmen who agree in advance to perform risky sparring or daredevil activities in the creation of a socially valuable cultural product. A charge of assault would be barred if the Crown failed to prove absence of consent in these situations, in so far as the activities have a positive social value and the intent of the actors is to produce a social benefit for the good of the people involved, and often for a wider group of people as well. This is a far cry from the situation presented in this appeal, where Jobidon's sole objective was to strike the deceased as hard as he physically could, until his opponent either gave up or retreated. Fist fights are worlds apart from these other forms of conduct.

Finally, the preceding formulation avoids nullification of consent to intentional applications of force which cause only minor hurt or trivial bodily harm. The bodily harm contemplated by the test is essentially equivalent to that contemplated by the definition found in s. 267(2) of the *Code*, dealing with the offence of assault causing bodily harm. The section defines bodily harm as "any hurt or injury to the complainant that interferes with the health or comfort

consent respecte les normes et les règles habituelles du jeu. Contrairement aux bagarres à coups de poing, les activités sportives et les jeux ont habituellement une valeur sociale importante; ils sont utiles. À cet égard, l'arrêt *R. v. Cey*, précité, de la Cour d'appel de la Saskatchewan est pertinent.

La cour à la majorité a décidé que certains genres de force intentionnelle sont clairement visés par les règles du jeu, de sorte qu'il est facile de conclure à l'existence d'un consentement implicite auquel il faut donner effet. Par ailleurs, des actes très violents qui dépassent clairement les normes ordinaires de conduite ne seront pas reconnus comme une conduite légitime à laquelle il est validement possible de consentir.

Il n'y a rien dans l'énoncé qui précède qui empêcherait une personne de consentir à un traitement médical ou à des interventions chirurgicales appropriées. Il n'invaliderait pas nécessairement non plus le consentement entre des cascadeurs qui acceptent d'avance de se livrer à des combats de boxe ou des acrobaties dangereuses pour créer un produit culturel socialement valable. Une accusation de voies de fait échouerait si le ministère public n'arrivait pas à prouver l'absence de consentement en pareil cas, dans la mesure où ces activités ont une valeur sociale positive et où les acteurs ont l'intention de produire un avantage social pour le bien des personnes en cause, et souvent pour un groupe plus étendu également. Cela ne ressemble absolument pas à la situation ici en cause, où Jobidon cherchait uniquement à frapper la victime aussi fort qu'il pouvait physiquement le faire, jusqu'à ce que cette dernière abandonne la partie ou batte en retraite. Les bagarres à coups de poing sont loin de ressembler à ces autres formes de conduite.

Enfin, l'énoncé qui précède évite l'invalidation du consentement au recours intentionnel à la force causant seulement de légères blessures ou des lésions corporelles mineures. Les lésions corporelles visées par le critère sont essentiellement équivalentes à celles envisagées par la définition figurant au par. 267(2) du *Code*, concernant l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles. En vertu de cette disposition, l'expression «lésions corporelles»

of the complainant and that is more than merely transient or trifling in nature".

On this definition, combined with the fact that the test is restricted to cases involving adults, the phenomenon of the "ordinary" schoolyard scuffle, where boys or girls immaturely seek to resolve differences with their hands, will not come within the scope of the limitation. That has never been the policy of the law and I do not intend to disrupt the status quo. However, I would leave open the question as to whether boys or girls under the age of 18 who truly intend to harm one another, and ultimately cause more than trivial bodily harm, would be afforded the protection of a defence of consent. (As was the accused in *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544 (Ont. C.A.), in which a boy was charged with manslaughter, via assault, for pushing another boy down a flight of stairs thereby causing the boy's death. The trial judge held that the deceased boy had impliedly consented to rough-housing on the stairs as they descended.) The appropriate result will undoubtedly depend on the peculiar circumstances of each case.

d désigne «une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance».

Selon cette définition, et compte tenu du fait que le critère s'applique uniquement aux cas dans lesquels des adultes sont en cause, le phénomène de la bousculade «ordinaire» dans une cour d'école, où garçons ou filles cherchent, par manque de maturité, à régler leurs différends avec leurs mains, ne sera pas visé par cette limite. Cela n'a jamais été la politique de la loi et je n'ai pas l'intention de modifier le statu quo. Toutefois, je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si les garçons ou les filles âgés de moins de 18 ans qui ont vraiment l'intention de se blesser mutuellement, et qui se causent en fin de compte plus que des lésions corporelles mineures, pourraient invoquer le consentement comme moyen de défense. (Comme ce fut le cas pour l'accusé dans l'affaire *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544 (C.A. Ont.), où un garçon avait été accusé d'homicide involontaire coupable, par suite de voies de fait, pour avoir poussé un autre garçon en bas d'un escalier et avoir causé sa mort. Le juge du procès a déclaré que la victime avait implicitement consenti à se bagarrer dans l'escalier pendant qu'ils descendaient.) Le résultat approprié dépendra sans aucun doute des circonstances propres à chaque affaire.

f It is now possible to move away from the issue of consent. But before summarizing the result of this appeal, it may be instructive briefly to address the possibility that criminal negligence could serve as an alternative unlawful act on which the charge of manslaughter could be grounded.

4. Alternative Grounds for Conviction of Manslaughter

ter

(a) Comparing Assault and Criminal Negligence

Since the trial judge found that the appellant was not criminally negligent, the point was not addressed in the court below, and the appellant has not raised the issue of criminal negligence on appeal, it is not strictly necessary to analyze criminal negligence in this appeal. Nevertheless it may be instructive to do

Il est maintenant possible de laisser de côté la question du consentement. Cependant, avant de résumer le résultat de ce pourvoi, il peut être intéressant de parler brièvement de la possibilité que la négligence criminelle puisse servir d'acte illégal subsidiaire sur lequel l'accusation d'homicide involontaire coupable pourrait être fondée.

4. Motifs subsidiaires de déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable

a) Comparaison entre les voies de fait et la négligence criminelle

Étant donné que le juge du procès a conclu que l'appelant n'était pas coupable de négligence criminelle, que la Cour d'appel n'a pas examiné la question et que l'appelant ne l'a pas soulevée non plus dans le présent pourvoi, il n'est pas strictement nécessaire d'analyser ici la négligence criminelle.

so, to provide a more comprehensive understanding of the offence of assault, and to gain an adequate appreciation of the comparative operations of assault and criminal negligence. In *R. v. Carriere, supra*, Chief Justice Laycraft of the Alberta Court of Appeal suggested that in some fist fight or street fight cases, even if weapons are involved, criminal negligence causing death or bodily injury respectively under ss. 203 or 204 (now ss. 220 and 221) may be the more appropriate charges, since criminal negligence is behaviour which shows "wanton or reckless disregard for the safety of other persons" (p. 269). In the opinion of Laycraft C.J.A., a charge under those sections would focus on what he called the "real issue" in such cases, not whether there was consent, but whether the person who applied the force knew of the likelihood of risk to the life or safety of another person and proceeded with his action regardless of that risk.

Néanmoins, il peut être intéressant de le faire, de façon à mieux comprendre l'infraction de voies de fait et de bien saisir les différences entre les voies de fait et la négligence criminelle. Dans l'arrêt *R. v. Carriere*, précité, le juge en chef Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta a laissé entendre que, dans certaines affaires de bagarres à coups de poing ou de batailles de rues, même si des armes sont en cause, la négligence criminelle causant la mort ou des lésions corporelles, en vertu des art. 203 ou 204 (maintenant les art. 220 et 221) respectivement, peut constituer l'accusation la plus appropriée, étant donné qu'il s'agit d'un comportement qui montre [TRADUCTION] «une insouciance déréglée ou téméraire pour la sécurité d'autrui» (p. 269). De l'avis du juge en chef Laycraft, une accusation fondée sur ces dispositions mettrait l'accent sur ce qu'il a appelé la [TRADUCTION] «véritable question» en pareils cas, c'est-à-dire non pas sur la question de savoir s'il y a eu consentement, mais si la personne qui a eu recours à la force savait que la vie ou la sécurité d'une autre personne était probablement en danger et a néanmoins agi sans égard à ce danger.

While that reasoning might commend itself in obviating the sometimes unavoidably difficult task of assessing whether consent was given, and of determining precisely what was consented to—the form of activity and the sorts of consequences—on balance I am of the view that in the context now before the Court, in the fist fight or street fight situation, those tasks will remain largely unavoidable.

The prototypical fist fight constitutes a situation in which the concept and term "assault" fit quite naturally. Criminal negligence is less well tailored to the situation. In a fist fight two people line themselves up. They face one another and begin striking. There is typically an obvious intention to apply force to the other person. There is a consciousness that if one lands a hard blow to the other person, he or she will suffer some degree of pain or discomfort, at the very least. This conscious regard for some level of harmful consequence to the physical integrity of another person distinguishes assault from criminal negligence, where there is actually a disregard for the likely impact of one's conduct on the other's physical

Ce raisonnement pourrait s'imposer pour écarter la tâche parfois inévitablement difficile de déterminer si le consentement a été donné, et sur quoi portait précisément ce consentement—le genre d'activité et le genre de conséquences—mais somme toute, j'estime que, dans la situation dont nous sommes saisis, soit le cas d'une bagarre à coups de poing ou d'une bataille de rue, cette tâche demeurera en bonne partie inévitable.

La bagarre à coups de poing typique constitue une situation dans laquelle la notion et l'expression de «voies de fait» s'appliquent d'une manière tout à fait naturelle. La négligence criminelle se prête moins bien à la situation. Dans une bagarre à coups de poing, deux personnes s'affrontent. Elles se font face et commencent à se frapper. Habituellement, elles ont de toute évidence l'intention d'utiliser la force l'une contre l'autre. Elles sont conscientes que si l'une d'elles frappe l'autre violement, cette dernière subira tout au moins une certaine douleur ou un certain malaise. Or, cette conscience de certaines conséquences préjudiciables possibles pour l'intégrité physique de l'adversaire distingue les voies de fait de la

safety. With assault there is a turning of the mind toward the complainant. With criminal negligence there is in a sense a turning of the mind away from the complainant.

It may be that the foregoing reasoning has little merit in the context of injury caused by athletes in a rough sporting activity. For instance, it is easy to imagine a hockey player causing great harm to an opposing player by checking him hard, but in a way that would still be legitimately within the rules, save that in the quickness of the game he negligently failed to lower his stick just before making the check, thereby injuring the other through carelessness. Once again, however, I think it best that these sorts of presumptions be developed gradually over time, in cases where the facts more naturally allow for it.

négligence criminelle, puisque, dans ce dernier cas, la personne ne fait aucun cas des répercussions probables de sa conduite sur la sécurité physique de l'autre personne. L'individu qui se livre à des voies de fait songe au plaignant. L'individu qui commet une négligence criminelle omet, d'une certaine façon, de penser au plaignant.

Il se peut que le raisonnement qui précède soit peu fondé dans le contexte des blessures causées par des athlètes qui se livrent à une activité sportive violente. Par exemple, il est facile d'imaginer un joueur de hockey qui cause une blessure grave à un joueur de l'équipe adverse en lui appliquant une dure mise en échec, mais d'une façon qui serait encore conforme aux règles, sauf que compte tenu de la rapidité du jeu, le joueur, par négligence, a omis de baisser son bâton juste avant la mise en échec et a blessé l'autre joueur par négligence. Toutefois, ici encore, je crois qu'il est préférable que les présomptions de ce genre soient conçues progressivement avec le temps, dans les cas où les faits le permettent plus naturellement.

(b) Other "Unlawful Acts" Which Might Ground a Conviction for Manslaughter

The Crown argued that if assault is barred by consent, Jobidon should be convicted of manslaughter on the alternative basis that he performed the unlawful act of causing a public disturbance. However, as this issue was not directly raised on appeal, it will not be addressed.

III—Disposition

I would uphold the decision of the Court of Appeal. The appeal is dismissed.

The reasons of Sopinka and Stevenson JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Gonthier J. and while I agree with his disposition of the matter I am unable to agree with his reasons. This appeal involves the role that consent plays in the offence of criminal assault. Unlike my colleague I am of the view that consent cannot be

b) Autres «actes illégaux» qui pourraient fonder une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable

Le ministère public a soutenu que, si les voies de fait ne peuvent pas être retenues pour cause de consentement, Jobidon devrait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour le motif subsidiaire qu'il a troublé l'ordre public. Toutefois, étant donné que cette question n'a pas été directement soulevée en appel, nous ne l'examinerons pas.

III—Dispositif

Je suis d'avis de confirmer larrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Sopinka et Stevenson rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge Gonthier et, bien que je sois d'accord avec le dispositif, je ne puis souscrire à son raisonnement. Le présent pourvoi concerne le rôle que joue le consentement dans l'infraction criminelle de voies de fait. Contrairement à mon collègue,

read out of the offence. I come to this conclusion for two reasons: (1) consent is a fundamental element of many criminal offences, including assault, and (2) the statutory provision creating the offence of assault explicitly provides for the element of consent.

Facts

The facts of this case are substantially as put forward by Gonthier J. in his reasons. For the purposes of my reasons I wish to highlight a few crucial facts.

The altercation which led to the unfortunate death of Rodney Haggart was a result of a consensual fist fight. The trial judge found that the fight commenced after mutual invitations to fight between Haggart and the accused. The accused was found to have honestly and reasonably believed that Haggart had consented to a "fair" fist fight. The judge also found that Haggart was rendered unconscious as a result of the first blow from the accused but that the accused continued to strike Haggart four to six times while he was unconscious.

1. General Principles of the Criminal Law

While the consent of the victim cannot transform a crime into lawful conduct, it is a vital element in determining what conduct constitutes a crime. It is a well-accepted principle of the criminal law that the absence of consent is an essential ingredient of the *actus reus*. Thus it is not theft to steal if the owner consents and consensual intercourse is not sexual assault. In D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), the author states (at p. 469):

The general principle, to which there are exceptions, that the true consent of the victim is always a defence to criminal responsibility is a fundamental principle of the criminal law.

je suis d'avis que le consentement ne peut pas être isolé de l'infraction. J'en arrive à cette conclusion pour deux raisons: (1) le consentement constitue un élément essentiel de beaucoup d'infractions criminelles, dont les voies de fait, et (2) la disposition législative qui crée l'infraction de voies de fait prévoit expressément l'élément du consentement.

b Les faits

Les faits de l'espèce sont, en substance, ceux que le juge Gonthier a exposés dans ses motifs. Toutefois, pour les fins de mes propres motifs, je désire souligner quelques faits très importants.

L'altercation qui a, malheureusement, abouti au décès de Rodney Haggart est survenue à la suite de la décision des personnes concernées de se battre à coups de poing. Le juge du procès a conclu que la bagarre a commencé après que Haggart et l'accusé se furent invités l'un et l'autre à se battre. Il a estimé que l'accusé croyait sincèrement et raisonnablement que Haggart avait consenti à une bagarre «loyale» à coups de poing. Le juge a également conclu que Haggart s'est évanoui à la suite du premier coup assené par l'accusé mais que ce dernier a continué de frapper Haggart quatre à six fois pendant qu'il était inconscient.

1. Les principes généraux du droit criminel

Bien que le consentement donné par la victime ne puisse pas transformer un crime en un comportement licite, il constitue un élément fondamental pour déterminer quel comportement constitue un crime. Il est bien reconnu en droit criminel que l'absence de consentement est un élément essentiel de l'*actus reus*. Ainsi, il n'y a pas de vol si le propriétaire de la chose donne son consentement, et les rapports sexuels entre personnes consentantes ne constituent pas une agression sexuelle. Dans son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), D. Stuart écrit (à la p. 469):

[TRADUCTION] Le principe général, qui souffre des exceptions, selon lequel le véritable consentement de la victime constitue toujours un moyen de défense opposable à la responsabilité criminelle est un principe fondamental du droit criminel.

He later adds at p. 472 that:

It is disappointing that our courts have based the rejection only on statutory construction. Lack of consent is a fundamental principle. *Donovan* [the English line of authority] should have been rejected even if lack of consent had not been expressed in our definition of assault.

In *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, this Court held that the offence of breaking and entering was not made out when it was carried out by pre-arrangement with the agent of the owner. The consent of the owner deprived the activity of an essential feature of the *actus reus*. Lack of consent as part of the *actus reus* is often confused with the defence of honest belief in consent which relates not to the *actus reus* of the offence but to the *mens rea* or mind state of the accused. Although there is no consent, an honest belief that there was consent may constitute a defence. See *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

There is moreover no generally accepted exception to this principle with respect to the intentional infliction of physical harm. There are many activities in society which involve the intentional application of force which may result in serious bodily harm but which are not criminal. Surgical operations and sporting events are examples. It was no doubt the absence of an exception to this principle that lead Parliament to enact s. 14 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which creates an exception for the most serious of assaults, the intentional infliction of death.

In my view Parliament has chosen to extend this principle to all assaults save murder in the interests of making this aspect of the criminal law certain. I see no evidence in the clear and simple language of s. 265 that it intended to outlaw consensual fighting in the interests of avoiding breaches of the peace or to allow it if a judge thought that it occurred in circumstances that were socially useful. Rather, the pol-

Il ajoute plus loin à la p. 472 que:

[TRADUCTION] Il est décevant que nos tribunaux aient fondé le rejet de ce principe uniquement sur l'interprétation de dispositions législatives. L'absence de consentement est un principe fondamental. L'arrêt *Donovan* [qui représente le courant de jurisprudence anglaise] n'aurait pas dû être suivi même si l'absence de consentement n'avait pas été mentionnée dans notre définition des voies de fait.

Dans l'arrêt *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492, notre Cour a statué qu'il n'y avait pas introduction par effraction lorsque la personne s'est introduite dans un lieu à la suite d'un arrangement préalable avec le mandataire du propriétaire. Le consentement du propriétaire a dépouillé l'activité en question d'une caractéristique essentielle de l'*actus reus*. On confond souvent l'absence de consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* avec le moyen de défense fondé sur la croyance sincère qu'il y a eu consentement, lequel se rapporte non pas à l'*actus reus* de l'infraction mais à la *mens rea* ou à l'état d'esprit de l'accusé. Bien qu'il n'y ait pas consentement, la croyance sincère qu'il y a eu consentement peut constituer un moyen de défense. Voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

Il n'y a d'ailleurs pas d'exception généralement admise à ce principe en ce qui concerne le fait d'infiger intentionnellement des blessures. Il existe dans la société beaucoup d'activités qui comportent une utilisation intentionnelle de la force pouvant causer des blessures graves, mais qui ne sont pas criminelles. Les opérations chirurgicales et les activités sportives en sont des exemples. C'est sans aucun doute l'absence d'exception à ce principe qui a amené le Parlement à adopter l'art. 14 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui crée une exception dans le cas des voies de fait les plus graves, soit le fait de causer intentionnellement la mort.

À mon avis, le Parlement a choisi d'étendre ce principe à toutes les voies de fait, attaques ou agressions, à l'exception du meurtre, dans le but de préciser cet aspect du droit criminel. Le texte clair et simple de l'art. 265 ne me semble pas indiquer que le Parlement a voulu proscrire les bagarres entre adversaires consentants dans le but d'empêcher des atteintes à la paix publique ou de les permettre si un

icy reflected in s. 265 is to make the absence of consent a requirement in the definition of the offence but to restrict consent to those intentional applications of force in respect of which there is a clear and effective consent by a victim who is free of coercion or misrepresentation. Instead of reading the words “without the consent of another person” out of s. 265 I am of the opinion that the intention of Parliament is respected by close scrutiny of the scope of consent to an assault. Instead of attempting to evaluate the utility of the activity the trial judge will scrutinize the consent to determine whether it applied to the very activity which is the subject of the charge. The more serious the assault the more difficult it should be to establish consent.

a juge pense qu’elles se sont produites dans des circonstances qui étaient socialement utiles. Plus exactement, la politique que traduit l’art. 265 est de faire de l’absence de consentement une condition dans la définition de l’infraction, mais de limiter le consentement aux utilisations intentionnelles de la force à l’égard desquelles la victime a donné un consentement clair et véritable qui soit libre de toute coercition ou présentation inexacte des faits. Au lieu de faire abstraction des mots «contre une autre personne sans son consentement» de l’art. 265, j’estime qu’un examen minutieux de la portée du consentement à des voies de fait respecte la volonté du Parlement. *b* Au lieu de tenter d’évaluer l’utilité de l’activité, le juge du procès examinera le consentement afin de déterminer s’il visait l’activité même qui fait l’objet de l’accusation. Plus les voies de fait sont graves, plus il devrait être difficile de prouver qu’il y a eu consentement.

2. Interpretation of Section 265

Section 265 states that “[a] person commits an assault when without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person. . . .” (emphasis added). My colleague Gonthier J. concludes that on the basis of cases which applied the common law, that section should be interpreted as excluding the absence of consent as an element of the *actus reus* in respect of an assault with intent to commit intentional bodily harm. In coming to his conclusion my colleague relies on a number of English authorities. The issue was not finally resolved in England until the decision of the English Court of Appeal on a reference to it by the Attorney General in 1980. See *Attorney General’s Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057. Unconstrained by the expression of legislative policy, the court moulded the common law to accord with the court’s view of what was in the public interest. On this basis the court discarded the absence of consent as an element in assaults in which actual bodily harm was either caused or intended. Exceptions were created for assaults that have some positive social value such as sporting events. In Canada, the criminal law has been codified and the judiciary is constrained by the wording of sections defining criminal offences. The courts’ application of public policy is governed by the expression of public policy in the *Criminal*

c D’après l’art. 265, «[c]ommet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas [...] d’une manière intentionnelle, emploie la force [...] contre une autre personne sans son consentement . . .» (je souligne). Mon collègue le juge Gonthier conclut que, compte tenu des affaires où on a appliqué la common law, cet article devrait s’interpréter comme excluant l’absence de consentement en tant qu’élément de l’*actus reus* dans le cas des voies de fait commises dans l’intention de causer des blessures. Pour tirer sa conclusion, mon collègue s’appuie sur un certain nombre de précédents anglais. La question n’a été réglée de façon définitive en Angleterre qu’au moment de l’arrêt rendu par la Cour d’appel anglaise à la suite d’un renvoi que lui avait adressé le procureur général en 1980. Voir *Attorney General’s Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057. Non contrainte par l’expression d’une politique législative, la cour a façonné la common law de manière à ce qu’elle concorde avec ce qu’elle croyait être dans l’intérêt public. Dans ces conditions, la cour a écarté l’absence de consentement comme élément des voies de fait où l’on causait ou avait l’intention de causer véritablement des blessures. On a créé des exceptions dans le cas des voies de fait, attaques ou agressions qui ont une certaine valeur sociale positive telles que les activités sportives. Au

Code. If Parliament intended to adopt the public policy which the English Court of Appeal developed it used singularly inappropriate language. It made the absence of consent a specific requirement and provided that this applied to all assaults without exception. The conflict in the Canadian cases which my colleague's review discloses is largely due to the application of these two disparate strains of public policy.

Canada, le droit criminel a été codifié et les juges doivent s'en tenir au texte des articles qui définissent les infractions criminelles. L'application de la notion d'intérêt public par les tribunaux est régie par la formulation de la notion d'intérêt public dans le *Code criminel*. Si le Parlement a voulu adopter la notion d'intérêt public qui a été conçue par la Cour d'appel anglaise, il s'est particulièrement mal exprimé. Il a fait de l'absence de consentement une condition précise et a prévu que cela s'appliquait à toutes les voies de fait, attaques ou agressions sans exception. La contradiction dans les précédents canadiens que révèle l'examen auquel s'est livré mon collègue est due en grande partie à l'application de ces deux conceptions différentes de l'intérêt public.

In my opinion the above observations as to the appropriate use of public policy are sufficient to conclude that the absence of consent cannot be swept away by a robust application of judge-made policy. This proposition is strengthened and confirmed by the specific dictates of the *Code* with reference to the essential elements of a criminal offence. Section 9(a) of the *Code* provides that "[n]otwithstanding anything in this Act or any other Act, no person shall be convicted . . . (a) of an offence at common law". The effect of my colleague's approach is to create an offence where one does not exist under the terms of the *Code* by application of the common law. The offence created is the intentional application of force with the consent of the victim. I appreciate that my colleague's approach is to interpret the section in light of the common law but, in my view, use of the common law to eliminate an element of the offence that is required by statute is more than interpretation and is contrary to not only the spirit but also the letter of s. 9(a). One of the basic reasons for s. 9(a) is the importance of certainty in determining what conduct constitutes a criminal offence. That is the reason we have codified the offences in the *Criminal Code*. An accused should not have to search the books to discover the common law in order to determine if the offence charged is indeed an offence at law. Where does one search to determine the social utility of a fight during a hockey game to take one example? There are those that would argue that it is an important part of the attraction. Judges may not agree. Is this a matter for judicial notice or does it require evi-

À mon avis, les observations précédentes au sujet de l'utilisation appropriée de la notion d'intérêt public suffisent pour conclure que l'absence de consentement ne peut être écartée par l'application énergique d'une politique conçue par des juges. Les préceptes particuliers du *Code* en ce qui concerne les éléments essentiels d'une infraction criminelle viennent renforcer et confirmer cette proposition. L'alinéa 9a) du *Code* prévoit que «[n]onobstant toute autre disposition de la présente loi ou de quelque autre loi, nul ne peut être déclaré coupable . . . a) [d']une infraction en common law». La méthode utilisée par mon collègue a pour effet de créer une infraction là où il n'en existe pas selon les termes mêmes du *Code* par application de la common law. L'infraction créée consiste dans l'utilisation intentionnelle de la force avec le consentement de la victime. Je me rends compte que la méthode utilisée par mon collègue consiste à interpréter l'article en fonction de la common law, mais, selon moi, le recours à la common law pour éliminer un élément de l'infraction qui est exigé par la loi constitue plus que de l'interprétation et va à l'encontre non seulement de l'esprit mais aussi de la lettre de l'al. 9a). L'une des raisons fondamentales de l'existence de l'al. 9a) est l'importance de la certitude dans la détermination des comportements qui constituent une infraction criminelle. C'est la raison pour laquelle nous avons codifié les infractions dans le *Code criminel*. L'accusé ne devrait pas être obligé de chercher à découvrir la common law dans les livres afin de déterminer si l'infraction dont il est inculpé est vraiment une infraction en droit. Où

dence? The problem of uncertainty which the social utility test creates is greater than searching out the common law, a problem which lead to the prohibition in s. 9(a).

Application to this Appeal

Given the danger inherent in the violent activity in this case, the scope of the consent required careful scrutiny. The trial judge found that the consent given by Haggart did not extend to a continuation of the fight once he had lost consciousness. By striking Haggart once he was unconscious, the accused acted beyond the scope of the consent of Haggart and thus committed the *actus reus* of assault.

Although satisfying the *actus reus*, did the accused have the requisite state of mind? I now turn to the issue of honest belief in consent.

The accused believed that the victim, Haggart, was consenting to a fair fight. In his own evidence the accused stated that the object of the fight was to prevent injury to himself. The trial judge indicated:

I accept the evidence of the accused that he did not mean to kill Mr. Haggart or cause him serious bodily harm. He believed that Haggart consented to a fair fight. It was a fight in anger, and no friendly sparring contest or test of strength. The object of the fight was to hit the other man as hard as physically possible until he gave up or retreated. Physical injury was intended and contemplated. [Emphasis added.]

((1987), 36 C.C.C. (3d) 340, at p. 349.)

It appears clear from the findings of the trial judge that the accused had an honest belief in consent but that consent extended only until Haggart "gave up or retreated". The extent of the consent given by Haggart did not, therefore, extend to being struck once he

faut-il chercher pour déterminer l'utilité sociale d'une bagarre durant un match de hockey, par exemple? Il y a ceux qui soutiendraient que c'est une partie importante du spectacle. Les juges peuvent ne pas être
^a d'accord. Est-ce une question de connaissance d'office ou faut-il des éléments de preuve? Le problème de l'incertitude qu'engendre le critère de l'utilité sociale dépasse celui de la recherche de la common law, problème qui a conduit à l'interdiction visée à l'al. 9a).

Application au présent pourvoi

Vu le danger inhérent à l'activité violente dans la présente affaire, la portée du consentement devait faire l'objet d'un examen minutieux. Le juge du procès a conclu que le consentement donné par Haggart ne s'étendait pas à la poursuite de la bagarre une fois
^d qu'il avait perdu connaissance. En frappant Haggart après qu'il se fut évanoui, l'accusé a outrepassé le consentement donné par Haggart et a commis ainsi l'*actus reus* des voies de fait.

Bien qu'il ait satisfait aux conditions à remplir pour qu'il y ait *actus reus*, l'accusé avait-il l'état d'esprit requis? Je vais aborder maintenant la question de la croyance sincère à l'existence d'un consentement.

L'accusé croyait que la victime, Haggart, avait consenti à une bagarre loyale. Durant son propre témoignage, l'accusé a déclaré qu'il s'était battu pour éviter d'être blessé. Le juge du procès a indiqué:

[TRADUCTION] J'accepte le témoignage de l'accusé selon lequel il ne voulait pas tuer M. Haggart ni lui infliger des blessures graves. Il croyait que Haggart avait consenti à une bagarre loyale. Ce fut une bagarre furieuse et non pas une épreuve de force modérée et amicale. Le but de la bagarre était de frapper l'adversaire aussi fort qu'il était physiquement possible de le faire jusqu'à ce qu'il abandonne la partie ou batte en retraite. Il y avait intention de blesser. [Je souligne.]

((1987), 36 C.C.C. (3d) 340, à la p. 349.)

Il semble évident, d'après les conclusions du juge du procès, que l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement, mais que ce consentement valait seulement jusqu'à ce que Haggart «abandonne la partie ou batte en retraite». Par ce consentement, Hag-

had been knocked unconscious. The accused knew that Haggart's consent did not extend beyond consciousness.

In my opinion, based on his own findings the trial judge misconstrued the evidence with respect to the accused's belief that all the blows were struck prior to Haggart losing consciousness. The following passage in the evidence of the accused shows that he knew that Haggart was unconscious after the second punch:

Q. What happened next?

A. It dazed him a fair amount and he was still struggling and he was swinging at me. He was cocking back. He couldn't cock back because his back was on the car and his elbow would only go to his side, and he swung and I swung again, and I hit him and he was out after the second punch.

Q. Where did the second punch land?

A. In the same spot in the cheek or the cheek or the jaw.

Q. You are telling us about two punches outside?

A. That is correct.

Q. Were there any others?

A. No, there was not.

In his reasons the trial judge found that the accused struck Haggart four to six times after Haggart was unconscious (p. 348). The trial judge, therefore, did not accept the testimony of the accused that he struck Haggart only twice and one is left with the admission of the accused that he realized Haggart was unconscious after the second punch. By continuing to pummel Haggart after the accused realized Haggart was unconscious, the accused acted, to his knowledge, beyond the ambit of Haggart's consent thereby committing an assault.

Having found that the accused committed an assault, and given that Mr. Haggart died as a result of that unlawful act, the accused is therefore guilty of

gart ne consentait pas à être frappé une fois qu'il avait été mis hors de combat. L'accusé savait que le consentement de Haggart ne valait que pendant que celui-ci était conscient.

a

À mon avis, compte tenu de ses propres conclusions, le juge du procès a mal interprété la preuve en ce qui concernait la croyance de l'accusé que tous les coups avaient été assenés avant que Haggart ne perde connaissance. Le passage suivant du témoignage de l'accusé montre qu'il savait que Haggart était inconscient après le deuxième coup de poing:

[TRADUCTION]

b

Q. Qu'est-il arrivé ensuite?

R. Ça l'a pas mal étourdi et il se battait encore et il me donnait des coups de poing. Il essayait de prendre son élan. Il ne pouvait pas le faire parce qu'il était couché sur la voiture et que son coude allait seulement vers son côté, et il m'a donné un coup de poing et j'en ai donné un autre et je l'ai atteint et il était hors de combat après le deuxième coup de poing.

c

Q. À quel endroit a été porté le deuxième coup de poing?

R. Au même endroit de la joue ou à la joue ou à la mâchoire.

d

Q. Vous êtes en train de nous parler de deux coups de poing à l'extérieur?

R. C'est exact.

e

Q. Y en a-t-il eu d'autres?

f

R. Non.

g

Dans ses motifs, le juge du procès a conclu que l'accusé a frappé Haggart quatre à six fois après que celui-ci se fut évanoui (p. 348). Le juge du procès n'a donc pas admis le témoignage de l'accusé selon lequel il a frappé Haggart deux fois seulement et il reste que l'accusé a avoué s'être rendu compte que Haggart était inconscient après le deuxième coup de poing. En continuant de rouer Haggart de coups après s'être rendu compte que celui-ci était inconscient, l'accusé a outrepassé sciemment le consentement de Haggart et a donc commis des voies de fait.

i

Vu ma conclusion que l'accusé a commis des voies de fait et que M. Haggart est décédé des suites de cet acte illicite, l'accusé est donc coupable d'homicide

manslaughter via *Criminal Code* ss. 222(5)(a) and 234. I would therefore dispose of the appeal as proposed by Gonthier J.

involontaire coupable en vertu de l'al. 222(5)a) et de l'art. 234 du *Code criminel*. Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Gonthier.

a

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

b

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.