

Sa Majesté la Reine c. Cornejo
[Répertorié : R. c. Cornejo]

68 O.R. (3d) 117

[2003] O.J. n° 4517

Dossier n° C37199

Cour d'appel de l'Ontario

Les juges Catzman, Abella et Gillese

Le 27 novembre 2003

***La demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée le 7 octobre 2004 (les juges Major, Binnie et Fish)**

Droit criminel – Agression sexuelle – Défenses – Croyance sincère au consentement – Accusé inculpé de l'infraction d'agression sexuelle – La plaignante a témoigné qu'elle était en état d'ébriété et qu'en se réveillant sur son divan, elle a trouvé l'accusé en train de tenter de la pénétrer – La plaignante avait précédemment repoussé les avances sexuelles de l'accusé – Le juge du procès a commis une erreur en soumettant à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la croyance sincère au consentement au motif que l'argument de l'accusé selon lequel la plaignante avait soulevé son bassin pour l'aider à enlever ses vêtements satisfaisait au critère de la vraisemblance – L'omission de l'accusé de faire les démarches nécessaires pour s'assurer du consentement de la plaignante avait pour effet d'écarter le moyen de défense de la croyance sincère au consentement compte tenu des circonstances de l'affaire – *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 273.2b).

L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle à l'endroit d'une collègue de travail, ainsi que d'introduction par effraction dans une maison d'habitation et perpétration d'une agression sexuelle. Il avait dans le passé fait des avances sexuelles à la plaignante, qui l'avait repoussé. Le jour de la présumée infraction, la plaignante et lui avaient participé à un tournoi de golf organisé par leur employeur. Ils ne se sont pas parlé lors du tournoi et ils sont repartis chacun de son côté. L'accusé a témoigné qu'il avait téléphoné à la plaignante chez elle, à plusieurs reprises, tard ce soir-là, que le son de sa voix semblait indiquer qu'elle avait dormi, et qu'elle lui avait tout d'abord dit qu'elle attendait que son petit ami l'appelle. Il a affirmé qu'elle lui avait dit, plus tard, que son petit ami ne devait pas venir la trouver et qu'elle avait émis un son encourageant lorsqu'il lui avait demandé s'il pouvait aller la voir. Il a témoigné qu'il était entré dans l'appartement de la plaignante par une porte non verrouillée, qu'il avait trouvé cette dernière endormie sur le divan et qu'il avait commencé à la toucher et à l'embrasser. Elle avait dit « Qu'est-ce que tu fais

ici, bon sang? » et l'avait arrêté lorsqu'il avait essayé de l'embrasser sur la bouche. Il a témoigné qu'elle ne lui avait pas rendu ses caresses, ajoutant qu'elle était restée étendue sur le divan et qu'elle avait tout le temps gardé les yeux fermés, mais elle avait soulevé le bassin lorsqu'il avait essayé d'enlever son jean et son sous-vêtement. Lorsqu'il avait tenté de bouger son corps pour avoir des rapports sexuels avec elle, elle avait dit « non ». Il avait dit « Je pensais que tu en avais envie » et elle lui avait dit de s'en aller. La plaignante a soutenu qu'elle était très ivre après le tournoi et qu'elle était tombée endormie sur le divan, et qu'à son réveil elle avait trouvé l'accusé par-dessus elle, nu et tentant de la pénétrer. Elle avait tenté de le repousser et avait clairement indiqué qu'elle ne consentait pas à avoir des rapports sexuels avec lui. Le juge du procès a soumis à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la croyance sincère au consentement. Il s'est uniquement fondé sur les mouvements du bassin de la plaignante comme preuve satisfaisant au critère de la vraisemblance. L'accusé a été acquitté. La Couronne a porté l'affaire en appel.

Arrêt : L'appel est accueilli.

Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les mouvements du bassin de la plaignante constituaient une preuve suffisante pour accepter que le moyen de défense fondé sur la croyance sincère au consentement soit soumis à l'appréciation du jury. Le soulèvement de son bassin par une femme qui a bu, qui dort et qui, comme l'accusé le savait, n'était nullement intéressée à avoir quelque relation intime que ce soit ne saurait donner lieu à la présomption que la femme consent à une activité sexuelle. Mis à part l'affirmation de l'accusé portant qu'elle était consentante, et les mouvements de son bassin (qui ont eu lieu, fait important, après qu'il eut déjà initié l'activité sexuelle), il y avait une preuve accablante du fait que soit elle n'avait pas consenti à l'activité sexuelle soit elle était incapable d'y consentir. L'accusé a tiré profit d'une réponse passive et équivoque. L'alinéa 273.2b) du *Code criminel* indique ceci : « Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation d'agression sexuelle le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque : il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement. » Le régime législatif remplace les présomptions traditionnellement, et de façon non appropriée, associées à la passivité et au silence. Une personne se trouvant dans la situation de l'accusé court un grave risque en fondant une supposition relative au consentement sur la passivité et sur des réponses non verbales comme justification du fait qu'il peut présumer qu'il y a consentement. Les circonstances de la présente espèce

dictaient que l'accusé prenne des mesures raisonnables pour s'assurer qu'il y avait bel et bien consentement. Étant donné qu'il ne l'a pas fait, l'al. 273.2b écarte le moyen de défense.

APPEL interjeté par la Couronne à l'encontre d'un verdict d'acquiescement prononcé relativement à des accusations d'agression sexuelle et d'introduction par effraction dans une maison d'habitation et perpétration de l'infraction d'agression sexuelle.

Décisions mentionnées : *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, [2002 CSC 29 \(CanLII\)](#), 210 D.L.R. (4th) 64, 285 N.R. 1, 162 C.C.C. (3d) 129, 49 C.R. (5th) 209, [2002] S.C.J. n° 28 (QL); *R. c. Darrach*, [2000 CSC 46 \(CanLII\)](#), [2000] 2 R.C.S. 443, 49 O.R. (3d) 735n, 191 D.L.R. (4th) 539, 259 N.R. 336, 78 C.R.R. (2d) 53, 148 C.C.C. (3d) 97, 36 C.R. (5th) 223, conf. (1998), [1998 CanLII 1648 \(ONCA\)](#), 38 O.R. (3d) 1, 49 C.R.R. (2d) 189, 122 C.C.C. (3d) 225, 13 C.R. (5th) 283 (C.A.), conf. (1994), 17 O.R. (3d) 481, 28 C.R. (4th) 201 (Div. prov.) (sub nom. *R. v. D. (A.S.)*); *R. c. Ewanchuk*, [1999 CanLII 711 \(CSC\)](#), [1999] 1 R.C.S. 330, 68 Alta. L.R. (3d) 1, 169 D.L.R. (4th) 193, 235 N.R. 323, [1999] 6 W.W.R. 333, 131 C.C.C. (3d) 481, 22 C.R. (5th) 1; *R. v. G. (R.)* (1994), [1994 CanLII 8752 \(BCCA\)](#), 38 C.R. (4th) 123, [1994] B.C.J. n° 3094 (QL), 53 B.C.A.C. 254 (C.A.); *R. c. Livermore*, [1995 CanLII 43 \(CSC\)](#), [1995] 4 R.C.S. 123, 26 O.R. (3d) 96n, 129 D.L.R. (4th) 676, 189 N.R. 126, 102 C.C.C. (3d) 212, 43 C.R. (4th) 1

Lois mentionnées : [Code criminel, L.R.C. \(1985\), ch. C-46, par. 271\(1\)](#), art. [273.2](#), al. 348(1)b

Doctrine citée : Roach, K., *Criminal Law*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2000); Stuart, D., *Canadian Criminal Law*, 4^e éd. (Scarborough : Carswell, 2001)

Susan Chapman, pour l'appelante.

Terry S. Guerriero, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par :

[1] La juge ABELLA : -- Luis Cornejo a été inculpé d'un chef d'agression sexuelle, en violation du par. 271(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et d'un chef d'introduction par effraction dans une maison d'habitation et perpétration d'une agression sexuelle, en violation de l'al. 348(1)b du *Code criminel*. Il a subi son procès devant jury et a été acquitté quant aux deux chefs d'accusation.

[2] Il s'agit d'un appel interjeté par la Couronne à l'encontre de ces verdicts d'acquiescement. L'appel est fondé sur l'erreur alléguée du juge de première instance, à savoir avoir laissé à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement alors qu'il n'y avait aucune vraisemblance liée à cette défense.

[3] Pour les motifs qui suivent, je souscris aux observations de la Couronne.

Contexte

[4] La plaignante et Luis Cornejo étaient collègues de travail. Il semble qu'ils aient occasionnellement eu une relation relativement amicale, qui comprenait du badinage à caractère sexuel. Une fois, M. Cornejo avait tenté d'empoigner les fesses de la plaignante, qui avait écarté sa main en lui donnant un coup. Une autre fois, la plaignante avait dit « non » après que M. Cornejo lui eut suggéré d'avoir des rapports sexuels. M. Cornejo avait également tenté d'embrasser la plaignante lors de la fête de Noël de leur employeur, mais elle lui avait alors dit qu'elle ne voulait pas voir ce genre de conduite. Le lendemain de cette fête, M. Cornejo s'était excusé de sa conduite.

[5] Le jour où sont survenus les événements à l'origine des accusations qui nous intéressent, la plaignante et M. Cornejo étaient tous deux à un tournoi de golf organisé par la compagnie. Ils ne se sont pas parlé pendant le tournoi, et ils sont partis chacun de son côté. Ils avaient tous deux bu.

[6] M. Cornejo a témoigné qu'il avait appelé la plaignante chez elle vers minuit et demi et que le son de sa voix semblait indiquer qu'elle avait dormi. Il lui avait parlé très brièvement. Elle lui avait alors dit qu'elle devait raccrocher parce qu'elle attendait un appel de son petit ami. Plusieurs minutes plus tard, M. Cornejo l'avait rappelée; elle l'avait informé que son petit ami n'avait pas appelé et qu'elle devait donc libérer la ligne pour l'appeler. M. Cornejo l'avait ensuite appelé une troisième fois et avait demandé ce qui s'était passé entre la plaignante et son petit ami. Elle lui avait dit que son petit ami ne viendrait pas. M. Cornejo a dit qu'il lui avait demandé s'il pouvait aller la trouver, et elle avait répondu, selon la transcription, « mm-mm ». M. Cornejo a témoigné qu'il avait assumé que cela était une réponse positive.

[7] Il était arrivé à l'appartement de la plaignante vers 1 h 30. N'ayant pas obtenu de réponse après avoir cogné à la porte, il a tenté d'ouvrir celle-ci. La porte n'était pas verrouillée et il était entré. La plaignante avait laissé la porte déverrouillée pour que son petit ami puisse entrer. Elle dormait sur le divan. M. Cornejo a témoigné qu'il lui avait dit « Allô », qu'elle s'était alors réveillée

et lui avait demandé « Qu'est-ce que tu fais ici, bon sang? » Il s'était ensuite assis à côté d'elle sur le divan, lui avait passé la main dans les cheveux et l'avait embrassée sur le front et la bouche. Il a témoigné qu'elle avait mis un doigt sur la bouche de M. Cornejo et dit « Non, pas sur la bouche. » Il avait demandé « Pourquoi pas? », et elle avait répondu « Parce que je ne suis pas amoureuse de toi. » Il avait ensuite commencé à l'embrasser dans le cou et avait enlevé la couverture qui la couvrait.

[8] M. Cornejo a témoigné qu'elle ne lui avait pas rendu ses caresses, ajoutant qu'elle était restée étendue sur le divan et qu'elle avait tout le temps gardé les yeux fermés. Il a affirmé que lorsqu'il avait essayé d'enlever le jean de la plaignante, elle avait soulevé le bassin. Peu après, il avait enlevé le sous-vêtement de la plaignante, et elle avait selon ses dires de nouveau soulevé le bassin. Lorsqu'il avait tenté de bouger son corps pour avoir des rapports sexuels avec elle, elle avait dit « non ». M. Cornejo s'était rassis et avait dit « Je pensais que tu en avais envie ». Elle lui avait dit de s'en aller. Il avait alors remarqué qu'il avait du sang sur la main et lui avait demandé si elle avait ses menstruations. Elle n'avait pas répondu. Il était allé à la salle de bain. Elle lui avait dit qu'elle voulait qu'il parte, et il était alors parti.

[9] Selon la plaignante, même si elle buvait rarement, elle avait bu neuf bières le jour du tournoi de golf et elle était très ivre. Elle était tombée endormie chez elle, sur le divan, et à son réveil elle avait trouvé M. Cornejo par-dessus elle, nu et tentant de la pénétrer. Son sous-vêtement et son pantalon avaient été enlevés. Elle avait en vain tenté de le repousser et lui avait à plusieurs reprises demandé ce qu'il faisait. Elle avait clairement indiqué qu'elle ne consentait pas à avoir des rapports sexuels avec lui. Elle ne se souvient d'aucun des faits sur lesquels M. Cornejo se fonde, et elle n'a aucun souvenir de l'entrée de ce dernier dans son appartement ou des coups de fil qu'il lui aurait passés ce soir-là. Elle portait un tampon lorsque M. Cornejo avait tenté de la pénétrer.

[10] Lorsqu'il a tranché la question de savoir si le critère de la vraisemblance avait été respecté, le juge du procès s'est uniquement fondé sur les mouvements du bassin de la plaignante comme preuve satisfaisant au critère de la vraisemblance :

En ce qui a trait au résumé de la décision rendue dans EWANCHUK, il y est indiqué que le fait de croire que, premièrement, le silence, deuxièmement, la passivité ou, troisièmement, le comportement ambigu vaut consentement ne constitue pas un moyen de défense.

Il me semble que, si le témoignage de l'accusé est accepté, il y a de la part de la plaignante une conduite qui se situe au-delà de chacun des trois éléments susmentionnés, et qui constituerait un consentement non ambigu, à savoir la collaboration à l'enlèvement des vêtements. Et cela constitue selon moi l'essentiel d'une partie du témoignage de l'accusé.

Je crois donc qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour permettre que cette défense soit soumise à l'appréciation du jury.

[11] Avec égards, je crois que le juge de première instance a commis une erreur en concluant dans les circonstances que les mouvements du bassin de la plaignante constituaient une preuve suffisante pour accepter que le moyen de défense fondé sur la croyance sincère au consentement soit soumis à l'appréciation du jury.

Analyse

[12] Dans *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, [2002 CSC 29 \(CanLII\)](#), la Cour suprême du Canada a traité du critère de la vraisemblance, quoique pas dans le contexte d'une agression sexuelle. Ce jugement a confirmé que le juge de première instance a l'obligation de ne pas soumettre au jury tout moyen de défense qui ne ressort aucunement de la preuve ou qui n'a aucune vraisemblance. Comme l'a expliqué la juge en chef McLachlin à la p. 29 des R.C.S. : « Il s'agit de déterminer si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement ». De plus, le juge du procès doit examiner « l'ensemble de la preuve » et tenir pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé.

[13] Dans *R. c. Livermore*, [1995 CanLII 43 \(CSC\)](#), [1995] 4 R.C.S. 123, 129 D.L.R. (4th) 676, à la p. 135 des R.C.S., la juge en chef McLachlin a expliqué que le moyen de défense fondé sur la croyance sincère au consentement « comporte deux éléments : (1) l'accusé doit avoir cru sincèrement au consentement de la plaignante, et (2) l'accusé doit avoir eu cette croyance erronément ». (Souligné dans l'original.)

[14] Dans *R. c. Ewanchuk*, [1999 CanLII 711 \(CSC\)](#), [1999] 1 R.C.S. 330, 169 D.L.R. (4th) 193, aux pp. 354-55 des R.C.S., le juge Major a déclaré ceci :

Pour que les actes de l'accusé soient empreints d'innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l'activité sexuelle en question. Le fait que l'accusé ait

cru dans son esprit que le plaignant souhaitait qu'il la touche, sans toutefois avoir manifesté ce désir, ne constitue pas une défense... Ce qui importe, c'est de savoir si l'accusé croyait que le plaignant avait vraiment dit « oui » par ses paroles, par ses actes, ou les deux.

(Souligné dans l'original.)

Il a également fait remarquer, à la p. 356 des R.C.S., que « le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part est une erreur de droit et ne constitue pas un moyen de défense ».

[15] Selon moi, d'après le témoignage de M. Cornejo lui-même, la preuve tend à démontrer qu'il y a eu absence de consentement de la part de la plaignante et une forte dose d'imagination de la part de l'accusé. Le soulèvement du bassin de la part d'une femme qui a bu, qui dormait et qui, comme le savait fort bien M. Cornejo, n'est aucunement intéressée à avoir quelque rapport intime que ce soit, ne peut permettre de présumer que la femme consent à une activité sexuelle. Dans ces circonstances, je ne puis, avec égards, voir aucune vraisemblance dans l'affirmation de M. Cornejo selon laquelle il croyait honnêtement que la plaignante consentait à sa présence dans l'appartement, et encore moins à l'activité sexuelle à laquelle il s'était livré chez elle.

[16] Dans ces circonstances, mis à part l'affirmation de M. Cornejo selon laquelle il croyait que la plaignante était consentante, et le mouvement de son bassin bien après qu'il eut déjà commencé à se livrer à l'activité sexuelle, il y avait une preuve abondante établissant soit qu'elle n'avait pas donné son consentement soit qu'elle était incapable de le donner. M. Cornejo a tiré profit d'une réponse passive et équivoque.

[17] Au cours de son témoignage, M. Cornejo a expliqué que les yeux de la plaignante étaient clos pendant qu'il l'embrassait et qu'il enlevait ses vêtements, et il a admis qu'elle dormait peut-être pendant l'incident. Il a témoigné que lorsqu'elle avait dit « non », elle avait soudainement semblé très éveillée et il y avait une grande différence dans sa façon de se comporter.

[18] Les faits ne produisent pas d'éléments de preuve au soutien de l'affirmation selon laquelle lorsque M. Cornejo a commencé à se livrer à une activité sexuelle avec la plaignante, il croyait qu'elle était consentante. Après être entré dans le domicile de quelqu'un, en pleine nuit et sans permission, un particulier ne peut commencer à se livrer à une activité sexuelle avec une personne qui a bu et qui dormait, et ensuite invoquer la défense fondée sur

l'erreur en s'appuyant uniquement sur le fait qu'à un moment donné, tard au cours de l'incident, la femme a bougé le corps. Le juge du procès a omis de faire référence à tous les faits autres que le mouvement du corps de la plaignante après le début de l'activité sexuelle. Dans ces circonstances, le mouvement du bassin de la plaignante n'était tout simplement pas un motif suffisant pour permettre que la défense soit soumise à l'appréciation du jury.

[19] Ces circonstances commandaient que M. Cornejo prenne des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante et, étant donné qu'il n'a pris aucune mesure, l'al. 273.2b) écarte ce moyen de défense. Comme l'explique l'auteur Don Stuart dans *Canadian Criminal Law*, 4^e éd. (Scarborough : Carswell, 2001), à la p. 295 :

[TRADUCTION] L'accusé doit encore satisfaire au critère de la vraisemblance pour invoquer la défense fondée sur l'erreur... Il ne pourra jamais invoquer cette défense lorsque sa croyance erronée provient de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire, ou, surtout, lorsqu'il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement de la personne plaignante.

Par conséquent, compte tenu de l'omission de M. Cornejo de prendre quelque mesure que ce soit, pour reprendre l'expression de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Cinous*, à la p. 31 des R.C.S., il n'existait de « véritable question » devant être tranchée par le jury.

[20] Les dispositions pertinentes du *Code criminel* se lisent comme suit :

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

a) cette croyance provient :

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire,

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement. 1992, ch. 38, art. 1

[21] L'objet de ces dispositions est de faire en sorte que les participants sachent clairement que l'autre partenaire consent à l'activité sexuelle. Le régime législatif remplace les présomptions traditionnellement, et de façon non appropriée, associées à la passivité et au silence. Une personne se trouvant dans la situation de M. Cornejo court un grave risque en fondant une présomption de consentement sur la passivité et sur des réponses non verbales comme justification du fait qu'il peut présumer qu'il y a consentement.

[22] Dans *Criminal Law*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2000) le professeur Kent Roach explique ce qu'est l'obligation de fournir la preuve que des démarches raisonnables sont faites (aux app. 157-58) :

[TRADUCTION] Le rejet de la défense fondée sur l'erreur de fait à l'alinéa 273.2b), sauf si l'accusé prend des mesures raisonnables dans les circonstances dont il a alors connaissance pour s'assurer du consentement du plaignant à l'activité en question, comporte des éléments de faute à la fois subjectifs et objectifs de façon novatrice et créative... L'obligation de l'accusé de prendre des mesures raisonnables est uniquement fondée sur ce dont il a connaissance de manière subjective à ce moment-là. Par contre, l'alinéa 273.2b) exige que l'accusé agisse comme le ferait une personne raisonnable dans les circonstances en prenant des mesures raisonnables pour s'assurer que le plaignant était consentant. La réponse repose en grande partie sur ce que sont de l'avis de la Cour les mesures raisonnables qui doivent être prises pour s'assurer du consentement. Certains juges pourront estimer que des mesures positives doivent être prises dans la plupart, voire la totalité, des situations, indépendamment de la perception subjective que l'accusé a des circonstances. D'autres pourront exiger de telles mesures uniquement si le plaignant a fait montre de résistance ou communiqué son absence de consentement d'une quelconque façon dont l'accusé a subjectivement connaissance.

(Soulignement ajouté.)

[23] Le juge Wood a déclaré ceci dans *R. v. G. (R.)* (1994), 1994 CanLII 8752 (BCCA), 38 C.R. (4th) 123, [1994] B.C.J. n° 3094 (QL) (C.A.) [à la p. 130 des C.R.] :

[TRADUCTION] [L'alinéa] 273.2 b) crée de toute évidence une relation proportionnelle entre les mesures raisonnables qui devront être prises par l'accusé pour s'assurer que le plaignant était consentant et les circonstances dont l'accusé avait alors connaissance.

[24] Quelles sont les circonstances dont M. Cornejo avait connaissance?

[25] La plaignante et M. Cornejo étaient des collègues de travail. La plaignante n'avait jamais donné à M. Cornejo quelque indication que ce soit du fait qu'elle était intéressée à avoir des rapports sexuels avec lui. En fait, comme l'a indiqué M. Cornejo dans son témoignage, chaque fois qu'il avait parlé de la possibilité d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante, celle-ci avait explicitement rejeté cette possibilité.

[26] Elle et lui ne s'étaient pas parlé lors du tournoi de golf ce jour-là, et elle ne lui avait d'aucune façon fait savoir qu'elle était intéressée à le voir, encore moins à se livrer à une activité sexuelle avec lui.

[27] Le soir en question, M. Cornejo avait téléphoné à la plaignante à trois reprises après minuit. Tout en sachant que la plaignante avait attendu la visite de son petit ami, M. Cornejo avait décidé de conduire jusqu'à son appartement en se fondant sur ce qui peut seulement être décrit comme un gémissement ambigu de la part de la plaignante. Lorsqu'il était arrivé chez elle, il avait cogné à la porte et elle n'avait pas répondu.

[28] M. Cornejo a témoigné qu'il n'avait aucunement le droit d'entrer dans l'appartement de la plaignante ce soir-là et que celle-ci était profondément endormie à son arrivée. Il l'avait réveillée, et elle lui avait demandé « Qu'est-ce que tu fais ici, bon sang », ce qui correspond à un commentaire ambigu et indique clairement qu'elle n'avait convenu qu'il entre dans son appartement.

[29] Les seuls mots que la plaignante a prononcés étaient, selon M. Cornejo, « Qu'est-ce que tu fais ici, bon sang », « non, pas sur la bouche » et « parce que je ne suis pas amoureuse de toi ». Qu'on les prenne isolément ou ensemble, ces bouts de phrase dénotent le rejet. Ils ne sont pas ambigus. Il est difficile de concevoir comment ces déclarations pourraient être interprétées comme une incitation permettant à M. Cornejo de présumer qu'il pouvait poursuivre l'activité sexuelle qu'il avait entamée.

[30] Il s'agissait de circonstances qui dictaient la prise de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de l'autre. Les rejets antérieurs de ses avances sexuelles par la plaignante, les excuses qu'il lui avait présentées dans le passé par suite de ses avances sexuelles inappropriées, le fait qu'elle lui ait demandé de raccrocher lors des deux premiers appels téléphoniques pour qu'elle puisse parler à son petit ami, la réponse ambiguë qu'elle a donnée lors du troisième appel, le fait qu'elle n'ait pas répondu à la porte, le fait qu'il soit entré dans l'appartement sans permission et qu'il ait trouvé la plaignante endormie et

stupéfaite par sa présence, tout cela commandait qu'il prenne des mesures raisonnables pour savoir si elle consentait à l'activité sexuelle. Elle ne l'a jamais touché, ses yeux étaient fermés, il savait qu'elle avait bu ce jour-là, et chaque rejet qu'elle lui avait signifié ce soir-là, d'après le témoignage de l'accusé lui-même, cela a entraîné une conduite sexuelle plus agressive de sa part.

[31] L'avocate de M. Cornejo a affirmé que son client avait pris les mesures raisonnables qui suivent pour s'assurer du consentement de la plaignante : il lui avait passé la main dans les cheveux; il l'avait embrassée sur le front; il l'avait embrassée sur la bouche; la plaignante avait soulevé le bassin lorsqu'il lui avait enlevé ses vêtements.

[32] Mais ce sont là des observations qui permettent à M. Cornejo de transformer ses propres actes en indices de consentement. Dans les circonstances, M. Cornejo aurait dû prendre des mesures avant de se livrer à quelque activité sexuelle que ce soit pour vérifier si la plaignante était consentante. Dans *R. v. Darrach* (1998), [1998 CanLII 1648 \(ONCA\)](#), 38 O.R. (3d) 1, 122 C.C.C. (3d) 225 (C.A.), conf. par [2000 CSC 46 \(CanLII\)](#), [2002] 2 R.C.S. 443, 191 D.L.R. (4th) 539, le juge en chef adjoint Morden a expliqué, au para. 90 [p. 25 des O.R.], que l'al. 273.2b) exige qu'« une personne qui s'apprête à se livrer à une activité sexuelle prenne "des mesures raisonnables . . . pour s'assurer que la plaignante était consentante". » À mon avis, aucune mesure de quelque genre que ce soit, encore moins des mesures raisonnables, n'a été prise.

[33] Si l'on se fie au témoignage même de M. Cornejo, la plaignante a dit « non » et l'a physiquement repoussé afin qu'il ne l'embrasse pas sur la bouche. On ne pourrait pas interpréter cela comme une mesure raisonnable pour s'assurer du consentement à une activité sexuelle ou pour le conforter dans l'idée qu'il avait ainsi obtenu son consentement et pouvait donc aller de l'avant.

[34] Toute personne raisonnable se trouvant dans la situation de M. Cornejo, qui aurait connaissance des mêmes circonstances, aurait pris des mesures supplémentaires pour s'assurer du consentement de l'autre avant de poursuivre une activité sexuelle. Par contre, aucune personne raisonnable qui se fait dire par une personne qu'elle n'est pas intéressée à se faire embrasser parce qu'elle n'aime pas l'autre, ne présumerait que la personne serait intéressée, subsidiairement, à se faire enlever ses vêtements et à avoir des rapports sexuels.

[35] En conséquence, le juge de première instance a commis une erreur en acceptant que le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement soit soumis à l'appréciation du jury.

Conclusion

[36] Par conséquent, j'accueille l'appel, j'annule les verdicts d'acquiescement et j'ordonne la tenue d'un nouveau procès.

Appel accueilli.