

**NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DE LA FAMILLE
DOSSIER DE SYNTHÈSE**

Par Sylvie Falardeau, Valérie Boudreau et Iliana Auverana

Groupe essential validity : physical capacity

TERMES EN CAUSE

ability to consummate the marriage
capacity to consummate the marriage
consummation of the marriage
failure to consummate the marriage
impotence
impotency
inability to consummate the marriage
incapacity to consummate the marriage
lack of consummation of the marriage
non-consummation of the marriage
physical capacity
physical incapacity
refusal of consummation
refusal to consummate
sexual capacity
sexual incapacity
wilful refusal of consummation of the marriage
wilful refusal to consummate the marriage
willful refusal to consummate the marriage

ANALYSE NOTIONNELLE

physical capacity
physical incapacity
sexual capacity
sexual incapacity

Un mariage ne peut pas être valide s'il ne rencontre pas les éléments essentiels à sa validité. Nous pouvons rassembler ces derniers en trois groupes soit : la *legal capacity*, la *mental capacity* et la *physical capacity*.

The prerequisites of a valid marriage are : (1) legal capacity to enter into the relationship; (2) capacity to perform the sexual duties of marriage; (3) freedom of consent ; and (4) compliance with the ceremonial or evidentiary requirements imposed by law as conditions precedent to the existence of the matrimonial status. (1), (2), and (3) pertain to what is sometimes called the essential validity of a marriage, while (4) pertains to its formal validity. Where there is an absence of (1) or (3) or (4) the 'marriage is void *ab initio* except where the legal incapacity is that of nonage. Where (2) is lacking the marriage is merely voidable, although the effect of a decree of annulment is that the marriage is deemed never to have existed. [Nous soulignons.] [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984, à la page 60.]

Dans ce dossier, nous traitons de la *physical capacity*. On entend par *physical capacity*, la *sexual capacity* ou la *capacity to consummate a marriage*. Sans cette condition, le mariage peut être déclaré invalide à cause de la *non-consummation of the marriage* pour cause de *physical incapacity/inability* et plus précisément de *sexual incapacity*, souvent attribuable à l'*impotence* de l'un des deux conjoints.

Le terme *capacity* employé seul et dans un contexte juridique fait référence à toute une gamme de *capacities* inhérentes au droit telle que la *legal capacity*, la *physical capacity*, la *mental capacity*, la *contractual capacity*, etc.

capacity. 1. Competency in law. Usage: "Generally, a minor does not have the capacity to enter into contracts." See legal capacity; mental capacity; testamentary capacity. **2.** A person's ability to understand the nature and effect of the act in which he is engaged. Usage: "Since he knows no English, he doesn't have the capacity to understand the contract." **3.** The status in which a person acts. Usage: "When she agreed to buy the car, was she acting in her capacity as Bill's agent or was she acting for herself?" See criminal capacity; fiduciary capacity. **4.** Ability or capability generally. Usage: "does Argentina have the capacity to respond to an attack by Brazil?" See earning capacity. [Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «capacity».]

Il en va de même pour le terme *incapacity* employé seul dans un contexte juridique.

incapacity. 1. Lack of physical or mental capabilities. **2.** Lack of ability to have certain legal consequences attach to one's action. • For example, a five-year-old has an incapacity to make a binding contract. **3.** Disability (1). **4.** Disability (2). Cf. incompetency. [Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «incapacity».]

Dans cette étude, nous nous penchons sur la *physical capacity* en tant qu'élément essentiel à la validité d'un mariage et à la *physical incapacity* comme motif d'invalidation d'un mariage.

La définition suivante souligne le fait que l'adjectif *physical* fait référence au corps d'une personne par opposition à son esprit. Ce qui n'empêche pas l'état mental ou psychologique d'une personne d'être une cause potentielle de la *physical incapacity*.

physical. 1. Pertaining to the body, as distinguished from the mind. Compare mental. **2.** Pertaining to matter; pertaining to that which is material, tangible, or corporeal. [Nous soulignons.]

[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «physical».]

Cette *physical capacity* est nommée plus explicitement dans plusieurs ouvrages de doctrine la *sexual capacity*.

... it becomes possible, in spite of the requirement of **sexual capacity**, for persons to contract companionate marriages that are beyond challenge. ... Otherwise, it might not be possible for some old or disabled people to marry without anxiety about possible nullity actions.
[Simon R. Fodden, *Family Law: Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 1999 à la page 14.]

La *sexual incapacity* est expliquée dans les termes suivants :

Perhaps the commonest physical expressions of **sexual incapacity** are, for men, the inability to obtain a penile erection or to sustain an erection long enough to permit penetration, and, for women, a septum or an obstruction of the vagina through vaginismus such that the admission of the penis is impossible or painful.
[Simon R. Fodden, *Family Law: Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 1999, à la page 14.]

Elle doit exister au moment du mariage et être considérée comme incurable.

The **sexual incapacity** must exist at the time of the marriage and throughout the marriage, although courts have frequently recognized psychological impotence manifested after the marriage has been solemnized. It must also be incurable but will be regarded as incurable when the condition can only be remedied by an operation attended by danger or when the spouse under the disability persistently refuses to undergo treatment that carries no significant risk.
[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law Inc., à la page 41.]

ÉQUIVALENTS

Les équivalents relevés sont « capacité physique » et « incapacité physique » pour rendre les termes *physical capacity* et *physical incapacity* et « capacité sexuelle » et « incapacité sexuelle » pour traduire *sexual capacity* et *sexual incapacity*. Ces équivalents ne sont pas problématiques et on les trouve abondamment dans les textes juridiques comme en font foi les extraits suivants :

À propos de la « capacité physique » et de l'« incapacité physique ».

Pour qu'un mariage soit considéré comme valide, il faut encore que les parties aient la **capacité physique** de le consommer. Les tribunaux de common law ont établi que l'incapacité de consommer le mariage signifie être incapable de rapports sexuels ordinaires complets, à la condition que l'autre partie n'ait pas été au courant des difficultés de son futur conjoint.
[Donald Poirier, *La famille*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 10, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1998, à la page 27.]

Pour que le mariage soit valide, il doit avoir lieu entre un homme et une femme. Une personne qui a eu un changement de sexe garde son sexe initial du point de vue juridique en matière de mariage.

La non-consommation du mariage à cause d'une **incapacité physique** de l'un des conjoints rend le mariage annulable.

[Internet. [<http://www.gov.pe.ca>]. Ministère de l'Éducation et des Ressources Humaines, Charlottetown, Mai 1994, Sciences humaines, *Programme d'études Droit 521*.]

Concernant la « capacité sexuelle » et l'« incapacité sexuelle ».

Les conditions essentielles à la validité du mariage sont réglementées par le fédéral. Or le fédéral a laissé presque intacte la common law, en la matière. Selon le droit, les éléments essentiels à la validité du mariage sont la capacité légale de se marier, la capacité mentale, des degrés d'affinité et de consanguinité non prohibés, le libre consentement, la **capacité sexuelle** et l'âge minimum requis.

[Internet. [<http://www.gov.pe.ca>]. Ministère de l'Éducation et des Ressources Humaines, Charlottetown, Mai 1994, Sciences humaines, *Programme d'études Droit 521*.]

On distingue traditionnellement trois sortes d'**incapacité sexuelle** chez la femme. Le plus souvent, les parties sont trop resserrées pour permettre l'intromission, c'est l'« arctitude ». [...] Dans le deuxième cas, une membrane, que les spécialistes appellent *velamen*, « barre » le vagin. [...] Dans un troisième cas, le col de la matrice est envahi dans sa totalité par des excroissances charnues qui forment une masse cohérente et sans faille.

[Pierre Darmon, *Le tribunal de l'impuissance : virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, Paris, Éditions du Seuil, 1979, aux pages 50-51-52.]

Les équivalents proposés sont « **capacité physique** » et « **incapacité physique** » pour rendre les termes *physical capacity* et *physical incapacity* et « **capacité sexuelle** » et « **incapacité sexuelle** » pour traduire *sexual capacity* et *sexual incapacity*.

ANALYSE NOTIONNELLE

ability to consummate the marriage

capacity to consummate the marriage

consummation of the marriage

inability to consummate the marriage

incapacity to consummate the marriage

non-consummation of the marriage

Dans un contexte concernant le mariage, la *physical capacity* fait référence à la *physical capacity to consummate a marriage* et la *physical incapacity*, à la *physical incapacity to consummate a marriage*.

physical incapacity for marriage. The condition of a person who is unable because of physical defect to consummate his or her marriage. See consummation of marriage; impotence.

[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «physical incapacity for marriage».]

Cette *consummation* est le premier rapport sexuel entre les époux qui se produit après la cérémonie du mariage.

A marriage is consummated on the first occasion when the spouses engage in postmarital sexual intercourse. Once consummated, always consummated, is the criterion. Premarital intercourse cannot constitute consummation of a subsequent marriage between the parties, although it may be presumptive evidence of the capacity of the spouses to engage in sexual intercourse.
[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008, à la page 41.]

Si, au moment de la cérémonie, un des deux époux était *incapable to consummate the marriage*, alors, la *non-consummation of the marriage* est un motif d'annulation de mariage puisqu'il y a une *physical incapacity to contract a valid marriage*. Il est bien important de préciser que c'est la *physical incapacity* qui est la raison de la *non-consummation*, car la *non-consummation* en soi n'est pas un motif d'annulation de mariage s'il y a *physical capacity*.

There is a common misconception that "**non-consummation**" is a ground for annulment: the law requires merely that sexual capacity be present, not that it be used. See, generally, J. David Fine, "Annulment of Marriage for Impotence in the Common Law of Canada" (1973) 8 R.F.L. 129.
[Simon R. Fodden, *Family Law: Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 1999 à la page 13.]

Voici quelques définitions du verbe *consummate* et de l'expression *consummation of the marriage* tirées de dictionnaires juridiques.

consummate, *vb.* **1.** To bring to completion; esp., to make (a marriage) complete by sexual intercourse. **2.** To achieve; to fulfill. **3.** To perfect; to carry to the highest degree. [Nous soulignons.]
[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, *s.v.* «consummate».]

consummate. *v.* **1.** To finish. **2.** "A marriage is consummated once sexual intercourse has taken place..." *Sau v. Sau* (1970), 1 R.F.L. 250 at 251 (Ont. H.C.), Parker J.
[Daphne Dukelow, *Dictionary of Canadian Law*, Pocket, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2002, *s.v.* «consummate».]

consummation of marriage. Sexual intercourse after marriage. Non-consummation is grounds for annulment of marriage in many states.
[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, *s.v.* «consummation of marriage».]

consummation of marriage. *Family law.* The first post-marital act of sexual intercourse between a husband and wife. ● Under canon law, a refusal to consummate the marriage may be grounds for an annulment or for divorce. But this is not so at common law or under modern state law.
[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, *s.v.* «consummation of marriage».]

consummation of marriage. Full normal sexual intercourse between married persons after their marriage, irrespective of whether conception is effected or is precluded, or is impossible for any reason. Inability to consummate by reason of impotence is a ground of nullity of marriage, and willful refusal to consummate is always a ground of nullity in England.

[David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, New York, Oxford University Press, 1980, s.v. «consummation of marriage».]

L'absence de *consummation of the marriage* est la *non-consummation of the marriage*.

non-consummation (of marriage) *n.*

Absence of sexual relations between the spouses after the solemnization of the marriage.

Obs. 1^o Although non-consummation of marriage is grounds for nullity of marriage in some systems of religious law, it does not constitute grounds for nullity of marriage in Quebec civil law.

2^o The former *Divorce Act* treated non-consummation as grounds for divorce where it was accompanied by *de facto* separation (s. 4(1)(d), R.S.C. 1970, c. D-8). The *Divorce Act* does not set out non-consummation as grounds for divorce (R.S.C.1985, c. 3 (2nd Supp.)).

See also impotence, nullity of (the) marriage.

Fr. non-consommation (du mariage).

[Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues/ Private Law Dictionary of the Family and Bilingual Lexicons*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1999, s.v. «non-consummation».]

Même si la définition ci-dessus est tirée d'un ouvrage civiliste, il n'en demeure pas moins que la notion est la même.

Non-consummation

Another specified circumstance that can show marriage breakdown is that the marriage has not been consummated *and* the respondent, for a period of not less than one year has been unable, by reason of illness or disability or has refused to consummate it. (p. 50)

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Lynn King, *What Every Women Should Know About Marriage, Separation, and Divorce*, Ontario, James Lorimer & Company, 1980, à la page 50.]

On trouve dans la doctrine et dans Internet les expressions *ability to consummate the marriage* et *capacity to consummate the marriage* ainsi que *inability to consummate a marriage* et *incapacity to consummate a marriage*, employées de manière interchangeable.

The parties to a marriage must have the **capacity to consummate** it, that is, they must be able to engage in sexual intercourse, and the lack of this power may render a marriage voidable. The capacity must exist at the time of the marriage. Typically, a plaintiff will rely on the inability of the marriage partner, but it is possible to plead one's own **inability to consummate**. It may be important to note that although the law's original concern here was likely with the ability of the parties to procreate, sterility *per se* is not a ground for annulment. **Inability to consummate a marriage renders it voidable** only. [Nous soulignons.]
[Simon R. Fodden, *Family Law: Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 1999, à la page 13.]

Voici les définitions des termes *ability* et *inability* tirées des dictionnaires juridiques et de langue générale.

ability. *n.* Capacity to perform an act; skill. [Nous soulignons.]

[Daphne Dukelow, *Dictionary of Canadian Law*, Pocket, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2002, s.v. «ability».]

ability. Capacity to perform an act or service; e.g. to support spouse and family. Financial ability is usually construed as referring to pecuniary ability. See also capacity; incapacity [Nous soulignons.]

[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «ability».]

inability *noun* **1.** the state of being unable. **2.** a lack of power or means.

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «inability».]

inability *n.* a lack of ability, power or means; condition of being unable.

[Gaelan Dodds de Wolf et al., *Gage Canadian Dictionary*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1997, s.v. «inability».]

Les unités *capacity* et *ability* ne sont pas employées seules, mais bien dans les syntagmes *capacity to consummate* et *ability to consummate*. Ces dernières font toutes deux référence à l'aptitude d'une personne à avoir des relations sexuelles ordinaires et complètes.

The cases have been preoccupied then, not with question of fertility but with what 'ordinary and complete intercourse' entails. Often, the issue is whether the wife has a sufficiently accomodating vaginal cavity which can be penetrated, and whether the husband is capable of sufficient penile penetration of it. No other form of sexual activity counts.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Sonia Harris-Short et Joanna Miles, *Family Law: Text, Cases and Materials*, New York, Oxford University Press, 2007, à la page 148.]

La *capacity to consummate (the marriage)* ou l'*ability to consummate (the marriage)* est une condition essentielle à la validité du mariage et elle doit exister au moment de la célébration de ce dernier. L'*incapacity to consummate* ou bien l'*inability to consummate* est un motif pour rendre le *marriage voidable*.

The **ability to consummate the marriage** was sufficiently important that the inability to do so was a ground for annulment at common law. As statutes replace the common law, failure or **inability to consummate marriage** has remained a ground for annulment in many states.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Brenda Cossman, *Sexual Citizens: The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*, California, Stanford University Press, 2007, à la page 75.]

Les causes de cette *sexual incapacity* sont multiples comme nous pouvons le constater dans les extraits qui suivent :

The law does not care about the cause of the **incapacity**. It may be the result of organic illness, congenital condition, or psychological disturbance. Moreover, the psychologically based impotence may exist with respect to the marriage partner but not with respect to other persons, and yet may form the basis for a nullity action. [Nous soulignons.]

[Simon R. Fodden, *Family Law: Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 1999 à la page 14.]

incapacity to consummate. A party is incapable of consummating a marriage if his or her mental health or physical condition makes consummation of the marriage a practical impossibility. The condition must be one which existed at the time of the marriage. [Nous soulignons.]

[Kay Boyes Editor. *Halsburys' Laws of England*. Fourth Edition, vol. 13, London, Butterworths, 1973, à la page 267.]

The **inability to consummate the marriage** may arise from a physical incapacity or from an invincible repugnance or aversion to sexual intercourse. The **sexual incapacity** may be general in character or it may exist only as between the spouses themselves. [Nous soulignons.]
[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008, à la page 41.]

At common law **consummation of the marriage** was recognized as necessary to create a legally binding relationship. Where, because a male transsexual has undergone female sex reassignment surgery, there is no **ability to consummate a marriage**, it may be annulled as a nullity. [Nous soulignons.]
[David W. Meyers, *The Human Body and the Law*, California, Stanford University Press, 1990, à la page 226.]

ÉQUIVALENTS

L'équivalent relevé pour *consummation of the marriage* dans la jurisprudence et dans la doctrine est « consommation du/de mariage ».

Questionné à propos de la **consommation du mariage**, l'appelant s'est exprimé pour dire qu'il y avait eu **consommation du mariage** depuis le prononcé de la décision de l'agent des visas. Encore qu'il a produit en preuve une déclaration de l'imam destiné à expliquer les us et coutumes en matière de célébration et de **consommation de mariage** faits en conformité avec les préceptes de la foi musulmane.
[*Bougour c. Canada* (Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CanLII 47742 (C.I.S.R.).]

L'impuissance de l'un des époux n'entraîne la nullité du mariage que si elle fournit un obstacle perpétuel à la **consommation du mariage** et si elle existait déjà lors de sa célébration. [...]
Dans le cas présent, la demande de la femme est dirigée contre son mari, mais les experts nommés ont déclaré qu'il n'existait chez le mari aucun obstacle à la **consommation du mariage** [...]
[Internet. [<http://books.google.ca>]. *Journal du droit international*, vol. 22, publié par Édouard Clundet, André Henri Alfred Prudhomme, 1895, à la page 161.]

Dans le *Trésor de la langue française informatisé*, nous trouvons la définition suivante pour « consommation du mariage ».

Consommation du mariage. Union charnelle des époux qui, selon le droit canon, rend le mariage indissoluble. Une vierge pense instinctivement à la consommation et aux suites du mariage (AMIEL, *Journal intime*, 1866, p. 193) :

- 2. ... elle [Jeanne de Schomberg] fut mariée malgré elle au comte de Brissac qui lui répugnait, et avec raison. Elle s'opposa bel et bien, durant la nuit des noces, à la **consommation du mariage**, qui fut rompu juridiquement (1618).
SAINTE-BEUVE, *Port-Royal*, t. 4, 1859, p. 437.
[Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «consommation».]

L'équivalent relevé pour *non-consummation of the marriage* dans le *Dictionnaire de droit privé de la famille* est « non-consommation (du mariage) ». Il en va de même dans la jurisprudence et dans les textes juridiques.

Contre les allégations de Henry que nous venons d'étudier, Catherine avait défendu la validité de son mariage avec Henry en affirmant la **non-consommation** de son premier **mariage**, cela enlevait toute base factuelle à l'empêchement de l'affinité compris selon la théologie de ce temps. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Guy Bedouelle et Patrick Le Gal, *Le «divorce» du Roi Henry VIII : études et documents*, 1987, à la page 34.]

Lorsque l'appelant a rendu visite à sa femme une seconde fois (c'est-à-dire en 2007), ils ont alors consommé le mariage, parce que l'appelant et la demandeur [sic] ont été en mesure de convaincre les parents de celle-ci que du fait qu'ils n'avaient pas consommé leur mariage, il en découlait des problèmes avec les autorités canadiennes de l'immigration, celles-ci estimant que la **non-consommation du mariage** était un signe de non-authenticité de celui-ci. Les parents ont accepté avec réticence une fois qu'ils ont compris la situation. Du fait du consentement des parents de la demandeur [sic], celle-ci et l'appelant ont consommé leur mariage en avril 2007. [Nous soulignons.]
[*Radha c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 69426 (C.I.S.R.).]

Dans le *Trésor de la langue française informatisé* sous la vedette « non-consommation », nous trouvons la définition suivante :

non-consommation. 1. [Correspond à *consommation A*] *Il ne peut y avoir de divorce (...) si l'on plaidait la nullité, sous prétexte de non-consommation, figurez-vous un peu le beau bruit que cela ferait* (MÉRIMÉE).

Nous avons relevé la tournure « capacité de consommer le mariage » pour *capacity to consummate a marriage* et « incapacité de consommer le mariage » pour *incapacity to consummate a marriage*.

Attendu qu'inutilement on alléguerait qu'il y a eu erreur de la part de l'individu qui a contracté mariage avec une personne incapable de le consommer, et que l'erreur vicie son consentement, sans lequel il ne peut exister mariage; puisque *l'erreur* en cette matière *ne s'entend pas*, comme l'observait M. de Portalis, *d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou les conditions de la personne avec laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même, que la capacité de consommer le mariage n'est qu'une qualité de la personne*, et que *l'époux qui en est privé n'en est pas moins identiquement le même individu avec lequel on s'était engagé par contrat*, etc. [Nous soulignons.]
[Internet. [<http://books.google.ca>]. Joseph Briand, *Manuel complet de médecine légale, ou résumés des meilleurs ouvrages publiés jusqu'à ce jour sur cette matière et des jugements et arrêts les plus récents*, Paris, 1852 à la page 102].

Pour qu'un mariage soit considéré comme valide, il faut encore que les parties aient la capacité physique de le consommer. Les tribunaux de common law ont établi que l'**incapacité de consommer le mariage** signifie être incapable de rapports sexuels ordinaires complets, à la condition que l'autre partie n'ait pas été au courant des difficultés de son futur conjoint. Par ailleurs, la stérilité n'est pas un motif d'annulation de mariage. Ce n'est pas principalement le fait que le mariage ne soit pas consommé qui conduit à son annulation éventuelle, mais l'**incapacité physique de le consommer**. Un **mariage non consommé** est annulable à la demande d'une des parties.
[Donald Poirier, *La famille*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 10, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1998, aux pages 27 et 28.]

Les termes *ability to consummate* et *inability to consummate* sont traduits respectivement par « **capacité de consommer** » et « **incapacité de consommer** » dans les textes consultés et dans les extraits ci-dessous.

Selon les règles de common law, les parties doivent être de sexe opposé, avoir la **capacité de consommer** le mariage, ne pas avoir de liens trop étroits par le sang ou une alliance, ne pas avoir été mariées auparavant et avoir la capacité de donner leur consentement.

[Internet. [http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca]. Brenda Cossman et Bruce Ryder, *L'assujettissement juridique des rapports personnels entre adultes : Évaluation des objectifs des politiques et des alternatives juridiques dans le cadre de la législation fédérale*, 2000, à la page 44.]

L'appelant et la demandeur [sic] se sont mariés le 24 janvier 2003. Pourtant, la demande de parrainage n'a été présentée que le 14 juin 2004, soit 16 mois plus tard. Compte tenu de son témoignage selon lequel la demandeur [sic] et lui se sont sentis frustrés par leur **incapacité de consommer leur mariage** et d'avoir des enfants, l'appelant a dû expliquer ce délai.
[*Shibley c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 67723 (C.I.S.R.).]

Ces tournures sont bien ancrées dans l'usage et ne posent pas problèmes.

ANALYSE NOTIONNELLE

lack of consummation of the marriage

Voici quelques extraits qui présentent *lack of consummation of the marriage* en contexte dans la jurisprudence canadienne.

One of the key concerns that were noted in the CAIPS notes was **lack of consummation of the marriage**. As the panel indicated earlier on the record, **lack of consummation of a marriage** when presented with the opportunity to do so or when the parties do not create opportunities to consummate the marriage in a reasonable timeframe, would suggest that the marriage is not genuine. Genuinely married people would attempt to consummate the marriage as soon as possible.

[*Upal v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2006 CanLII 71541 (I.R.B.).]

In the present appeal, this is very important, as the applicant first states a series of facts which lead the officer to conclude that the marriage is not genuine. The first fact of note has to do with the **lack of consummation of the marriage** and the second fact has to do with the short stay of the appellant, combined with the third fact where he travels to Hong Kong to deal with some business opportunities.

[*Phuong v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2007 CanLII 72572 (I.R.B.).]

The reasons for the refusal of the applicant are to be found in the CAIPS notes and mainly can be summarized by the following:

- reason for the marriage was to allow the applicant to live with his sister who is in Canada
- unclear circumstances of the ending of the relationship of the appellant with the father of her children (multiple separations);
- circumstances relating to the genesis of the relationship between the appellant and the applicant;
- knowledge of the spouses about each other;
- lack of visit, or signs of affection or emotion;
- **lack of consummation of the marriage**;
- absence of contacts and communication before and after the marriage;

[...]

[*Nalliah v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2008 CanLII 76460 (I.R.B.).]

Les expressions construites avec *lack of* sont souvent utilisées pour expliquer un terme comme dans les exemples suivants :

incapacity. 1. Lack of physical or mental capabilities.

[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «incapacity».]

inability noun 2. a lack of power or means.

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «inability».]

impotence n. 1. a lack of power; helplessness; the condition or quality of being impotent. 2. a lack of ability to have sexual intercourse.

[Gaelan Dodds de Wolf et al., *Gage Canadian Dictionary*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1997, s.v. «impotence».]

failure. 1. A lack of success; inability; the fact of having fallen short. Example: failure of proof.

[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «failure».]

Regardons de près la définition du *Webster's Third New International Dictionary Unabridged* de la vedette *lack*.

lack. n. (usu. foll. by of) an absence, want, or deficiency (a lack of talent; felt the lack of warmth)

Selon cette définition, *lack* présente plusieurs aspects dont celui de l'absence et celui du manque.

Nous avons vu que la *non-consummation* est définie comme une « absence of sexual relations between the spouses after the solemnization of the marriage » selon le *Dictionnaire de droit privé de la famille*. Donc, nous sommes en présence d'une absence de la *consummation*.

On constate que l'expression *lack of consummation* tout comme le terme *non-consummation* sont deux tournures interchangeables dans les contextes précités. On peut dès lors reconnaître que le *lack of consummation* met l'accent, lui aussi, sur l'absence de la *consummation* dans les contextes en question.

Ils expriment la même notion. Pour cette raison, nous allons les considérer comme des synonymes.

ÉQUIVALENTS

Voici comment l'expression *lack of consummation of the marriage* a été traduite dans les arrêts de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut du réfugié du Canada.

Parmi les principales préoccupations consignées dans les notes figurant au STIDI, mentionnons la **non-consommation du mariage**. Comme le tribunal l'a déjà indiqué, **le fait de ne pas consommer un mariage** alors qu'il est possible de le faire ou le fait pour les époux de ne provoquer aucune occasion de consommer le mariage au cours d'une période raisonnable porte à croire que le mariage n'est pas authentique. Un couple dont le mariage est authentique chercherait à consommer celui-ci le plus tôt possible.

[*Upal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 71541 (C.I.S.R.).]

En l'espèce, il s'agit de détails très importants puisque la demandeur [sic] a présenté, au départ, une série de faits qui ont poussé l'agent à conclure que le mariage n'est pas authentique. Le premier fait est lié à celui que le **mariage n'a pas été consommé**, et le second, au fait que les séjours de l'appelant ont été brefs et qu'il s'est rendu à Hong Kong pour ses affaires.

[*Phuong c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 72572 (C.I.S.R.).]

Les motifs du refus sont exposés dans les notes versées dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration et ils se résument essentiellement comme suit :

- le mariage visait à permettre au demandeur de vivre avec sa sœur au Canada;
- les circonstances de la fin de la relation de l'appelante avec le père de ses enfants (séparations multiples) ne sont pas claires;
- les circonstances de la genèse de la relation entre l'appelante et le demandeur;
- leur connaissance mutuelle de l'un et l'autre ;
- la **non-consommation du mariage**;
- l'absence de contacts et de communications avant et après le mariage;

[...]

[*Nalliah c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 76460 (C.I.S.R.).]

La seule unité terminologique relevée est « non-consommation du mariage ».

Nous avons pensé que « absence de consommation du mariage » pouvait être un équivalent potentiel, mais une petite recherche dans les pages francophones de Google, nous a permis de voir qu'il y a 12 occurrences d' « absence de consommation du mariage » et 27 700 occurrences de « non-consommation du mariage ».

Nous proposons de retenir l'équivalent « non-consommation du mariage ».

ANALYSE NOTIONNELLE

impotence

impotency

Une *inability to consummate* peut exister en raison d'une *impotence*.

Voici quelques définitions d'*impotence* tirées de dictionnaires juridiques. Certains auteurs la décrivent comme une incapacité typiquement masculine.

impotence. A man's inability to achieve an erection and therefore to have sexual intercourse. ● Because an impotent husband cannot consummate a marriage, impotence has often been cited as a ground for annulment. – Also termed *impotency; physical incapacity; erectile dysfunction*. [Nous soulignons.]
[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «impotence».]

impotence. Inability, on the part of a male, to have sexual intercourse. Impotence is a ground for annulment of marriage in some jurisdictions, and for divorce in others. Note that impotence is not sterility. [Nous soulignons.]
[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «impotence».]

Tandis que d'autres attribuent autant à l'homme qu'à la femme cette *physical incapacity* d'accomplir l'acte sexuel.

impotence. *n.* The inability of either partner to have normal sexual intercourse (see also consummation of a marriage). In the case of a married couple this is sometimes called canonical disability (i.e. disability recognized by canon law, including that of the Roman Catholic Church, as a ground for annulment of the marriage). If the impotence is permanent and incurable, the marriage is voidable and either party may apply for a nullity decree. Impotence must be distinguished from *willful refusal to consummate. [Nous soulignons.]
[Elizabeth A. Martin, *A Dictionary of Law*, Fifth Edition, New York, Oxford University Press, 2003, s.v. «impotence».]

impotency. The inability to have complete normal sexual intercourse. It may arise from physical defect in either partner, or from psychological barrier amounting to invincible repugnance on the part of one to sexual relations with that partner. Sterility is irrelevant and does not imply impotency. At common law, following canon law, impotency was a ground for decree of nullity of the marriage, non-consummation of the marriage leaving it voidable and subject to annulment, and statute has affirmed this view. [Nous soulignons.]
[David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, New York, Oxford University Press, 1980, s.v. «impotency».]

impotence n.

Inability to have sexual relations. "That the impotence be 'apparent and manifest' is a condition which was added by the Codifiers of 1866 in order to render annulment on this ground more difficult" (Brierley, in *Canadian Family Law*, vol. 2, 795, p. 804).

Obs. 1^o Article 117 of the *Civil Code of Lower Canada* recognized impotence as grounds for relative nullity of a marriage where it was natural or accidental as well as apparent and manifest at the time of the marriage. The **Civil Code of Québec** does not provide for this ground of nullity; there is no federal legislation on this subject. **2^o** Impotence should not be confused with the inability to procreate, i.e. sterility.

Syn. Impotency. See also error as to the person, non-consummation (of marriage), nullity of (the) marriage.

Fr. impuissance.

[Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues/ Private Law Dictionary of the Family and Bilingual Lexicons*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1999, s.v. «impotence».]

Bryan A. Garner nous indique, dans *A Dictionary of Modern Legal Usage*, que *impotent* est employé improprement lorsqu'il s'agit d'une femme.

impotence; impotency. The latter is a NEEDLESS VARIANT. Impotence in the modern literal sense should be used only in reference to men, a fact not recognized by the writer of this sentence : "The statute authorizes suit to annul a marriage if, at the time of the marriage, either party was permanently *impotent* for physical or mental reasons." Black's notes that impotence is "properly used of the male; but it has also been used synonymously with *sterility*." Any such use in modern contexts is an abuse of the term. The corresponding affliction for women, sometimes alleged to be spurious, is frigidity. See **potence**. [Nous soulignons.]
[Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 1995, s.v. «impotence».]

Si on se tourne vers les dictionnaires de langue générale, on trouve les définitions suivantes :

impotence *n.* **1.** a lack of power; helplessness; the condition or quality of being impotent. **2.** a lack of ability to have sexual intercourse. Also, **impotency**. [Nous soulignons.]
[Gaelan Dodds de Wolf et al., *Gage Canadian Dictionary*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1997, s.v. «impotence».]

impotent *n.* **1.** not having power or strength ... **2.** lacking bodily strength. **3.** incapable of having sexual intercourse, especially, in a male, because of an inability to have an erection. [Nous soulignons.]
[Gaelan Dodds de Wolf et al., *Gage Canadian Dictionary*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1997, s.v. «impotent».]

impotence *noun* **impotency** *noun* **impotently** *adverb* [Nous soulignons.]
[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «impotence».]

impotence. 1 b(1) : a physical or psychological abnormal state usu. of a male characterized by inability to copulate. [Nous soulignons.]
[Philip Babcock dir., *Webster's Third New International Dictionary Unabridged*, Massachusetts, G. & C. Merriam Company Publishers, 1976, s.v. «impotence».]

impotence. n. 2. complete failure of sexual power, esp. in the male.
[Jess Stein dir., *The Random House Dictionary of the English Language The Unabridged Edition*, New York, Random House, 1973, s.v. «impotence».]

On constate que l'usage moderne du terme *impotence* se rapporte davantage à l'homme qu'à la femme.

Nous avons consulté des ouvrages médicaux, et nous avons constaté que pour certains auteurs le terme *impotence* est une forme d'incapacité qui survient autant chez l'homme que chez la femme et pour d'autres, que l'*impotence* survient uniquement chez l'homme.

By **sexual impotence** is to be understood an impossibility or difficulty in the accomplishment ~~in~~ of the act of copulation. Impotence, in the male ... implies the existence of some malformation, disease, or derangement of the genital organs ... The affection in women is by no means so important as it is in men. Nevertheless, it exists and is often the cause of much unhappiness. [Nous soulignons.]
[Internet. [<http://books.google.ca>]. William A. Hammond M.D., *Sexual Impotence in the Male and Female*, Detroit, 1887, à la page 305.]

impotence. A dysfunction in which the male is unable to perform the sexual act. It may be of psychosexual or organic origin. Also called *impotency*, *impotentia* (obsolete), *impotence*, *invirility* (obsolete). [Nous soulignons.]
[E. Lovell Becker, MD dir. *International Dictionary of Medicine and Biology*, New York, John Wiley & Sons, Inc., 1986, vol. 2, s.v. «impotence».]

Par ailleurs, en droit canonique, l'*impotence* est depuis fort longtemps reconnue chez la femme. Voici un extrait d'un ouvrage faisant référence au pape Grégoire II autour des années 720 ap. J.-C.

F.X. Wernz, after noting in his chapter on impotence, that Gregory's reply to Boniface seems to be the first reference of impotence in a woman.
[Internet. [<http://books.google.ca>]. William Kelly, S. J., Pope Gregory II on Divorce and Remarriage, Rome, Cura Pontificiae Universitatis Gregoriana edita, 1976, à la page 277.]

L'*impotence* est une forme d'incapacité qui peut donner lieu à une demande d'annulation du mariage. David J. Fine a réuni, dans son article intitulé *Annulment of Marriage for Impotence in the Common Law of Canada*, les éléments essentiels que l'on doit prouver lors d'une *action for nullity* à cause d'une *impotence*.

For the purposes of my decision, I am prepared to adopt an overview of the essential ingredients to be proved in an action of nullity because of impotence as outlined in an article by J. David Fine, "Annulment of Marriage for Impotence in the Common Law of Canada" (1973), 8 R.F.L. 129. It reads as follows [p. 129]:

A good overview of the essential ingredients to be proved in an action for nullity because of impotence was provided by Laidlaw J. A. in the Ontario Court of Appeal in 1944: *Rae v. Rae*, [1944] 2 D.L.R. 604; summarized in *Hardick (Fox Fox)* (1970), 3 F.L.R. 153 (Ont.); (1) Impotence must exist at the time of the marriage: *Napier v. Napier*, [1915] p. 184 at 190: (2) the incapacity pleaded must be such as to render intercourse impractical: *D.v. A* (1845) 1 Rob. Ecc. 279, 163 E.R. 1039; (3) the incapacity may stem from a "physical or mental or moral disability": *H. v. P. (H)* (1873), L.R. 3 P. & D. 126; and (4) the impotence must be incurable: *Welde (Aston) v. Welde* (1731), 2 Lee 580, 161 E.R. 446. [Nous soulignons.]

[Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Materials*, Fifth Student Edition, Ontario, Carswell, 2000, à la page 137.]

Nous tenons à garder la variante *impotency* qui est attestée dans plusieurs dictionnaires comme nous l'avons souligné plus haut et que nous trouvons fréquemment dans les textes juridiques.

Aylesworth J.A. in *Miller v. Miller*, [1947] O.R. 213 at 221, [1947] 3 D.L.R. 354 (C.A.) stated:

On the question of the sincerity of the complaint in an action for annulment of marriage, the law is well settled that the sincerity to be shown is that the Court must be satisfied that **impotency** is the real reason for bringing the action: *G.v.M.* (1885), 10 App. Cas. 171 (H.L.)

I am of the clear view that the respondent's **impotency** was not the real reason for the institution of this action. It is not open to the applicant, having entered into what might be termed a platonic marriage, to complain of the absence of sexual intercourse.

[Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Materials*, Fifth Student Edition, Ontario, Carswell, 2000, à la page 138.]

ÉQUIVALENTS

Nous avons trouvé dans les ouvrages de doctrine de common law rédigés en français l'équivalent « **impuissance** » pour traduire le terme *impotence*.

[...] le demandeur doit établir l'**impuissance** sur une prépondérance de la preuve pour éviter d'ouvrir les portes toutes grandes aux annulations de mariage. Enfin, un élément à considérer dans la preuve d'impuissance est la conduite du demandeur. Ainsi sa crédibilité sera mise en doute s'il attend trop longtemps pour demander l'annulation ou s'il savait, avant le mariage, que l'autre conjoint était **impuissant**. [Donald Poirier, *La famille*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 10, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1998, aux pages 27 et 28.]

Les causes de nullité relative [sont] l'**impuissance physique**; le refus de consommation sans raison; la déficience mentale; l'existence d'une maladie vénérienne et la fécondation *per alium*.

[Dominik Lasok, *Les tendances récentes du droit anglais en matière de mariage et de divorce*, Revue internationale de droit comparé, Année 1964, Volume 16, numéro 3, à la page 498.]

Dans l'affaire *W.v. W* ... la *Court of Appeal* a décidé que l'adoption commune d'un enfant par le mari et la femme signifiait l'approbation du mariage de la part du mari, quoique le mariage n'eût pas été consommé à cause de l'**impuissance physique** de la femme.

[Dominik Lasok, *Les tendances récentes du droit anglais en matière de mariage et de divorce*, Revue internationale de droit comparé, Année 1964, Volume 16, numéro 3, à la page 500.]

Regardons maintenant du côté des traits notionnels des mots français « impotence » et « impuissance ».

[...] les mots **impotence** et **impuissance** désignent des réalités très différentes. L'**impotence**, c'est le fait de ne pas bénéficier de l'entière mobilité de ses membres. Une personne impotente est une personne qui a des limitations fonctionnelles. On peut devenir **impotent** à la suite d'un accident ou d'une maladie, ou lorsqu'on atteint un âge très avancé. Dans certains contextes, **impotence** est synonyme d'**invalidité**. Et bien sûr, l'**impotence** n'est pas une condition physiologique exclusivement réservée aux hommes.

L'**impuissance** est le fait, pour un homme, de ne pas pouvoir accomplir l'acte sexuel de façon satisfaisante. C'est sous l'influence de l'anglais que certaines personnes confondent **impotence** et **impuissance**. En anglais, le mot *impotence* désigne les deux réalités. [Nous soulignons.]

[Guy Bertrand, *400 capsules linguistiques*, Montréal, Lanctôt Éditeur, 2006, à la page 124.]

L'auteur expose clairement les traits notionnels des mots « impotence » et « impuissance » même si l'auteur s'en tient à l'impuissance masculine.

La question maintenant est de savoir si en français le mot « impuissance » peut être attribuable autant à une femme qu'à un homme.

Dans les dictionnaires de langue française courante ou spécialisée notamment dans les dictionnaires médicaux et juridiques, nous constatons la même tendance que dans les dictionnaires de langue anglaise. À savoir que le mot « impuissance » est tantôt une incapacité afférente aux deux sexes tantôt une incapacité typiquement masculine.

impuissance. 3. SPÉCIALT (1558) *Impuissance sexuelle*, ou ABSOLT *l'impuissance* : incapacité physique d'accomplir l'acte sexuel normal et complet, pour l'homme. Impuissance due à des troubles fonctionnels, névrotiques. • Contr. Aptitude, capacité, efficacité, 2. Pouvoir, puissance. Virilité. [Nous soulignons.]
[Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, s.v. «impuissance».]

impuissance. *Impuissance sexuelle* ou, absol., *impuissance*. Incapacité, pour un homme, de pratiquer normalement l'acte sexuel, et qui est due généralement à des troubles psychologiques. *Cette incuriosité de la chair, qui précède de longtemps l'impuissance et même l'extinction des désirs, qui fait que ceux-ci transigent et relâchent enfin leur empire* (GIDE, *Feuillets*, 1928, p. 903). *Un homme reste célibataire pour des motifs très divers (...) par misogynie, (...) par difformité physique, ou encore par impuissance sexuelle, ou par goût excessif de la liberté* (Divin. 1964, p. 167) :

[...]

Rem. 1. *Méd. Biol.* t. 2 1971 indique que *impuissance se dit aussi pour la femme* : « incapacité de pratiquer l'acte sexuel chez l'homme aussi bien que chez la femme ». 2. Certains dict. (notamment *Méd. Biol.* t. 2 1971 et MAN.-MAN. *Méd.* 1977) ajoutent que l'impuissance désigne aussi « l'impossibilité, en pratiquant l'acte, d'engendrer un enfant ».

— **MÉD.** *Impuissance fonctionnelle.* Impuissance chez un homme en bonne santé, et qui est due à des troubles psychologiques (*Méd. Biol.* t. 2 1971). *Impuissance organique.*, Impuissance liée à un trouble organique, quelle qu'en soit la nature (*Méd. Biol.* t. 2 1971). Impuissance relative, Impuissance qui intervient en présence d'un partenaire déterminé (*Méd. Biol.* t. 2 1971).

SYNT. *Impuissance absolue, déclarée, directe, indirecte, locale, passagère, permanente, précoce; impuissance féminine, masculine; impuissance par vice de conformation; cas d'impuissance; constituer, causer, produire l'impuissance.* [Nous soulignons.]

[Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «impuissance».]

impuissance. *s.f.* (lat. in, négatif ; *posse*, pouvoir) [angl. *impotence*]. Impossibilité de pratiquer l'acte sexuel normal et complet, chez la femme aussi bien que chez l'homme, par vice de conformation et de plus, chez l'homme, par défaut d'érection ou éjaculation précoce. V. *dysfonction érectile et sexuels (comportements) déviants ou variants*. [Nous soulignons.]

[Jacques Delamare, *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, 29^e éd., Paris, Maloine, 2006, s.v. «impuissance».]

impuissance. Inaptitude manifeste et apparente de l'homme ou de la femme à accomplir l'acte sexuel complet pour des raisons d'ordre physique ou psychologique. Angl. *impotency* [Nous soulignons.]

[Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2004, s.v. «impuissance».]

impuissance. État d'un homme qui ne peut accomplir l'acte sexuel complet; incapacité qui, n'étant pas une cause de nullité du mariage (sauf si elle a été dissimulée par l'homme à sa future épouse), peut être un moyen de preuve de la non-paternité légitime (C. civ., a. 312-2) ou naturelle (a. 340), ou, si les circonstances en font une faute, une cause de divorce (a. 242). [Nous soulignons.] [Gérard Cornu dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, Quadrige / Puf, 2004, s.v. «impuissance».]

Nous proposons l'équivalent « **impuissance** » pour rendre *impotence* puisqu'il est bien ancré dans l'usage, et ce, depuis belle lurette.

En somme, en droit canonique et en droit civil québécois, l'**impuissance** a constitué longtemps un empêchement de mariage, tandis que la consommation de l'union n'était pas requise.

[Internet. [https://papyrus.bib.umontreal.ca]. Michel Morin, *La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe*, à la page 73.]

ANALYSE NOTIONNELLE

refusal of consummation

refusal to consummate the marriage

wilful refusal of consummation

wilful refusal to consummate the marriage

Le *refusal to consummate a marriage* a déjà été un motif de divorce dans la *Divorce Act*, R.S.C. 1970, C. D-8, dont le texte suit :

4. (1) [...] a petition for divorce may be presented to a court by a husband or wife where the husband and wife are living separate and apart, on the ground that there has been a permanent breakdown of their marriage by reason of one or more of the following circumstances as specified in the petition, namely [...]

(d) the marriage has not been consummated and the respondent, for a period of not less than one year, has been unable by reason of illness or disability to consummate the marriage, or has **refused to consummate it** [...]

Dans la version de 1985 de la *Divorce Act*, les motifs énoncés dans l'alinéa 4(1) (d) n'ont pas été retenus. Les ouvrages de doctrine en parlent couramment, c'est pourquoi nous allons retenir ces termes en vue de la normalisation.

In Canada, section 4 of the Divorce Act, 1968, requires proof of the respondent's imprisonment for a designated period of time, gross addiction to alcohol or narcotics for not less than three years, disappearance for at least three years, non-consummation of the marriage for one year by reason of impotence or **refusal to consummate**, or living separate and apart for a period of three or five years, depending on whether the petitioner has been guilty of desertion.

[Commission de réforme du droit du Canada/Law Reform Commission of Canada, *Le divorce/divorce*, Ottawa, Information Canada, 1975, p. 10.]

Impotence, which is the inability to consummate the marriage, renders a marriage voidable. Canadian law draws a distinction between the inability to consummate a marriage and **wilful refusal** to do so. It is impotence, not **wilful refusal**, that constitutes a ground for annulment of marriage in Canada. A **continuing** and **persistent refusal to** consummate the marriage may, nevertheless, be indicative of impotence.

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008, à la page 40.]

Voici d'abord quelques définitions de *refusal* et de *wilful* ainsi que de sa variante orthographique *willful* :

refusal. 1. The denial or rejection of something offered or demanded <the lawyer's refusal to answer questions was based on the attorney-client privilege>.
[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «refusal».]

refusal. The denial of a request or demand. Although 'refusal' usually implies that a demand has been made upon a person and that he has declined to comply, the word is frequently used in the law to mean the neglect of a legal duty.
[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «refusal».]

wilful. *adj.* Voluntary and intentional, but not necessarily malicious. – Sometimes spelled willful.
[Nous soulignons.]
[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «wilful».]

wilful. adjective (also **willful**) **1** (of an action or state) intentional, deliberate (*wilful murder; wilful neglect; wilful disobedience*). [Nous soulignons.]
[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «wilful».]

wilful 1. Intentional; having a bad purpose, evil intent, or malice. **2.** Intentional or deliberate, but not necessarily with malice. **3.** Voluntary, as distinguished from accidental. **4.** Stubborn; obstinate; inflexible. [Nous soulignons.]
[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, Lawyers Cooperative Publishing, 1994, p. 588]

willful [wilful] "[A]s used in courts of law, [willful] implies ... that the person of whose action or default the expression is used, is a free agent, and that what has been done arises from the spontaneous action of his will." *In re Young and Hartson's Contract* (1886) 31 Ch. D. 168 at 174 (C.A.). "Generally in penal statutes the word 'wilful' or 'wilfully' means something more than a voluntary or intentional act; it includes the idea of an action intentionally done with a bad motive or purpose, or as it is otherwise expressed 'with an evil intent.'" *Anderson and Eddy v. Canadian Northern Ry. Co.* (1917), 35 D.L.R. 473 at 480 (Sask.S.C.). "The word 'willfully' has not been uniformly interpreted and its meaning to some extent depends upon the context in which it is used. Its primary meaning is 'intentionally,' but it is also used to mean 'recklessly.'" *R. v. Buzzanga & Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 at 379 (Ont.C.A.). See also *R. v. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85 (Ont.C.A.). [Nous soulignons.]
[John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, Fifth Edition, Toronto, Barron's Educational Series, Inc., 2003, s.v. «willful».]

Dans le contexte du droit de la famille, le sens de *willful* est *intentionally*. C'est seulement dans le contexte du droit des délits qu'il peut vouloir dire *recklessly*.

Ensuite, regardons un contexte définitoire de *willful refusal to consummate*.

willful refusal to consummate. The unjustified decision not to consummate a marriage, which may be grounds for annulment of the marriage. There will be no willful refusal if the unwillingness to consummate is temporary, due to shyness, or due to some physical abnormality that cannot be safely corrected by surgical means. See also consummation of a marriage.
[Elizabeth A. Martin, *A Dictionary of Law*, Fifth Edition, New York, Oxford University Press, 2003, s.v. «willful refusal to consummate».]

Halsbury's Laws of England et *Bromley's Family Law* énoncent eux aussi les éléments et les circonstances qui circonscrivent la notion du *willful refusal*.

willful refusal to consummate. A marriage is voidable if it has not been consummated owing to the **willful refusal** of the correspondent to consummate it. **Willful refusal means a settled and definite decision come to without just excuse**; but in order to determine whether there has been a refusal regard must be had to the whole history of the marriage. The number of refused proposals for consummation required to establish **willful refusal** will therefore vary with the circumstances of each case. In some cases parties marry on the understanding that there will be no sexual intercourse. The manner in which the proposals were made is to be considered, in particular whether they were made with the necessary tact, persuasion and encouragement which an ordinary spouse would use in the circumstances. **Willful refusal** must have persisted up to the date of the presentation of the petition. The burden of proving affirmatively that the marriage has not been consummated is on the petitioner. [Nous soulignons.]

[Kay Boyes Editor. *Halsburys' Laws of England*. Fourth Edition, vol. 13, London, Butterworths, 1973 à la page 270.]

Willful refusal to consummate

A marriage will be voidable if it has not been consummated owing to the respondent's **willful refusal** to do so. As the petitioner is complaining of marital misconduct, he or she may not of course rely on his or her own refusal. **Willful refusal connotes 'a settled and definite decision come to without just excuse'**, and the whole history of the marriage must be looked at. In *Kaur v. Singh* where the parties, who were both Sikhs, married in a register office on the understanding that they should not cohabit until they had gone through a religious ceremony of marriage in a Sikh temple, it was held that in the circumstances the husband's refusal without excuse to make arrangements for such a ceremony amounted to **willful refusal to consummate the marriage**. Refusal to have intercourse in any form will clearly come within the statute, and so may **willful refusal** to take treatment (attended by no danger) to remove a physical or psychological impediment to consummation. If there has been no opportunity to consummate the marriage (for example, because one party is in prison, and indication by one of them that he will not consummate it at any time in the future has been held to entitle the other to petition forthwith: the latter is not bound to wait to see whether the respondent changes his mind when the opportunity arises. It cannot be a **willful refusal** to consummate for one spouse to insist upon the use of contraceptives or, probably, of coitus interruptus.

Once the marriage has been consummated, it will not be voidable if one spouse subsequently refuses to continue to have intercourse. In these circumstances, as in the case of the use of contraceptives or the practice of coitus interruptus against the other spouse's will, the latter's only remedy lies in divorce. [Nous soulignons.]

[Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, Tenth Edition, New York, Oxford University Press, 2007 aux pages 81 et 82.]

Nous voyons aussi les tournures substantives *willful refusal of consummation* et *refusal of consummation* dans certains contextes.

Mere **willful refusal of consummation** is not of itself proof of impotence, though after a long period it may lead to an inference of it.

[Internet.[<http://books.google.ca>]. Theodore w. Dwight, *Commentaries on the Law of Persons and Personal Property*, Boston, Little, Brown & Co., 1894 à la page 147.]

The House of Lords held in the case of *Baxter v. Baxter* (1947) that insistence of the use of contraceptives does not constitute **refusal of consummation**.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Political and Economic Planning, *Population policy in Great Britain; a report*, London, 1948 à la page 148.]

Étant donné le peu d'occurrences que nous avons trouvé de ces dernières tournures (4 occurrences de « willful refusal of consummation » et 7 occurrences pour « refusal of consummation » dans Internet avec le moteur Google), nous ne les retiendrons pas.

ÉQUIVALENTS

Nous avons trouvé l'équivalent « refus de consommer » pour traduire *refusal to consummate*.

Au Canada, l'article 4 de la Loi sur le divorce de 1968 exige la preuve des faits suivants : l'emprisonnement du défendeur pour une durée indéterminée; la toxicomanie ou l'alcoolisme pour pas moins de trois ans; l'abandon du foyer conjugal pour une période d'au moins trois ans; la non-consommation du mariage pendant un an pour cause d'impuissance ou de **refus de consommer** et la séparation de fait de trois à cinq ans, selon que le requérant est ou non coupable d'abandon. [Commission de réforme du droit du Canada/Law Reform Commission of Canada, *le divorce/divorce*, Ottawa, Information Canada, 1975 à la page 1.]

Nous avons relevé deux équivalents pour rendre *wilful refusal to consummate the marriage* et c'est « refus volontaire de consommer le mariage » et « refus délibéré de consommer le mariage ».

Un sous-comité du Barreau canadien a approuvé une recommandation suggérant de nouveaux motifs de divorce au Canada.

Le sous-comité du droit civil a remis au comité des résolutions du congrès annuel de l'association une résolution demandant que le divorce soit accordé pour les raisons suivantes :

- désertion du mari ou de l'épouse sans raison suffisante;
- séparation volontaire du mari et de l'épouse durant une période de trois ans;
- incompatibilité incorrigible de caractères;
- **refus volontaire de consommer le mariage**;
- l'adultère, le viol, la sodomie et la cruauté.

[Internet. [<http://www.multiculturalcanada.ca>]. *De nouveaux motifs au divorce proposés par le Barreau canadien*, L'Ami du peuple, Sudbury, Ontario, 29 septembre 1966 (Hebdomadaire français et catholique au service du Nord-Ontario).]

[...] Ont en particulier été considérés comme une cause de divorce, le **refus volontaire** et persistant de la part d'un époux **de consommer le mariage** [...]

[Internet. [<http://books.google.ca>]. *Le Divorce en droit comparé : Amérique latine*, Bernard Dutoit, 2003, Centre de droit comparé et européen de la Faculté de droit de Lausanne.]

[...] afin de remplir les conditions requises pour demander le divorce au motif que le mari a tenté d'assassiner ou de « tuer illégalement » sa femme ou qu'il lui a intentionnellement causé un grave préjudice corporel, les tribunaux doivent avoir inculpé le mari pour ce délit. Si la femme ne veut pas accuser son mari, mais souhaite simplement le divorce, la loi ne leur permet pas ce choix. Le divorce ne peut être demandé qu'après au moins trois ans de mariage – les exceptions étant un **refus délibéré de consommer le mariage** ou l'adultère (article 30 de la loi sur les affaires matrimoniales).

[Internet. [<http://www.unhchr.ca>]. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Nations Unies.]

Une décision d'annulation peut être rendue dans les cas suivants:

[...]

e) le mariage n'a pas été consommé en raison du **refus délibéré** du défendeur **de consommer le mariage** [...] [Internet. [<http://ec.europa.eu>]. Divorce-Gibraltar, Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.]

L'adjectif *wilful* tel que défini dans l'analyse notionnelle modifie le *refusal* de manière à le rendre *intentional*, *voluntary* et *deliberate*.

Il s'agit maintenant de décider quel syntagme correspond le mieux à la notion de *wilful refusal* entre « refus délibéré », « refus volontaire » et aussi « refus intentionnel ». Voyons de plus près les définitions du *Trésor informatisé de la langue française* des adjectifs « délibéré », « intentionnel » et « volontaire ».

DÉLIBÉRÉ, ÉE, part. passé et adj.

I. — Part. passé de délibérer*.

II. — Emploi adj.

A. — Qui a été examiné avec soin, choisi après réflexion.

1. [On insiste sur le fait qu'il y a eu réflexion] *Les amants qu'imposent le goût, la nécessité, le choix délibéré ou ce fatalisme aveugle qui préside souvent aux abandons du corps* (ARNOUX, *Roi*, 1956, p. 49) :

- 1. ... le plus ou moins d'inventivité de l'esprit peut revêtir des formes fulgurantes — facilité chez les uns, miracle chez les autres — ou suivre des voies plus lentes et plus **délibérées**.

MOUNIER, *Traité du caractère*, 1946, p. 656.

● 2. Le fiat est opposé aux autres formes d'action **délibérée** (celles-ci étant globalement opposées à l'action *indélibérée* ou *idéo-réflexe* dont elles ne sont d'ailleurs que la complication).

RICŒUR, *Philos. de la volonté*, 1949, p. 167.

2. [On insiste sur l'aspect volontaire, intentionnel] *Une ignorance délibérée n'est plus une ignorance* (BLONDEL, *Action*, 1893, p. 13).

— *Loc. De propos délibéré. Volontairement, exprès. Cf. délibérement. Je faisais manquer de propos délibéré toutes les parties de promenade que nous avions concertées la veille* (MUSSET, *Confess. enf. s.*, 1836, p. 240). *J'ai de propos délibéré écrit un roman où il ne se passait rien et qui ne pouvait avoir de succès : « Épaves »* (GREEN, *Journal*, 1946, p. 48).

3. P. ext. Net, qui ne prête pas à hésitation. *Je crains, par endroits [chez Claudel], de prendre pour faute quelque anomalie délibérée* (GIDE, *Journal*, 1907, p. 244) : [Nous soulignons.]

INTENTIONNEL, -ELLE, adj.

A. — [En parlant d'une action ou d'une démarche d'un être humain] Qui est visé et voulu par son auteur, ou qui est fait exprès, avec intention, dans un dessein déterminé. Synon. *arrêté, conscient, délibéré, prémédité, volontaire, voulu*; anton. *automatique, inconscient, instinctif, involontaire, machinal. Effet, geste, oubli, retard, silence intentionnel; blessure, erreur, faute intentionnelle. Le mépris manifeste en lequel vous tenez vos aînés, (...) votre arrogance a quelque chose d'assuré, de réfléchi, d'intentionnel* (MARTIN DU G., *J. Barois*, 1913, p. 505). *Mais il n'y a pas erreur, (...) le mandat télégraphique coûte six francs soixante-quinze. — Ah! Du moment que c'est intentionnel, c'est parfait* (PROUST, *Guermantes I*, 1920, p. 268). *Lili et Didine se demandèrent avec une stupeur, sans doute intentionnelle, comment des gens sensés pouvaient contester l'existence de Dieu* (BEAUVOIR, *Mém. j. fille*, 1958, p. 254) :

- 1. Mais je ne pouvais comprendre que M. de Charlus eût oublié en quelques heures l'invitation si brève, mais en apparence si **intentionnelle**, si préméditée qu'il

m'avait adressée le matin même, et qu'il appelât « bonne idée » de ma grand'mère, une idée qui était toute de lui.

PROUST, *J. filles en fleurs*, 1918, p. 760. [Nous soulignons.]

VOLONTAIRE, adj. et subst.

A. — 1. Qui procède de la volonté et non des automatismes, des réflexes ou des impulsions.

Anton. *automatique, involontaire, réflexe, spontané. Action, contraction, mémoire, mouvement volontaire. On ne doit pas être dupe de l'analyse classique qui distingue dans le temps plusieurs phases de l'activité volontaire: délibération, décision, exécution* (RICŒUR, *Philos. volonté*, 1949, p. 187). *Mais petit à petit, avec l'entraînement [dans la conduite automobile], tout devient plus facile; les gestes volontaires du début deviennent automatiques* (CAMEFORT, GAMA, *Sc. nat.*, 1960, p. 275). V. *automatique* ex. 1.

◆ **Acte volontaire.** Acte qui résulte de la volonté, qui est délibéré. *La volonté est déterminée par l'intellect. Le jugement n'implique pas d'acte volontaire; il est une idée claire qui s'affirme par elle-même* (RIVIÈRE, *Corresp.* [avec Alain-Fournier], 1907, p. 200). V. *aboulie* ex. 2, *acte*¹ ex. 9, *attention* ex. 7.

◆ **Attention volontaire.** V. *attention* I A 3 b.

[...]

2. Qui résulte d'une décision, d'un libre choix. Synon. *délibéré, intentionnel, voulu*; anton. *contraint, forcé, imposé. Contribution, impôt volontaire; départ, exil volontaire; restriction, sacrifice volontaire. Le jeûne est une abstinence volontaire d'aliments dans un but moral ou religieux* (BRILLAT-SAV., *Physiol. goût*, 1825, p. 244). *La démission est la décision volontaire du fonctionnaire, par laquelle, pour des raisons très diverses, il renonce à ses fonctions et à ses avantages* (BARADAT, *Organ. préfet.*, 1907, p. 75).

a) [P. oppos. à *accidentel*] *Incendie volontaire. L'erreur volontaire d'un employé qui avait confondu les réserves de l'affaire et ses bénéfices* (MORAND, *Londres*, 1933, p. 298).

[...]

c) *DR.* Librement et spontanément consenti, sans contrainte (*Juridique* 1987).

— [P. oppos. à *vente forcée*] *Vente volontaire* (*Juridique* 1987).

— [P. oppos. à *dépôt nécessaire*] *Dépôt volontaire* (*Juridique* 1987).

[...]

3. Empl. subst. masc. sing. à valeur de neutre. Ce qui procède du libre exercice de la volonté. *Le refus marque la plus extrême tension entre le volontaire et l'involontaire, entre la liberté et la nécessité; c'est sur lui que le consentement se reconquiert: il ne le refusera pas; il le transcendera* (RICŒUR, *Philos. volonté*, 1949, p. 438). [Nous soulignons.]

[...]

Prononc. et Orth.: [vɔ̃lɔ̃tɛːʁ]. Att. ds Ac. dep. 1694. **Étymol. et Hist. I.** Adj. **A.** En parlant de choses **1.** 1265-70 « qui résulte d'une décision librement choisie » *obediencia voluntaria* [d'une religieuse] (in LE GRAND, *Statuts d'hôtels-dieu et de léproseries, recueil de textes du 12^e au 14^e s.*, 156-7 ds QUEM. *DDL* t. 4); **2.** ca 1370 « qui résulte d'un acte de volonté » (NICOLE ORESME, *Ethiques*, III, 4, éd. A. D. Menut, p. 182: chose **volontaire** est de laquelle le principe et cause est en celui qui la fait); 1872 spéc. *muscles volontaires* (LITTRÉ) [...] [Nous soulignons.]

Regardons d'autres définitions de dictionnaires afin de bien cerner les aspects de ces adjectifs parce qu'ils sont assez proches au niveau du sens les uns des autres.

délibéré,e *adj.* **1.** Se dit de ce qui nettement résolu, qui ne comporte aucune indécision : *Sans que ce fût selon une volonté délibérée, sa douleur devenait son occupation* (Mauriac) [syn. arrêté, ferme]

[Jean Dubois dir., *Dictionnaire de la langue française Lexis*, Paris, Larousse, 1999, s.v. «délibéré».]

volontaire *adj.* **1.** Qui résulte d'un acte de volonté, et non de l'automatisme, des réflexes ou des impulsions.

[Paul Robert, *Le Grand Robert de la langue française* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, Le Robert, 1986, vol. 9, s.v. «volontaire».]

intentionnel, le *adj.* Qui appartient à l'intention, à la volonté.
[Émile Littré, *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2004, s.v. «intentionnel».]

intentionnel, elle *adj.* 1. Qui est fait exprès, avec intention, à dessein.
[Le Paul Robert, *Le Grand Robert de la langue française* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, Le Robert, 1986, vol. 5, s.v. «intentionnel».]

Selon le contexte suivant tiré de *Halsbury's Laws of England* et de *Bromley's Family Law*: « **Wilful refusal** means a settled and definite decision come to without just excuse » et à la lumière des définitions énoncées ci-dessus, on peut affirmer que le *wilful refusal* est la manifestation d'un refus qui résulte d'une décision précédée d'une réflexion (délibéré). Ce qui, par conséquent, englobe le fait que c'est un refus qui résulte d'un acte de la volonté (volontaire) et qui est fait exprès (intentionnel).

Nous recommandons les équivalents « **refus de consommer** », « **refus délibéré de consommer** » pour rendre respectivement les expressions *refusal to consummate* et *wilful refusal to consummate*.

Nous retenons les graphies *wilful* et *willful* telles qu'attestées dans les dictionnaires notamment le *Canadian Oxford Dictionary* et le *Canadian Law Dictionary* de Yogis.

ANALYSE NOTIONNELLE

failure to consummate the marriage

De nos jours, un mariage peut être *voidable* lorsqu'il n'est pas *consummed* en raison notamment d'une *physical incapacity*. C'est ce qu'on appelle un *failure of consummation* ou un *failure to consummate a marriage*.

... the **failure to consummate the marriage** because of the physical or mental inability of one of the parties ... renders a marriage voidable rather than void.
[Internet. [<http://www.thecanadianencyclopedia.com>]. The Canadian Encyclopedia. *Family Law in Common-law Provinces*.]

Voici des définitions du mot *failure* tirées de dictionnaires juridiques.

failure. 1. Deficiency; lack; want. **2.** An omission of an expected action, occurrence or performance.
[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «failure».]

failure. 1. A lack of success; inability; the fact of having fallen short. Example: failure of proof. **2.** Refusal. Example: failure to bargain collectively. *But compare* refusal; refuse. **3.** Neglect or nonperformance. Example: failure to prosecute. *But compare* neglect. **4.** Worthlessness. Example: failure of consideration. J

[Jack G. Handler, J.D., *Ballentine's Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «failure».]

Voici 6 extraits tirés de la jurisprudence qui présentent le terme *failure to consummate* en contexte.

There is evidence that the couple's relationship has continued to develop notwithstanding the couple's continued **failure to consummate their marriage** during the appellant's recent travel to Iran.

[*Nabizadeh v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2007 CanLII 47306 (I.R.B.).]

I did not find the witnesses at hearing to be credible in several areas. I do not find the evidence reliable with respect to the genesis of the couple's relationship and the level of contact in the pre-marriage period. I am not satisfied with the witnesses' explanation for their **failure to consummate the marriage** in the 2004 period.

[*Chan v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2007 CanLII 68374 (I.R.B.).]

The testimony is further confabulated by the affidavit that attributed the **failure to consummate the marriage** to the briefness of the appellant's stay in Iraq at the time of his meeting and marrying the applicant.

[*Faraj v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2007 CanLII 71525 (I.R.B.).]

The jurisprudence of the Appeal Division treats the **failure to consummate** a proxy marriage within a reasonable time after the marriage as one factor in assessing the genuineness of the marriage, and not as a basis for finding that the marriage is not valid in law.

[*Patel v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2005 CanLII 56900 (I.R.B.).]

The appellant was criticized for the lack of a religious wedding, not for **failure to consummate the marriage**.

[*Binboga v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2008 CanLII 75922 (I.R.B.).]

ÉQUIVALENTS

Les équivalents relevés pour traduire *failure to consummate* dans les extraits précités sont les suivants :

Des éléments de preuve corroborent le fait que la relation du couple a continué d'évoluer même si l'appelant et la demandeur [sic] **n'ont pas consommé le mariage** pendant le récent séjour de l'appelant en Iran.

[*Nabizadeh c. Canada* (Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CanLII 47306 (C.I.S.R.).]

J'ai estimé que les témoins n'étaient pas crédibles à l'audience, et ce, dans plusieurs domaines. Je suis d'avis que la preuve n'est pas digne de foi en ce qui a trait à l'origine de la relation du couple et au degré de contact pendant la période précédant le mariage. Je n'ai pas été convaincue par les explications des témoins relativement au fait **qu'ils n'ont pas consommé le mariage** en 2004.

[*Chan c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 68374 (C.I.S.R.).]

Le témoignage est de plus corroboré par la déclaration sous serment, qui attribue le **défaut de consommer le mariage** à la brièveté du séjour de l'appelant en Irak, lorsqu'il a rencontré la demandeur [sic] et qu'il l'a épousée.

[*Faraj c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 71525 (C.I.S.R.).]

En ce qui a trait à la consommation du mariage, le tribunal éprouve beaucoup de difficultés à accepter la notion que **le mariage** n'est pas authentique parce qu'il **n'a pas été consommé** peu après la célébration ou très longtemps après celle-ci. [*Patel c. Canada* (Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CanLII 56900 (C.I.S.R.).]

Ce qui a été reproché à l'appelante, c'est l'absence de mariage religieux et la **non-consommation du mariage**.

[*Binboga c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 75922 (C.I.S.R.).]

Les deux équivalents terminologiques à étudier sont « défaut de consommer le mariage » et « non-consommation ». Nous avons déjà proposé de retenir « non-consommation » pour rendre *non-consummation*. En l'occurrence, on se demande si *failure to consummate* est synonyme de *non-consummation*.

Dans les travaux de normalisation en droit des délits les termes *failure to act*, *failure to obtain informed consent*, *failure to rescue* et *failure to warn* ont été rendus respectivement par « défaut d'agir », « défaut d'obtenir un consentement éclairé », « défaut de porter secours » et « défaut de mise en garde » dans le dossier DNT-BT 22E.

Aussi, dans les travaux de normalisation en droit des contrats « défaut de renseignement » et « défaut d'information » ont été normalisés pour traduire *failure to disclose* et *non-disclosure* dans le dossier CTTJ 24B. Dans ce dernier dossier, le terme *non-disclosure* avait pour concurrent *failure to disclose*. Les auteurs avaient conclu qu'ils pouvaient substituer ces deux termes sans perte de sens car :

Le mot *failure*, il va sans dire, n'a pas en l'espèce le sens distinctif de « défaillance » qu'il revêt dans l'expression *failure of consideration* (par contraste avec *want of consideration*).

De notre côté, en droit de la famille, il nous faut trouver l'équivalent juste pour traduire l'expression *failure to consummate a marriage*. Pour ce faire, nous devons voir si le *failure* en question met l'accent sur la défaillance ou sur le défaut. De nos jours, au Canada, le *failure to consummate* résulte d'une *incapacity* alors qu'aux États-Unis, il découle soit d'un *wilful refusal* ou d'une *incapacity*.

Failure to consummate. A marriage may be annulled where not consummated owing either to the wilful refusal of the respondent or to incapacity of either party.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Sonia Harris-Short et Joanna Miles, Text, Cases and Materials : Family Law, New York, Oxford University Press Inc., 2007 à la page 147.]

Qu'il résulte de l'un ou de l'autre, il y a somme toute une absence d'une condition essentielle à la validité du mariage soit la *consummation*.

Voyons maintenant les définitions de « défaut » et de « défaillance ».

défaut. *n.m.* 1. Absence de ce qui serait nécessaire ou désirable.

[Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, s.v. «défaut».]

défaillance. *n.f.* **1.** *vx.* État de ce qui fait défaut. **2.** (1549) Diminution importante et momentanée des forces physiques. **3.** Faiblesse, incapacité. **4.** *Dr.* Non-exécution, au terme fixé, d'une clause contractuelle.

[Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, s.v. «défaillance».]

défaillance. **A. —** [Le compl. prép. désigne un inanimé concr.] Absence, déperdition d'une chose. *M^{me} Bertrand avait pris le parti de s'installer de son côté, avec sa fille, ce qui certainement amenait une grande défaillance de budget* (GIDE, *Si le grain*, 1924, p. 480).

— *En partic.* Disparition momentanée des manifestations habituelles d'un phénomène physique généralement cyclique. *Celui qui vit de lumière (...) qui est plus intimement associé aux défaillances, aux éclipses du jour, à ses résurrections* (MICHELET, *Oiseau*, 1856, p. 132) :

[Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «défaillance».]

À la lumière des définitions ci-dessus, nous retenons « défaut de consommer » et « défaut de consommation » pour rendre la notion de manquement à une condition essentielle et nécessaire à la validité du mariage soit la *consummation*.

À notre avis, *non-consummation* et *failure to consummate* ne sont pas synonymes parce que le *failure to consummate* met l'accent sur le défaut de consommer qui peut être causé par une *physical incapacity* alors que la *non-consummation* est la résultante, c'est-à-dire que c'est un état de fait qui indique que la *consummation of the marriage* n'a pas eu lieu parce qu'il y a eu justement *failure* de la *consummation*.

Nous proposons « **défaut de consommer le mariage** » pour rendre *failure to consummate the marriage*.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

TERMES	ÉQUIVALENTS
<p>capacity to consummate the marriage; ability to consummate the marriage</p> <p>ANT incapacity to consummate the marriage; inability to consummate the marriage</p>	<p>capacité de consommer le mariage (n.f.)</p> <p>ANT incapacité de consommer le mariage</p>
<p>consummation of the marriage</p> <p>ANT non-consummation of the marriage; lack of consummation of the marriage</p>	<p>consommation du mariage (n.f.)</p> <p>ANT non-consommation du mariage</p>
<p>failure to consummate the marriage</p> <p>See also non-consummation of the marriage; lack of consummation of the</p>	<p>défaut de consommer le mariage (n.m.)</p> <p>Voir aussi non-consommation du mariage</p>

marriage	
impotence NOTE Can be used for a man or a woman.	impuissance (n.f.) NOTA Peut se dire aussi bien pour la femme que pour l'homme.
inability to consummate the marriage; incapacity to consummate the marriage ANT capacity to consummate the marriage; ability to consummate the marriage	incapacité de consommer le mariage (n.f.) ANT capacité de consommer le mariage
non-consummation of the marriage; lack of consummation of the marriage See also failure to consummate the marriage ANT consummation of the marriage	non-consommation du mariage (n.f.) Voir aussi défaut de consommer le mariage ANT consommation du mariage
physical capacity ANT physical incapacity	capacité physique (n.f.) ANT incapacité physique
physical incapacity ANT physical capacity	incapacité physique (n.f.) ANT capacité physique
refusal to consummate the marriage See also wilful refusal to consummate the marriage; willful refusal to consummate the marriage	refus de consommer le mariage (n.m.) Voir aussi refus délibéré de consommer le mariage
sexual capacity ANT sexual incapacity	capacité sexuelle (n.f.) ANT incapacité sexuelle
sexual incapacity ANT sexual capacity	incapacité sexuelle (n.f.) ANT capacité sexuelle
wilful refusal to consummate the marriage; willful refusal to consummate the marriage See also refusal to consummate the marriage	refus délibéré de consommer le mariage (n.m.) Voir aussi refus de consommer le mariage