

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

Par Sylvie Falardeau et Iliana Auverana

Groupe essential validity : legal capacity to marry

TERMES EN CAUSE

ability to contract marriage
ability to enter into marriage
ability to enter into a marriage contract
ability to marry
ability to marry at common law
absolute incapacity to marry
capacity to contract marriage
capacity to enter into a marriage contract
capacity to enter into marriage
capacity to marry
capacity to marry at common law
common-law ability to marry
common-law capacity to marry
common-law incapacity to marry
inability to contract marriage
inability to enter into a marriage contract
inability to enter into marriage
inability to marry
inability to marry at common law
incapacity to contract marriage
incapacity to enter into marriage
incapacity to enter into a marriage contract
incapacity to marry
incapacity to marry at common law
lack of ability to marry
lack of capacity to marry
legal ability to marry
legal capacity
legal capacity to marry
legal inability to marry
legal incapacity
legal incapacity to marry
relative incapacity to marry

MISE EN SITUATION

Dans ce dossier, nous présentons plusieurs contextes qui font référence à l'ancienne définition du mariage comme étant l'union légitime entre un homme et une femme. Depuis juillet 2005, le Parlement a adopté la *Loi sur le mariage civil* pour permettre le mariage entre deux personnes de même sexe. Nous avertissons le lecteur que nous présentons certains extraits de textes juridiques qui ne tiennent pas compte de cette nouvelle réalité juridique tout simplement parce qu'ils servent à justifier notre propos sur d'autres aspects à l'étude.

ANALYSE NOTIONNELLE

capacity to marry

incapacity to marry

incapacity to marry at common law

legal capacity

legal capacity to marry

legal incapacity

legal incapacity to marry

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.]

marriage, n. 1. The legal union of a couple as husband and wife. • the essentials of a valid marriage are (1) **parties legally capable of contracting to marry**, (2) mutual consent or agreement, and (3) an actual contracting in the form prescribed by law, marriage has important consequences in many areas of the law, such as torts, criminal law, evidence, debtor-creditor relations, property, and contracts ... [Nous soulignons.] [Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «marriage».]

Le terme *capacity* employé seul 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. [Jack G. Handler, J. D., *Ballentine’s Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «capacity».]

capacity. One of the attributes of a person or entity having legal personality, denoting legal ability to bear and exercise rights or to be affected by legal duties or liabilities. . . . **Capacity** or **incapacity** is frequently fixed by different rules in different parts of the legal system; a person may be capable of marriage at a different age from that at which he acquires capacity to vote and so on. [David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, New York, Oxford University Press, 1980, 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*, 8th ed., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «incapacity».]

incapacity Lack of ability; the quality or state of being incapable; the lack of legal, physical, or intellectual power; inability. See incompetency; minor; non compos mentis. Compare insanity. [John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, Fifth Edition, Toronto, Barron’s Educational Series, Inc., 2003, s.v. «incapacity».]

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

Voyons quelques définitions et contextes de *legal capacity* et de *legal incapacity*.

legal capacity 1. The ability to execute binding contracts, deeds, wills, etc.; capacity. *Compare* incapacity; legal incapacity **2.** The right to sue and be sued. [Jack G. Handler, J.D., *Ballentine’s Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «legal capacity».]

legal incapacity The inability to execute binding contracts, to marry, etc., due to lack of capacity or some other legal impediment. *Compare* legal capacity. *See* incapacity. [Nous soulignons.] [Jack G. Handler, J.D., *Ballentine’s Law Dictionary*, Legal Assistant Edition, New York, Delmar Publishers Inc., 1994, s.v. «legal incapacity».]

Essential validity, under federal jurisdiction, concerns the **legal capacity** of parties **to marry**, in other words, who can marry. Formal validity, under provincial jurisdiction, concerns the ceremonial and evidentiary requirements that must be met before a marriage is valid. [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 18.]

A valid marriage requires the voluntary consent of both parties and the absence of any **legal incapacity to marry**. [Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 30.]

What a valid marriage does require is the voluntary consent of both parties and the absence of **legal incapacity to marry**. [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 20.]

Un mariage ne peut être valide s'il ne rencontre pas les éléments essentiels à sa validité. Il est nécessaire de remplir certaines conditions pour avoir la *legal capacity to marry*. Si une de ces dernières fait défaut, le mariage pourra être annulable ou déclaré nul à cause d'une *legal incapacity*. Ces conditions requises déterminent « qui peut marier qui » et concernent l'âge, l'état matrimonial préexistant, le lien de parenté et le sexe des parties (jusqu'en 2005). Depuis juillet 2005, la différence de sexe entre les parties n'est plus une condition essentielle pour établir un *legal marriage* au Canada avec l'adoption de la *Loi sur le mariage civil*.

marriage ... The federal Parliament has authority over the **legal capacity to marry** (i.e., who can marry whom). [Nous soulignons.] [John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, Fifth Edition, Toronto, Barron's Educational Series, Inc., 2003, s.v. «marriage».]

The **capacity** required of a person under Canadian domestic law **to enter marriage** has been examined elsewhere. Briefly, each party to a marriage must have consented to the marriage must be of single status, and must be of age. Further, the parties ... must not be within the prohibited degrees of relationship. Other states have different requirements of **capacity** ... [Nous soulignons.] [Christine Davies, *Family Law in Canada*, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 25.]
A valid marriage presupposes that both parties have the **capacity to marry** and **intermarry**.

Legal incapacity may arise ... by reason or age, prior marriage, or under prohibited degrees of consanguinity or adoption. [Nous soulignons.] [Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 37.]

Au Canada, les conditions à respecter pour avoir la *capacity to marry* sont établies en fonction de la doctrine de l'*antenuptial domicile*¹ des futurs époux. Il est arrivé à l'occasion que la doctrine de la *intended matrimonial home*² soit alléguée, mais son application est plutôt exceptionnelle.

Matters pertaining to the essential validity of marriage, which include the **capacity to marry** and consent to marriage, are governed by the law of the domicile of the parties, or possibly the law of their intended matrimonial domicile. [Nous soulignons.] [Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 29.]

In Canada, judicial authority supports the view that **capacity to marry** is governed by the law of each party's antenuptial domicile. Thus, a marriage is valid as regards capacity if each of the parties has, under the law of his or her antenuptial domicile, **capacity to marry** the other, and it is invalid if it is invalid under the law of either party's antenuptial domicile on the ground of that party's incapacity. A marriage is not invalid if, according to the domestic law of the place where the marriage is celebrated, either of the parties is under an **incapacity to marry** the other. On occasion, it has been held that **capacity to marry** is governed by the intended matrimonial home even where that intention had not been carried out and, in the circumstances, could not be carried out unless the marriage was first recognized as valid. [Nous soulignons.] [J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, Fourth Edition, Toronto, Butterworths, 1997 aux pages 359 et 360.]

1 La notion de l'*antenuptial domicile* n'est pas traitée dans ce dossier.

2 La notion de l'*intended matrimonial home* n'est pas traitée dans ce dossier.

In some cases the courts have preferred to look to the law of the intended matrimonial house to determine if the parties have the **capacity to enter a valid marriage** rather than to their respective antenuptial domiciles: *Feiner v. Demkowicz*. [Nous soulignons.] [Christine Davies, *Family Law in Canada*, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 62.]

Au Canada, le pouvoir de légiférer en ce qui a trait au mariage est partagé entre le Parlement et les législatures provinciales et territoriales. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral a la compétence exclusive de légiférer en matière de *capacity to marry* (par. 91(26)) qui est une des conditions essentielles à la validité du mariage et les gouvernements provinciaux réglementent la célébration du mariage, soit les questions de formalités (par. 92(12)). En d'autres mots, on a d'un côté, les conditions de fond et de l'autre, les conditions de forme d'un mariage valide au Canada.

marriage ... The federal Parliament has authority over the **legal capacity to marry** (i.e., who can marry whom). The provincial and territorial legislatures have the authority over solemnization of marriage, which includes requirements for such things as licences, determining who can conduct the ceremony and how, and registration. [John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, Fifth Edition, Toronto, Barron's Educational Series, Inc., 2003, s.v. «marriage».]

Le fédéral a peu légiféré en matière de mariage sauf pour les mariages prohibés et pour permettre le mariage entre deux personnes du même sexe.

Very little federal legislation exists for the requirements of essential validity for marriage. The *Marriage (Prohibited Degrees) Act*, sets out the prohibition against marrying someone related by consanguinity, affinity, or adoption. Section 2 of the *Civil Marriage Act*, defines marriage as “the lawful union of two persons to the exclusion of all others”, thereby opening marriage to same-sex couples. Other than these two Acts, one must rely on the English and Canadian common law to find other aspects relating to the requirements for essential validity to marry. [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 19.]

Comme on le souligne dans ce dernier extrait, en l'absence d'une législation fédérale expresse, les tribunaux interprètent les conditions essentielles d'un mariage valide selon la common law.

The Act is silent on other aspects of **capacity to marry**, such as gender and age, however, and these must therefore be derived from the common law or inferred from other existing statutes. [Nous soulignons.] [Internet. [<http://www.samesexmarriage.ca/docs/division.pdf>]. ÉGALE Canada, *Division of Powers and Jurisdictional Issues Relating to Marriage*, June 2000.]

Other requirements for a **valid marriage**, arising from the common law, are the ability to consummate the marriage, that no prior marriage continues to be valid, and adequate consent. Consent has several requirements of its own; it must be freely given with the requisite understanding, and not under mistake or duress. [Nous soulignons.] [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 18.]

Malgré l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* qui édicte que : « Le mariage requiert le **consentement libre et éclairé** de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux », on constate que le législateur fédéral ne définit pas le concept de « consentement libre et éclairé ». Étant donné l'absence de définitions en

matière de consentement au mariage dans la législation fédérale, le critère de la *capacity to consent* est déterminé par les tribunaux. Ce sujet fera l'objet d'un dossier ultérieur.

Le gouvernement fédéral du Canada n'a pas légiféré en matière d'âge des parties *to contract marriage*, s'en remettant donc à la common law. Selon la common law, l'âge d'une personne *to enter into a marriage* est de 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles. Aussi, le mariage d'un enfant de 7 ans est nul et le mariage d'un garçon entre 7 et 14 ans et celui d'une fille entre 7 et 12 ans sont annulables seulement.

It is usually stated that the common law set the **age of consent to marry** at 14 for males and 12 for females. [Internet. [http://books.google.ca]. Walter Wadlington, *Cases and Other Materials on Domestic Relations*, Foundation Press, Inc., 1984.]

The Parliament of Canada has exclusive legislative authority in regard to the capacity of persons to marry, and it is silent on the minimum age. At common law, derived from ecclesiastical law, the marriage of a child of less than seven years is void. The marriage of a male older than seven years but younger than 14 years, or a female older than seven but younger than 12 years, is voidable at the instance of the infant upon his or her attaining the requisite minimum age. Further, a marriage where either or both parties were under age becomes validated if they continue to cohabit as husband and wife after reaching the age of capacity... [CanLII, *Legebokoff v. Legebokoff*, 1982 CanLII 273 (BC SC).]

Cependant, il existe des dispositions législatives dans les provinces et territoires de common law qui prévoient qu'il est interdit de délivrer un permis de mariage et de célébrer le mariage d'une personne de moins de 16 ans et aussi qu'une partie mineure ne peut se marier sans *parental consent*.

Ainsi, les provinces et territoires ont légiféré en matière d'âge en tant que condition essentielle pour délivrer un permis de mariage en justifiant l'exercice de leur pouvoir comme étant de l'ordre de la procédure. Vu l'absence de droit législatif fédéral qui établit un âge minimal pour le mariage, les tribunaux ont souvent confirmé la validité des exigences provinciales en les considérant comme une matière reliée à la célébration plutôt qu'à la capacité³.

Dans des contextes relevés en droit international privé, il semble bien que l'adjectif **legal** fait référence à la loi au sens large, c'est-à-dire le droit (*law*) et non aux lois du pays (*statutes*). D'ailleurs, le terme *legal* est rarement utilisé dans le sens de *statutory*. Ce dernier terme désigne une ou des lois en particulier, et *law* désigne la loi en général.

... unless such requirements offend our notions of public policy or unless the exception mentioned above is applicable our courts will hold a marriage invalid if such requirements are not satisfied by a party whose antenuptial domicile was within that state. Conversely, our courts will hold a marriage to be valid if the parties have **capacity by the laws** of their respective antenuptial domiciles, albeit that they lack capacity under Canadian domestic law. That is, so long as the marriage was not celebrated within the jurisdiction of the forum and so long as there is no offence

3 Voir à ce propos le dossier DNT-BT FAM-112 Groupe *essential validity: marriageable age (legal capacity)*.

to our notions of public policy. [Nous soulignons.] [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 25.]

Falconbridge, *Conflict of Laws*, 2nd ed. (1954), p. 76: “My own submission is that a requirement as to parental consent cannot be characterized in the abstract and for all cases either as a matter of formalities of celebration or as a matter of **capacity to marry**, but that in the law of one country it may by its terms and in the light of its contexts in that law be : matter of capacity, and in the law of another country it may by its terms and in the light of its context in that law be a matter of formalities”. This passage is cited with approval by Morris in Dicey and Morris, *The Conflict of Law*, 10th ed., (1980), p. 268 [Nous soulignons.] [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 22.]

Each party to a marriage must have capacity to contract that marriage by the law of his or her antenuptial domicile. [Nous soulignons.] [Christine Davies, *Family Law in Canada*, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 23.]

In Canada, a marriage is valid as regards capacity when each of the parties has according to the law of his or her respective antenuptial domicile the capacity to marry the other. [Nous soulignons.] [J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, Fourth Edition, Toronto, Butterworths, 2002 à la page 120.]

Par contre, nous avons vu précédemment qu’en situation de vide législatif de la part du Parlement en ce qui concerne la **capacity to marry**, les tribunaux s’en remettent aux lois provinciales ou à la common law. C’est ainsi que dans certains contextes l’adjectif **legal** fera référence soit aux législations provinciales soit à la common law.

On peut considérer que l’adjectif *legal* prend à peu près le sens suivant :

legal 1. Of or relating to law; falling within the province of law <pro bono legal services>. [Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 8th éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «legal».]

legal 1. Of, pertaining to, or falling within the province of law. ((ex.)) A legal artifice, legal person. [Shorter Oxford Eng. Dict., 1973, vol. 1, p. 1195, s.v. «legal».]

ability to marry

inability to marry

legal ability to marry

legal inability to marry

Nous avons aussi relevé les syntagmes *ability to marry*, *legal ability to marry* et leurs pendants *inability to marry* et *legal inability to marry* pour décrire les mêmes notions.

Issues relating to solemnization arise only upon conferral of the right to marry. Just as an opposite-sex couple’s **ability to marry** is not governed by s. 92(12), so a same-sex couple’s **ability to marry** cannot be governed by s. 92(12). [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698]

The **ability to marry**, and to thereby participate in this fundamental societal institution, is something that most Canadians take for granted. Same-sex couples do not; they are denied access to this institution simply on the basis of their sexual orientation. [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Halpern v. Canada (Attorney general)*, 2003 CanLII 26403 (ON C.A.)]

In the absence of the **legal ability to marry**, permissive provinces are currently able to exercise their legislative authority over property and civil rights to extend the legal rights and obligations associated with marriage to same-sex couples, even though the couple may be denied the legal status of marriage [Internet. <http://www.samesexmarriage.ca/docs/division.pdf>]. ÉGALE Canada, *Division of Powers and Jurisdictional Issues Relating to Marriage*, June 2000.]

The legal recognition of same-sex couples via marriage is viewed as a prelude to, or realization of, citizenship for sexual minorities; that is, it is maintained that the **inability to marry** in the law is constitutive of lesbian and gay men's unequal status as citizens... [Internet. https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/17320/1/Lenon_Suzanne_J_200811_PhD_thesis.pdf]. Suzanne Judith Lenon, *A White Wedding? The Racial Politics of Same-Sex Marriage in Canada*, 2008, University of Toronto.]

Inability to marry. Refers to the **legal inability to marry** due to existing marriages to other people. [Internet. <http://books.google.ca>]. Tiziana Nazio, *Cohabitation, Family and Society*, New York, Routledge, 2007 à la page 38.]

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

ability. *n.* Capacity to perform an act; skill.
[Daphne Dukelow, *Dictionary of Canadian Law*, Pocket, 3rd ed., 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. [Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., 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».]

ability to marry at common law
capacity to marry at common law
common-law ability to marry
common-law capacity to marry

Nous avons trouvé quelques occurrences de *capacity to marry at common law* et de *common-law capacity to marry*, mais aucune de *ability to marry at common law* ni de *common-law ability to marry*.

Capacity to marry at common law. It is common ground that there is no statutory provision that defines marriage in a way that excludes the union of persons of the same sex. The respondent Minister and the Attorney General rely on the decided cases as authority for the proposition that “**marriage**” at common law consists only of the union of one man and one woman and cannot include a homosexual union. ... “Marriage” has not been defined in the legislation, either by the Parliament of Canada or by the Legislature of Manitoba. However, marriage has been defined

judicially. [Quicklaw, *Layland v. Ontario* (Minister of Consumer & Commercial Relations), 1993.]

COMMON LAW MARRIAGE- Are We Married or Not?

Pennsylvania was one of the last states to **abolish** common law marriage. Common law marriages contracted **prior to January 2, 2005 remain valid**. Common law marriages have been tolerated but not encouraged because they are difficult to regulate and to prove and because, like all oral contracts, they provide "a fruitful source of perjury and fraud." The proponent of a common law marriage bears a "heavy" burden and the claim of marriage is reviewed with "great scrutiny." The marriage must be established by **clear and convincing evidence**.

Historically

Common law marriage existed in England until it was outlawed in the mid-eighteenth century, even though the Council of Trent had decreed in 1563 that Roman Catholic marriages would not be considered valid unless a priest was actually present. Common law marriage in the United States was a response to "the exigencies of pioneer life,"[FN11] when an official was often unavailable to perform a marriage ceremony in sparsely populated areas.

In order to establish a valid common law marriage, both capacity and intent to marry must be established. In order to have **capacity to marry at common law**, the parties must be of the opposite sex. They must be unmarried and must have met the minimum common law age requirement of seven years. An attempted common law marriage where either party was under the age of seven years was void ab initio at common law. Between the ages of seven and 12 years for females and seven and 14 years for males, common law marriages were voidable and could be disaffirmed by either party during the period of disability.

Common law marriage was changed by statute in Pennsylvania, and a parent or guardian of a minor under the age of 18 years may bring a declaratory judgment proceeding to have an alleged common law marriage declared void. A purported common law marriage in which one of the parties is **under 18 years of age is now void**, according to the statute, where the marriage has not been ratified by cohabitation following removal of the impediment. [Nous soulignons.] [Internet. [<http://www.pennfamilylawyers.com/Articles/Common-Law-Marriage.shtml>]. Schaffer and Engle, *Common Law Marriage*.]

In *Halsbury* (4th edition, Volume 22, at para. 911) the test for **capacity to marry at common law** is stated as follows:

Whether a person of unsound mind was capable of contracting a valid marriage depended, according to ecclesiastical law to which the court had to have regard, upon his capacity at the time of the marriage to understand the nature of the contract and the duties and responsibilities created, his freedom or otherwise from the influence of insane delusions on the subject, and his ability to take care of his own person and property.

...

At common law and in early English statutes different terms were used to distinguish between people suffering from mental illness or infirmity arising from different causes and in different degrees. The linguistic usage was not always consistent. It is implicit in the authorities, dating at least from the early 19th century that different questions of comprehension must be addressed in determining capacity for various legal purposes. In addition, emphasis was placed on the presence or absence of an ability to manage oneself and one's affairs, including one's property. [Internet. [http://www.cambridgeforums.com/ww.admin/materials/etf/Westlaw_Document_11_24_09.pdf].

Cambridge Forum, *Banton v. Banton*, Ontario Court of Justice (General Division), D.L.R. (4th) 176, 66 O.T.C. 161, 1998].

A must read for anyone dealing with this issue is the book "Capacity to Marry and the Estate Plan" in 2010, with co-authors : Kimberly Whaley, Dr. Michel Silberfeld, Heather McGee and Helena Likwornik, the February 9, 2012 paper "The Capacity to Marry and Divorce" presented at the OBA Institute Trusts and Estates Law Seminar on February 9, 2012 and the decision of Justice Cullity in *Banton v Banton*. This is a case that addresses this threshold issue. Section 7 of the Ontario Marriage Act prohibits a person from issuing a license to or solemnizing "the marriage of any person who, based on what he or she knows or has reasonable grounds to believe, lacks mental capacity to marry by reason of being under the influence of intoxication liquor or drugs or for any other reason." **Common law capacity to marry** was essentially equivalent to the capacity to enter into any binding contract, and certainly at a lower threshold than testamentary capacity. [Internet. [<http://www.estatelawcanada.ca/capacity-in-the-estate-context/>]. Canadian Estate Law Blog, *Capacity in the Estate Context*.]

1. Informal Marriage: State Withdrawal or State Intrusion?

A. Common Law Marriage

1. Substantive Versus Procedural Marriage

Marriage by Presumption (page 161)

- The presumption of marriage was not abolished by FS § 741.211, which abolished common law marriage in Florida.
- *A Common law marriage can only be ended through a divorce.*
- *A presumption of marriage can be rebutted.*

a. Campbell v. Christian (page 161)

South Carolina is a Common Law marriage state

- A Common Law marriage that is not ended by divorce will cause a subsequent marriage to be bigamy.
- **Common law capacity to marry** is 12 for a girl and 14 for a boy. [Internet. [http://www.legalnut.com/Law_School_Outlines/Family_Law/Family_Law_Fall_2001/]. Legalnut.com, *Family Law course*, Fall 2001.]

Nous adoptons la graphie avec le trait d'union pour le terme *common-law capacity to marry*, comme nous l'avons fait dans les travaux antérieurs puisque le vocable *common law* a une valeur adjectivale. Cependant, dans les contextes cités, nous avons reproduit la graphie adoptée par l'auteur.

Il semblerait, d'après les contextes relevés, que la *capacity to marry at common law* fait référence au premier sens de *common-law marriage*⁴, c'est-à-dire à un mariage informel

⁴ Voir le dossier DNT-BT FAM 124 Groupe *Common-law Marriage*.

qui ne respecte pas les conditions législatives de validité du mariage, mais qui peut néanmoins être reconnu comme un mariage valide dans certaines circonstances.

Ce sens est appuyé par la quatrième édition du *Black's Law Dictionary*, lequel mentionne que :

As a compound adjective 'common-law' is understood as contrasted with or opposed to statutory, and sometimes also to equitable or to criminal. [Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 4th ed., West Publishing Co., 1968, s.v. «common law».]

Les vocables *at common law* et *common-law* dans les syntagmes *common-law capacity to marry* et *capacity to marry at common law* s'oppose à *statutory*. Nous avons donc effectué une recherche pour les termes *statutory capacity to marry* et *non-statutory capacity to marry* dans Quicklaw, CanLII et Internet, mais nous n'avons trouvé aucune occurrence de ces syntagmes.

common-law incapacity to marry *incapacity to marry at common law*

Nous n'avons pas trouvé de contextes pour les syntagmes *incapacity to marry at common law* et *common-law incapacity to marry*. Nous ne retiendrons pas cette notion puisque le concept clé est la *capacity to marry at common law* par opposition à la *statutory capacity to marry*.

ability to contract marriage *ability to enter into a marriage contract* *ability to enter into marriage* *capacity to contract marriage* *capacity to enter into a marriage contract* *capacity to enter into marriage*

Nous avons constaté six tournures qui sont couramment utilisées en rapport avec l'aspect contractuel du mariage soit : *capacity to enter into a marriage contract*, *capacity to enter into marriage*, *capacity to contract marriage*, *ability to contract marriage*, *ability to enter into marriage* et *ability to enter into a marriage contract*.

Capacity to Marry. It is, by now, well-settled law that Parliament has exclusive jurisdiction to regulate the **legal capacity to enter into marriage**, or matters of its *essential* validity. By the same token, the provinces enjoy exclusive competence over matters of formal validity. [Internet. [<https://www.google.ca/#q=%22It+is%2C+by+now%2C+well-settled+law+that+Parliament+has+exclusive+jurisdiction+to+regulate+the+legal+capacity+to+enter+into+marriage%2C+or+matters+of+its+essential+validity%22>]. Parliament of Canada, *Bill-C38: The Civil Marriage Act*, 2005.]

A person is said to have **capacity to contract a marriage** when, by the proper law relating thereto, he complies with all requirements, such as those concerned with age, third party consent, or the prohibited degrees, stipulated for the formation of a valid marriage. English law does not recognise all foreign requirements as to capacity: it has already been seen that a religious

incapacity to marry will not be recognised by an English court, that the status of slavery will not be acknowledged in England. In English law, a requirement as to age of marriage affects a man's **capacity to contract a marriage**: a person domiciled in England cannot, by marriage elsewhere, evade the English statutory provision as to minimum age, no matter that the other party is domiciled in a country with lower age limits. [Joseph Jackson, *The Formation and Annulment of Marriage*, 2nd ed., Butterworths, Londres, 1969 aux pages 160-161.]

25 A minor who has **capacity to contract marriage** has **capacity to enter into a marriage contract** or a separation agreement that is approved by the court, whether the approval is given before or after the contract is entered into. R.S., c. 275, s. 25. [Internet. [<http://nslegislature.ca/>]. The Nova Scotia Legislature, *Matrimonial Property Act*.]

Moreover, though as I stated, the appellant's condition is such that I would not consider it a bar to his **ability to contract a marriage**, I would expect some discussion to have taken place, and, any difficulties the appellant might have, taken into consideration by the applicant's family and by the intermediary who negotiated the marriage on their behalf. [Quicklaw, *Chahal v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Appeal Division, Vancouver, British Columbia, October 9, 2002].

The law of contracts dictates whether a person has the **ability to enter into a marriage contract**. A marriage can be deemed invalid and annulled for fraud, duress, mistake, lunacy, inability to contract due to age and intoxication. [Internet. [<https://www.google.ca/search?tbm=bks&hl=fr&q=%22ability+to+enter+into+a+marriage+contract%22>]. Institute for Bar Review Study, 2004, *Compilation of Bar Examination Questions and Answers* à la page 222].

Legal capacity. As relates to Family Law, the **ability to enter into marriage**. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Cornick, Matthew S., *A Practical Guide to Family Law*, Minneapolis, West Publishing Company, 1995 à la page 4].

inability to contract marriage

inability to enter into a marriage contract

inability to enter into marriage

incapacity to contract marriage

incapacity to enter into a marriage contract

incapacity to enter into marriage

Voici quelques contextes pour certains des termes en rubrique.

Notably, the New York court commented that the case was "different from one in which a person seeks an annulment of a marriage or to declare the nullity of a void marriage because of fraud or **incapacity to enter into a marriage contract** or some other statutory reason. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Jennifer L. Levi, *Transgender Family Law: A Guide to Effective Advocacy*, Bloomington, AuthorHouse, 2012 à la page 89.]

... is clear that in the case at bar the parties were aware of their **inability to contract marriage** considering the record clearly shows both plaintiff and defendant were fully cognizant of appellant's prior undissolved marriage. [Internet. [<http://books.google.ca>]. *Southern Reporter. Second Series: Cases Argued and Determined in the Courts of Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi*, West Publishing Company, 1963 à la page 105].

It was contended that, the parties being French, the law of that country affixed to them an **incapacity to contract marriage** without attending to the formalities prescribed, and that such incapacity was a personal *status* which travelled with them everywhere, and rendered them incapable of making a valid contract in any other country. [Internet. [<http://books.google.ca>]. The Law Times Reports, Vol. II, March 1860 to September 1860, London, Law Times Office, 1860 à la page 329.]

Missouri law allows marriages to be declared invalid—known as annulments—although the circumstances are limited and the procedure is rare. Reasons for annulments include **incapacity to enter into marriage**, such as duress, mental impairment, or close blood relationship. [Internet. [<http://research.lawyers.com/Missouri/Divorce-in-Missouri.html>]. Lawyers.com, *How to File Divorce in Missouri*].

lack of ability to marry

lack of capacity to marry

Si le mariage a été célébré malgré une *legal incapacity/inability*, une des parties pourra alléguer que le mariage est nul notamment pour cause de *lack of capacity/inability to marry*.

Then ... despite the apparent of the regularity, the marriage was not valid (for example, because of **lack of capacity to marry**, or bigamy). [Internet. [<http://books.google.ca>]. Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, Tenth Edition, New York, Oxford University Press, 2008 à la page 74.]

A marriage which is null and void at the time of its celebration for **lack of capacity** cannot be validated by retrospective legislation not relating to the marriage when the party, whose capacity is in question is no longer domiciled in the validating state. [J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, Fourth Edition., Toronto, Butterworths Canada Ltd., 1997 à la page 361.]

lack of capacity. The disability of a person to create or enter into a legal relation because of some special characteristic. *See* capacity (2) [Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «lack of capacity».]

In this state, there are countless gay and lesbian parents just like them. And their **lack of ability to marry** "opens up all kinds of legal problems in dealing with schools, health care and other decisions," Moseley points out. [Internet. [http://www.equalrightswashington.org/news/blog/2006_08_01_archive.html]. Susan Paynter, Seattle P-I : *Commentary -- Gays pay a high price for the inability to marry*, August 4, 2006].

absolute incapacity to marry

relative incapacity to marry

Les *legal incapacities* peuvent être soit *absolute* ou bien *relative*. Une **absolute incapacity** met en évidence un empêchement qui peut valoir à l'égard de n'importe quelle personne et la **relative incapacity**, entre deux personnes déterminées.

A **relative incapacity** is one that merely prevents a person from marrying a particular person or class of person. An **absolute incapacity** is one that prevents a person from contracting marriage with anyone. **Incapacities** falling within the former class would be prohibited degrees and parties of the same sex. It is submitted that if the marriage of persons of the same sex were permitted by

the law of the antenuptial domicile of the persons in question and such a marriage was indeed contracted abroad our courts would not recognize such a marriage on the grounds of public policy. Alternatively, our courts may recognize the marriage but since such a union does not accord with our concept of marriage (see supra this chapter at pp. 3-4) matrimonial relief would not be allowed in respect of it (as in the case of polygamy) ... [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 25.]

If the **incapacity** is **relative**, such as that of prohibited degrees, then the marriage is invalid if invalid by the law of either party's antenuptial domicile. If, however, the **incapacity is absolute**, such as lack of consent, then the marriage is only invalid if made so by the antenuptial domiciliary law of the person whose consent was lacking. It would seem to follow from this that where the **incapacity** is nonage the marriage should be invalid only if made so by the law of the antenuptial domicile of the allegedly underage person. However, there is English authority to the effect that the marriage is invalid if the antenuptial domiciliary law of either person prohibits the marriage of someone of that age. [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 25.]

Il y a un parallèle à établir entre l'*absolute impediment* et l'*absolute incapacity* d'un côté et entre le *relative impediment* et la *relative incapacity* d'un autre côté. Nous avons préféré dissocier les termes *absolute/relative impediment* et *absolute/relative incapacity* même s'ils font référence à la même catégorie, car les mots *incapacity* et *impediment* ne sont en aucun cas et dans aucun contexte synonymes⁵.

... in case of **absolute incapacity to marry**, the persons are incapable of marrying anyone, while in the case of **relative incapacity to marry**, the persons may not marry each other ... The following may not marry each other (**relative incapacity to marry**) : (a) persons of the same sex; (b) persons related to each other within the prohibited degrees; (c) guardian and ward. [Internet. [http://books.google.ca]. Chris Van der Walt et A.G. Nienaber, *English for Law Students*, Juta & Co., South Africa, 1998 à la page 131.]

Nous vous présentons des définitions tirées de dictionnaires juridiques pour les adjectifs *absolute* et *relative*.

absolute 1. Free from restriction, qualification, or condition <absolute ownership>. [Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «absolute».]

absolute. 1. Unconditional. [...] **2.** Unqualified. [...] **3.** Complete. [...] [Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed., Scarborough, Thomson Carswell, 2004, s.v. «absolute» (références omises).]

relative. Adjective: Dependent upon or to be considered with reference with something else. [James A. Ballentine, *Ballentine's Law Dictionary with Pronunciations*, 3rd ed., The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1969, s.v. «relative».]

Nous traitons dans ce dossier des termes et des syntagmes qui correspondent aux notions de *legal capacity to marry* et de *legal incapacity to marry*. Les conditions requises pour qu'il y ait un mariage valide sont ou seront traitées dans d'autres dossiers. Les conditions requises relatives à l'âge et aux degrés prohibés sont analysées respectivement dans les

⁵ Voir le dossier DNT-BT FAM-115 Groupe *bars and impediments* pour les termes *absolute impediment* et *relative impediment*.

dossiers DNT-BT FAM-112 et DNT-BT FAM-110. Nous traiterons dans de futurs dossiers du *status* et du consentement.

ÉQUIVALENTS

ability to marry

capacity to marry

inability to marry

incapacity to marry

Les équivalents français « capacité » et « incapacité » pour rendre *capacity* et *incapacity* ne posent pas de problème comme nous l'avons vu dans le dossier DNT-BT FAM-107 groupe *physical capacity*.

Capacité. En droit, la **capacité** s'entend soit de l'aptitude d'une personne à figurer en son nom dans un acte juridique (*capacité pour tester*), soit de son aptitude à acquérir et à exercer un droit. *Capacité juridique, capacité légale, capacité politique* [Nous soulignons.] [Internet. [<http://www.ctj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire, s.v.* «capacité, habileté, incapacité».]

Incapacité. L'**incapacité** se définit comme l'inaptitude juridique qui empêche une personne d'acquérir ou d'exercer elle-même un droit. *Incapacité du mineur à exercer ses droits* [Internet. [<http://www.ctj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire, s.v.* «capacité, habileté, incapacité».]

On trouve les traductions suivantes pour le syntagme *capacity to marry* dans la base de données CanLII :

« **capacité de se marier** » : *Harrison c. Procureur général du Canada*, 2005 NBBR 232 (CanLII); *Singh c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 1217 (CanLII); *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Anand c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 78764 (CISR); *Mohamed c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2005 CanLII 63731 (CISR); *Singh c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 95215 (CISR); *Huang c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 89202 (CISR); *Habibi Moghaddam c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2004 CanLII 71360 (CISR); *Niaz c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 72218 (CISR); *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, 2004 CanLII 20538 (QC CA); *Droit de la famille — 091768*, 2009 QCCS 3210 (CanLII); *M. c. H.*, [1999] 2 RCS 3

« **capacité d'épouser** » : *Benipal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 72830 (CISR); *Porteous c. Dorn et al.*, [1975] 2 RCS 37

« **habileté à se marier** » : *Lin c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 59762 (CISR)

« **habilité au mariage** » : *Loi sur l'égalité civile*, CPLM c E130

« **droit d'épouser** » : *Lad c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 91420 (CISR)

L'adjectif *ability* dans le syntagme *ability to marry* est traduit le plus souvent par « **capacité** ».

« **capacité de se marier** » : *Nadesapillai c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2001 CanLII 26732 (C.I.S.R.); *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Maheswaran c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 67595 (C.I.S.R.); *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3

« **habilité à se marier** » : *Rathod c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 75617 (C.I.S.R.)

« **capacité d'épouser** » : *Vadivelu c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 91543 (CISR)

« **aptitude à épouser** » : *Shabbir c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 82571 (CISR)

Le substantif « **habilité** » veut dire :

habilité : (Dr.) Aptitude légale à faire quelque chose. Syn. *capacité*. [Nous soulignons.] [Le Multi]

habilité,ée adj. Rendu légalement capable d'accomplir des actes ou d'exercer certains pouvoirs en vertu d'une loi, d'une décision judiciaire ou d'une autorisation. Ex. Le mineur habilité à se marier grâce au consentement de ses parents. Angl. *enabled, entitled* [Nous soulignons.] [Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2001, s.v. «habilité,ée»]

Nous ne retiendrons pas le syntagme composé avec le substantif « **habilité** » en raison de la vétusté de ce terme comme en font foi le *Robert* et le *Trésor*. L'absence de ce mot dans le *Vocabulaire* de Cornu est aussi éloquent.

habilité vx. Qualité qui rend apte à. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «habilité».]

habilité. **A.** — DR., *inus*. Synon. de *capacité* (v. ce mot B 1 A). *Habilité à succéder* (Ac.).
B. — Vieilli. Synon. de *habileté*. *Il s'exprime péniblement, a un grand fond d'instruction et beaucoup d'habilité à la critique littéraire* (VIGNY, *Journ. poète*, 1829, p. 892). *Il serait difficile, ou peut-être pratiquement impossible de se faire une réputation d'habilité en physique, en chimie, en anatomie, sans avoir reçu de la nature une certaine adresse manuelle* (COURNOT, *Fond. connaiss.*, 1851, p. 162). [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «habilité».]

Nous recommandons l'équivalent « **capacité de se marier** » pour rendre *capacity/ability to marry* puisqu'il est bien ancré dans la langue juridique. Il a l'avantage d'être un syntagme fermé contrairement à son concurrent « **capacité d'épouser** » qui est plutôt une tournure ouverte du style « capacité d'épouser une seconde femme, Julie, Mathilde, etc. ».

C'est ainsi que c'est l'équivalent « **incapacité de se marier** » qui s'impose pour rendre *incapacity/inability to marry*.

Dans le premier cas, la loi du pays où ils se sont mariés, a dû, sans doute, comme le décide expressément l'art. 150 du Code civil, régler la forme de la célébration de leur mariage; mais elle n'a eu ni pu avoir aucune influence, non seulement, comme il résulte du même article, sur leur capacité ou **incapacité de se marier**, mais encore sur les effets purement conventionnels de leur mariage [...] [Internet. [http://books.google.ca]. Philippe Antoine Merlin et Louis Randonneau, *Recueil alphabétique de Questions de droit*, vol. 9, Bruxelles, H. Tarlier, Libraire- Éditeur, 1829.]

Ce syntagme est le plus couramment employé et il ne pose pas de problèmes. Alors, nous recommandons l'équivalent « **incapacité de se marier** » pour rendre les syntagmes *incapacity/inability to marry*.

legal ability to marry

legal capacity to marry

legal inability to marry

legal incapacity to marry

L'adjectif *legal* prend tout son sens en fonction du substantif qu'il qualifie. La Banque terminologique de la common law du CTTJ (Juriterm) recense huit sens pour l'adjectif anglais *legal*. Sachant qu'il est polysémique, nous devons situer le terme *legal capacity* en contexte de droit afin de pouvoir le traduire adéquatement. Au Canada, les conditions essentielles à la *capacity to marry* sont énoncées par le fédéral dans la *Loi sur le mariage civil* et dans la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)* ainsi que dans les lois provinciales et territoriales sur la célébration du mariage concernant l'âge légal de la nubilité ou, à défaut de dispositions législatives, par la common law.

En d'autres mots, lorsque *legal* est accolé à *capacity*, il a en l'occurrence un sens très général.

Voici les explications de Jacques Picotte dans le *Juridictionnaire* à propos de l'adjectif *legal* en anglais et des adjectifs « **légal** » et « **juridique** » en français.

L'adjectif *légal* ne qualifie que ce qui, de quelque manière que ce soit, se rapporte à la loi : ce qui naît de son effet, ce qu'elle permet, ce qu'elle établit ou fixe, ce qui est conforme à ses dispositions, ce qui a valeur ou force de loi, ce qu'elle prescrit ou édicte, ce qu'elle définit et, plus généralement, ce qu'elle prévoit. Au contraire, ce qu'elle **prohibe** est qualifié d'illégal, d'interdit, de prohibé.

Outre ce sens, le quasi-homonyme anglais "*legal*" a trois sens que l'adjectif français n'a pas : ce qui est relatif au droit ou à l'exercice de la profession d'avocat (on dit *juridique*), ce qui appartient à la justice, à son administration, à l'autorité qu'elle concerne, ce qui suppose son intervention (on dit *judiciaire*) ou encore ce qui est reconnu ou ce qui prend effet à la suite des décisions des

tribunaux de common law par opposition à celles autrefois rendues par les tribunaux d'equity, ce qui existe ou est valide selon la common law par opposition à l'equity, autrement dit ce qui se fonde sur la common law ou ce qui trouve en elle son origine (on dit *en common law* ou *fondé sur la common law*). [Nous soulignons.] [Internet. [<http://www.cttj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, s.v. «légal,le».]

L'adjectif « **légal** » en français correspond à l'adjectif **legal** en anglais dans le sens de « *by operation of law, permitted by law* ».

légal, ale, aux 1. Ayant nature de loi. Ex. disposition légale (par opp. not. à réglementaire); parfois, dans une acception dérivée, ayant nature de Droit écrit (par opp. à coutumier, jurisprudentiel, doctrinal). Comp. *législatif*.

2. Qui résulte de la loi, soit sans dérogation possible (ex. représentation légale par opp. à représentation judiciaire ou conventionnelle), soit sauf stipulation contraire (ex. régime matrimonial légal). Comp. *de plein droit, de lege*. [Gérard Cornu dir., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Quadrige/PUF, 2011, s.v. « légal,ale, aux ».]

Par ailleurs, il semble que l'on utilise dans les textes les syntagmes « **capacité légale** » et « **capacité juridique** » de manière interchangeable dans les textes traduits.

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*.]

En divisant le pouvoir de faire des lois, la Constitution divise le pouvoir relatif au mariage entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales et territoriales. Le Parlement fédéral a autorité sur la **capacité juridique de se marier** (c'est-à-dire qui peut épouser qui). Les législatures provinciales ont autorité sur la célébration, qui comprend les exigences en matière de licence, de décision quant aux personnes pouvant présider à la cérémonie et la manière de le faire, et d'enregistrement. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/mar/2.html>]. Ministère de la Justice, *Mariage et reconnaissances des unions de conjoints de même sexe*, 2003.]

Mariages célébrés avant le 1er juillet 1933

35(1) Tous les mariages célébrés en Saskatchewan avant le 1er juillet 1933 entre des personnes qui avaient la **capacité légale de se marier** sont réputés avoir été et être des mariages valides dans la mesure où ils touchent les droits civils des parties et de leurs enfants en Saskatchewan et à l'égard de toute question qui relève de la compétence de la Saskatchewan, même si certaines des formalités prévues par la loi n'ont pas été respectées [...] [Internet. [<http://www.canlii.org>]. *Loi de 1995 sur le mariage*, L.S. 1995, c. M-4.1.]

Attribution de la compétence législative

La caractéristique dominante de l'art. 1 de la *Loi proposée* ressort clairement de son libellé : l'institution civile du mariage. En affirmant que le mariage est, sur le plan civil, « l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne », cet article établit les exigences minimales rattachées à cette institution : « deux personnes », sans égard à leur sexe, ont la **capacité juridique de se marier**. Par son caractère véritable, cette disposition touche donc la capacité de contracter mariage. [Internet.

[<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.]

En l'absence de compétence en matière de **capacité légale de se marier**, les provinces permissives sont actuellement en mesure d'exercer leur pouvoir législatif en matière de propriété et de droits civils [...] [Internet. [<http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-14-2000F.pdf>]. ÉGALE Canada, *Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe.*]

La disposition de l'avant-projet de loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe relève de la compétence exclusive du Parlement visant la **capacité juridique de contracter un mariage** civil prévue au paragraphe 91(26) de la Loi constitutionnelle de 1867 [Internet. [<http://www.parl.gc.ca>]. Parlement du Canada, Projet de loi C-38 : *Loi sur le mariage civil.*]

Il est maintenant bien établi en droit que le Parlement détient la compétence exclusive de réglementer la **capacité légale** de contracter le mariage ou encore les questions touchant à sa validité *essentielle*. De même, les gouvernements provinciaux ont la compétence exclusive des questions relatives à la validité *formelle*. [Internet. [<http://www.parl.gc.ca>]. Parlement du Canada, Projet de loi C-38 : *Loi sur le mariage civil.*]

Voici les résultats de notre recherche dans la banque juridique CanLII pour le terme *legal capacity to marry* :

« **capacité juridique de se marier** » : *Saliba c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 73309 (CISR); *Chen c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 98316 (CISR); *Dufaan c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 58562 (CISR); *Sta Ana c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 68205 (CISR); *Yalcin c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 77779 (CISR); *Rosette c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 98222 (CISR); *Sanford c. La Reine*, 2000 CanLII 389 (CCI); *Chimoy Melendez c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2005 CanLII 60170 (C.I.S.R.)

« **capacité juridique d'épouser** » : *Arumugam c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 72915 (CISR); *Lad c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 91420 (CISR); *Melendez c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 69668 (CISR); *Bocre c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 72790 (CISR); *Calderon c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 72823 (CISR); *Virk c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 72890 (CISR); *Chadha c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2002 CanLII 47170 (CISR); *Nyamador c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 82885 (CISR)

« **capacité légale de se marier** » : *Loi de 1995 sur le mariage*, LS 1995, c M-4.1

Il est quand même étonnant de constater l'absence quasi-complète du syntagme « **capacité légale** » pour rendre *legal capacity* dans la banque juridique. Aussi, une recherche avec le moteur de recherche Google pour la chaîne « **capacité juridique de se marier** » donne 1 630 occurrences tandis que la chaîne « **capacité légale de se marier** » donne 157 occurrences.

La **capacité juridique** se définit comme la faculté d'avoir des droits ayant pour conséquence d'engager la responsabilité découlant de ses actes. On sait qu'une personne

devient capable d'exercer pleinement tous ses droits lorsqu'elle atteint l'âge de la majorité.

Les systèmes de common law traitent habituellement les mineurs comme n'ayant pas encore la **capacité juridique**. Cette dernière s'acquiert avec l'âge de la majorité. [Donald Poirier, *Les personnes physiques et les incapacités*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 6, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1997 à la page 86.]

Dans la réalité, cette règle n'est pas absolue. Il existe des formes de capacité juridique progressive dans les systèmes de common law.

Ainsi, de récentes décisions judiciaires ont modifié la common law originelle et ont établi qu'un mineur a la **capacité juridique** de prendre des décisions touchant sa vie personnelle pour autant qu'il possède l'intelligence suffisante pour former sa propre opinion et qu'il comprend la portée de ses décisions. [Donald Poirier, *Les personnes physiques et les incapacités*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 6, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1997 à la page 90.]

La reconnaissance de la capacité progressive du mineur s'applique à de nombreux domaines, notamment en matière de droit familial, comme le droit de se marier, le droit d'avoir des rapports sexuels, le droit de faire un contrat domestique (mariage, cohabitation ou séparation)... Dans la plupart des cas cependant, l'âge minimal reconnaissant au mineur le droit de poser de tels actes est réglementé par des lois particulières. [Nous soulignons.] [Donald Poirier, *Les personnes physiques et les incapacités*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 6, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1997 à la page 92.]

Tout acte juridique exige que les parties aient la **capacité juridique** de l'accomplir. Cette capacité est habituellement acquise avec la majorité. En matière de mariage, l'âge légal a toutefois été abaissé. L'âge légal pour contracter mariage selon la common law est de 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons. Le législateur a prescrit 16 ans comme âge légal pour s'engager dans un mariage valide au Royaume-Uni et dans la plupart des états américains et 18 ans en Australie. Par contre, les états américains qui reconnaissent le mariage de common law et le Canada maintiennent l'âge de 12 ans pour les filles et de 14 ans pour les garçons comme âge légal pour se marier. Il en est ainsi au Canada parce qu'en vertu de la constitution canadienne, les provinces ont le pouvoir exclusif de légiférer en ce qui a trait aux formalités du mariage alors que le gouvernement fédéral est seul habilité à légiférer en ce qui a trait aux éléments essentiels à la validité du mariage. Or, le gouvernement fédéral du Canada n'a pas légiféré en la matière, s'en remettant donc à la common law. Cependant, il existe des dispositions législatives dans les États de common law qui prévoient qu'il est interdit de délivrer une licence de mariage et de célébrer le mariage d'une personne de moins de 16 ans. [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 19.]

Ainsi, la « **capacité juridique** » de se marier peut être limitée par la loi (un oncle ne peut pas épouser sa nièce). Dans ce cas, il ne serait pas abusif de dire que l'oncle et la nièce en question n'ont ni la **capacité légale** de s'épouser ni la **capacité juridique** de le faire.

Même si on utilise dans des textes juridiques les syntagmes « **capacité légale** » et « **capacité juridique** » de manière interchangeable dans des contextes semblables, c'est l'équivalent « **capacité juridique** » que l'on trouve le plus souvent.

Dans Juriterm et dans le Mini-lexique intitulé *Procédure—Droit de la famille* du Centre de ressources en français juridique de l'Université de Saint-Boniface, on propose l'équivalent « **capacité juridique** » pour rendre *legal capacity*.

Parce que l'adjectif *legal* dans *legal capacity to marry* se rapporte au droit en général, alors nous recommandons de rendre *legal* par « **juridique** ».

Le même raisonnement prévaut pour la tournure négative *legal incapacity/inability*, à savoir que nous recommandons « **incapacité juridique** » pour nommer cette inaptitude.

Dans certains cas, l'incapacité d'agir aboutit à une **incapacité juridique**, inaptitude à avoir des droits, lorsqu'une condition d'âge est requise pour se marier, adopter, reconnaître un enfant naturel, car le mineur ne peut agir lui-même, et pas davantage son tuteur qui ne saurait le représenter pour des actes aussi personnels. [Internet. [<http://www.persee.fr>]. Persée : Portail de revues scientifiques, Revue international de droit comparé, J. Brèthe De La Gressaye, *Capacité et minorité dans la problématique de la personne humaine*, 1978, vol. 30 à la page 722.]

Nous avons vu au début de ce dossier que la *legal capacity* et la *legal incapacity* couvraient plusieurs aspects en droit tels que la capacité de contracter, de se marier, de faire un testament, etc. Pour cette raison, nous retiendrons ces syntagmes dans les unités complexes suivantes : *legal capacity to marry* et *legal incapacity to marry* et leurs synonymes.

Ainsi, nous recommandons l'équivalent « **capacité juridique de se marier** » pour rendre *legal capacity to marry* et *legal ability to marry* ainsi que l'équivalent « **incapacité juridique de se marier** » pour traduire *legal incapacity to marry* et *legal inability to marry*

capacity to marry at common law *common-law capacity to marry*

L'adjectif *common-law* dans l'expression *common-law marriage* servait particulièrement à distinguer ce mariage de celui qui était régi par le droit d'origine législative.

Il en est de même quant à la capacité. La *common-law ability/capacity to marry* et la *capacity/ability to marry at common law* sont des *non-statutory capacities*.

Nous avons tenté de faire un parallèle avec le droit civil québécois pour voir s'il n'y a pas un autre moyen de rendre *at common law* en français autrement que par « en common law » en nous demandant comment, à l'époque, avant le régime législatif, on nommait la *non-statutory capacity* pour les mariages informels. Par contre, cette recherche s'est révélée infructueuse.

Dans les travaux antérieurs, les termes formés avec *at common law* ont été rendus par « **en common law** » ou « **de common law** ». Voici l'extrait explicatif du dossier CTTJ contrats 41 Groupe *duress* :

At common law et *legal* ont été traités dans les travaux de normalisation antérieurs et actuels. Ils sont généralement rendus par « de common law », « en common law » ou « légal ». En ce qui concerne l'emploi du « de » ou du « en », voici ce que nous avons écrit dans notre dossier CTTJ contrats 27 groupe *assignment of contractual rights* :

Les nombreux termes formés avec *legal* au sens de *at law* ont également été rendus par « en common law ». Mais pourquoi donc « en common law » plutôt que « de common law »? Ailleurs dans le *Dictionnaire canadien de la common law*, le terme *common law* pris adjectivement est rendu tantôt par « en common law », tantôt par « de common law » :

common law conveyance transport **de** common law
common law estoppel préclusion **en** common law
common law future interest intérêt futur **en** common law
common law lien privilège **en** common law
common law prescription prescription (acquisitive) **de** common law

On comprend mal pourquoi on recommande « transport **de** common law » mais « préclusion **en** common law », pour ne reprendre que ces exemples. À notre avis, il aurait été préférable en général de rendre cette locution adjectivale par « de », et de conserver le « en » pour les cas où :

1° on veut insister sur le système (c'est-à-dire lorsqu'on aurait pu inverser la phrase et dire : « En common law, la préclusion... », ou qu'on pourrait aussi dire « selon le système de la common law »);

2° le substantif de base désigne une action ou un processus, plutôt qu'un fait, un intérêt, une obligation ou un droit;

3° on veut éviter la répétition du mot « de » (ex. « devoir **de** diligence **en** common law » pour *common law duty of care*; « droit **de** suite **en** common law » pour *common law tracing*);

4° il y a locution adverbiale (ex. « cessible en common law » pour *assignable at law*).

[Internet. [<http://www.cttj.ca/>] Université de Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridiques, Travaux terminologiques, *Dossier CTTJ 41 – Contrats*].

L'usage de la préposition « de » convient bien lorsque le vocable *common law* a une fonction adjectivale dans le syntagme. Par contre, le syntagme « **capacité de se marier de common law** » n'est pas un choix très heureux. Comme l'indique le numéro trois de la série d'exceptions énumérées ci-dessus, la préposition « en » peut servir dans les cas où on veut éviter la répétition du mot « de ». Alors, nous recommandons « **capacité de se marier en common law** » pour traduire les syntagmes *capacity to marry at common law* et *common-law capacity to marry*. Du fait que cette tournure peut porter à confusion parce qu'elle met l'accent sur le système de common law, nous ajouterons le nota explicatif suivant dans le tableau récapitulatif : Capacité qui n'est pas d'origine législative.

ability to contract marriage

ability to enter into a marriage contract

ability to enter into marriage

capacity to contract marriage

capacity to enter into a marriage contract
capacity to enter into marriage

Nous avons trouvé « **capacité de contracter mariage** », « **capacité à contracter mariage** », « **habilité à conclure un contrat de mariage** » et « **capacité de conclure le contrat de mariage** » pour rendre *capacity/ability to contract marriage*, *capacity/ability to enter into a marriage contract* et *capacity/ability to enter into marriage*.

Le texte [canon 1095 CIC]⁶ promulgué en 3 paragraphes commence par dire que certaines personnes ne sont pas **capables de contracter mariage**. Cette incapacité juridique a des conséquences importantes lorsqu'il s'agit de valider un mariage. [Darius Bamueene Solo, *Le VIH/SIDA : Incapacité matrimoniale ou chef de nullité du mariage canonique?*, L'harmattan, Paris, 2008 à la page 75.]

Mis à part les formalités légales prévues pour la cérémonie du mariage, tous les autres éléments essentiels à la validité peuvent être regroupés sous la rubrique de la **capacité de conclure le contrat de mariage** ». [Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit québécois*, Scarborough, Thomson Canada Limitée, 1997 à la page 588.]

De par son caractère véritable, l'art. 1 se rapporte à la **capacité juridique de contracter un mariage** civil et touche le sujet visé par le par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 91(26) n'a pas constitutionnalisé la définition que la common law attribuait au « mariage » en 1867. [Internet. [<http://www.canlii.org>]. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.]

Capacity of minor 37(2) Un mineur qui remplit les conditions légales pour **contracter mariage** est **habilité à conclure un contrat de mariage** ou une entente de séparation agréé par la Cour, préalablement ou ultérieurement à la passation du contrat. [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, c. M-1.1.] / **37(2) minor who has capacity to contract marriage has capacity to enter into a marriage contract or a separation agreement that is approved by the Court, whether the approval is given before or after the contract is entered into**. [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.]

Dans ma décision rendue en 2008 dans l'affaire *Khela c. Canaaa*, j'ai traité de la question de la capacité mentale et de la **capacité à contracter un mariage**. [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Karthigesu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CanLII 96515 (IRB).]

Nous considérons que la tournure *capacity to enter into marriage* est une forme elliptique de *capacity to enter into a marriage contract*. Nous la retiendrons, car elle est largement employée. Nous avons constaté que la traduction la plus couramment employée pour rendre ce syntagme est « **capacité de contracter un/le mariage** ».

Il est maintenant bien établi en droit que le Parlement détient la compétence exclusive de réglementer la **capacité légale de contracter le mariage** ou encore les questions touchant à sa validité *essentielle*. De même, les gouvernements provinciaux ont la compétence exclusive des questions relatives à la validité *formelle*. [Internet. [<http://www.parl.gc.ca>]. Parlement du Canada, *Projet de loi C-38 : Loi sur le mariage civil*.]

6 Code de Droit Canon.

En l'absence d'une loi au Pérou autorisant la bigamie, puisque aucune preuve du contraire n'a été présentée au tribunal, ce dernier conclut qu'il est raisonnable de croire que l'avocate péruvienne de l'appelante a tenté d'établir que le premier mari de cette dernière avait la **capacité juridique de contracter un mariage** avec l'appelante. [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Chimoy Melendez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CanLII 60170 (CISR).]

On ne retient pas le syntagme composé avec « **habilité** » pour la raison mentionnée plus haut dans ce dossier.

Voici un article tiré du *Juridictionnaire* qui explique la construction du substantif « **capacité** » avec les propositions à, pour et de.

Le substantif **capacité** se construit avec les prépositions à, pour ou de.

Devant un substantif, **capacité** se construit avec *de* ou avec *pour* (jamais avec [à]). « *Cette avocate a une grande capacité de concentration.* » Il se construit avec *pour* dans le cas où, s'appliquant à des personnes, il est précédé d'un article partitif ou d'un article indéfini et qu'il est suivi d'un adjectif : « *Cet étudiant a une grande capacité pour le droit fiscal.* » C'est pourquoi on emploie la préposition *pour* dans l'expression juridique *avoir capacité pour* (voir le point 3). Il faut cependant se rappeler que la préposition *de* s'utilise lorsque le substantif **capacité** est précédé de l'article défini : « *Il a la capacité de titulaire du titre.* » « *Il a la capacité de s'engager contractuellement.* »

En ce qui concerne cette dernière construction où **capacité** est suivi d'un infinitif, l'usage veut que **capacité** se construise avec *de*, à ou *pour* dans la langue usuelle, et avec les prépositions *de* ou *pour* lorsque le mot est pris dans son acception juridique. *Avoir la capacité de tester* ou *avoir la capacité pour tester*. *Avoir la capacité pour aliéner*. « *La cession de créance suppose la capacité nécessaire pour aliéner.* » « *La capacité de ce juge à régler des dossiers est phénoménale.* » *Capacité des agents de la paix à recueillir dans les circonstances des éléments de preuve.*

On emploie la préposition *de* dans l'expression *être dans l'incapacité de faire quelque chose* (au sens de ce mot dans la langue usuelle), mais c'est la préposition à qui convient lorsqu'on parle de *l'incapacité d'une personne à faire quelque chose* (au sens de qui n'est pas apte à faire qqch.) ou de l'incapacité juridique : *incapacité à jouir d'un droit, à l'exercer*. [Nous soulignons.] [Internet. [<http://www.cttj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT), Jacques Picotte, *Juridictionnaire, s.v.* «capacité».]

Une petite recherche dans Internet avec le moteur de recherche Google pour « **capacité à contracter mariage** » donne 1 700 occurrences par rapport à « **capacité de contracter mariage** » qui donne 20 900 occurrences et « **capacité pour contracter mariage** » avec une vingtaine d'occurrences seulement. Par conséquent, nous retenons la formule « **capacité + de +contracter mariage** ».

En Allemagne, la **capacité de contracter mariage** s'acquiert à l'âge de la majorité (18 ans), avec une possibilité de dispense à partir de 16 ans si le futur conjoint est lui-même majeur. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Daniel Sterckx, *Le mariage en droit civil*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2004 à la page 86.]

Le syntagme « **capacité de contracter mariage** » est plus économique que son concurrent « **capacité de conclure un contrat de mariage** ». Pour cette raison, nous recommandons l'équivalent « **capacité de contracter mariage** » pour rendre *capacity to contract marriage, capacity to enter into a marriage contract, capacity to enter into*

marriage, ability to contract marriage, ability to enter into a marriage contract et ability to enter into marriage.

inability to contract marriage

inability to enter into a marriage contract

inability to enter into marriage

incapacity to contract marriage

incapacity to enter into a marriage contract

incapacity to enter into marriage

Nous recommandons la tournure négative « **incapacité de contracter mariage** » pour rendre les termes *incapacity to contract marriage, incapacity to enter into a marriage contract, incapacity to enter into marriage, inability to contract marriage, inability to enter into a marriage contract* et *inability to enter into marriage*.

Le gouvernement fédéral pourrait-il dans ce cas, sur le motif que la législation sur le mariage lui appartient, étendre sa juridiction jusqu'à en régler les conditions civiles, comme le douaire, la communauté de biens—et par là exclure la juridiction des provinces sur cette partie du droit civil? N'est-il pas évident qu'il devait, au contraire, borner strictement sa législation aux conditions de capacité et d'**incapacité de contracter mariage**, ainsi qu'aux causes d'empêchements et autres conditions qui sont de la nature de ce contrat, sans intervenir avec les droits civils qui en résultent [Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Citizens' and The Queen Insurance Cos. v. Parsons*, 4 SCR 215.]

absolute incapacity to marry

relative incapacity to marry

L'adjectif « **absolu** » reprend les caractéristiques de l'adjectif anglais *absolute* comme nous l'avons indiqué dans le dossier FAM-115.

absolu, ue *adj.* et *n.m.* — *asolue* 1080 ; lat. *absolutus* → solution* (encadré).

1 Adj. **1.** Qui ne comporte aucune restriction ni réserve.

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

absolu, ue *adj.*

[...]

2. Opposable à tous.

[Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur

Ltée, 2004, s.v. «absolu».]

L'adjectif français « **relatif** » correspond à la notion de l'adjectif anglais *relative*.

relatif, ive *adj.*

[...]

2. Se dit d'un droit qui appartient ou est opposable à certaines personnes seulement. Ex. L'autorité relative de la chose jugée.

Contr. Absolu

Comp. relativité

Angl. *relative*

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

Nous recommandons les équivalents français « **incapacité absolue de se marier** » et « **incapacité relative de se marier** » pour rendre respectivement les termes *absolute incapacity to marry* et *relative incapacity to marry* au même titre que le Comité a normalisé les équivalents français **empêchement absolu de mariage** » et « **empêchement relatif de mariage** » pour rendre respectivement *absolute impediment to marriage* et *absolute bar to marriage*⁷.

lack of capacity to marry

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. Voici des contextes dans lesquels nous avons relevé « **absence de capacité** » et « **défaut de capacité** ».

Les motifs de l'annulation sont le revers des éléments essentiels à la validité du mariage. Mis à part les formalités légales prévues pour la cérémonie du mariage, tous les autres éléments essentiels à la validité peuvent être regroupés sous la rubrique de la capacité de conclure le contrat de mariage. Ainsi, le consentement des parents, lorsque applicable, l'âge, la capacité physique, la consanguinité affectent la capacité de se marier et l'**absence de capacité** est alors à l'origine de la nullité.

[...]

Les cas d'**absence de capacité** sont plus complexes et exigent que l'on différencie les mariages nuls *ab initio* des mariages annulables. La distinction réside dans le caractère temporel de l'incapacité. Lorsque les parties ont été mariées en dépit de leurs liens de consanguinité, elles ne possédaient pas au moment du mariage la capacité de se marier, et le mariage sera déclaré nul. En revanche, si l'incapacité est due à l'impuissance, puisque celle-ci est (en théorie) vérifiable seulement après une période de cohabitation, on dira que, malgré l'**absence de capacité** au départ, le mariage n'est pas nul mais annulable.

[Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon dir., *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Thomson Canada Limitée, 1997 à la page 588.]

5. (1) Le mariage célébré au Canada qui serait valide au Canada si les époux y avaient leur domicile est valide pour l'application du droit canadien même si les époux ou l'un d'eux n'ont pas, au moment du mariage, la capacité de le contracter en vertu du droit de l'État de leur domicile respectif.

Rétroactivité (2) Le paragraphe (1) s'applique rétroactivement à tout mariage qui aurait été valide en vertu du droit applicable dans la province où il a été célébré n'eût été l'**absence de capacité des époux** ou de l'un d'eux de le contracter en vertu du droit de l'État de leur domicile respectif.

[Internet. [<http://www.canlii.org>]. CanLII, *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.]

7 Voir le dossier DNT-BT FAM 115 Groupe *bars and impediments* pour les termes « empêchement absolu de mariage » et « empêchement relatif de mariage ».

Chercher à créer un lien direct entre la maladie du VIH et la nullité du mariage revient à souligner qu'une telle maladie peut être une cause directe d'un **défaut de capacité** ou d'un vice de consentement ou encore d'un vice ou défaut de forme. [Darius Bamuene Solo, *Le VIH/SIDA : Incapacité matrimoniale ou chef de nullité du mariage canonique?*, L'harmattan, Paris, 2008 à la page 84.]

Au même effet, GROFFIER dans le traité précité, mentionne à la page 65 :

"La loi applicable à la nullité du mariage est la même que celle qui en régit sa validité. Si la nullité résulte d'un **défaut de capacité**, il s'agira de la loi du domicile de l'époux, incapable de contracter mariage, si la nullité résulte d'un défaut de forme, la *lex loci celebrationis* s'appliquera". [Quicklaw, *Moncion c. Huamani*, [1983] J.Q. no 661, J.E. 83-745, Cour supérieure du Québec, District de Montréal.]

Dans le dossier 112 (*Groupe essential validity : marriageable age (legal capacity)*), les syntagmes composés avec *lack of* soit *lack of age* et *lack of parental consent* ont été rendus respectivement par « **défaut d'âge** » et « **absence de consentement parental** ». Le Comité a écarté « absence d'âge » parce que ce syntagme se trouve dans des textes qui expliquent qu'il n'y a pas de législation à propos de l'âge d'une personne dans une situation particulière.

Dans le cas du *lack of capacity*, le *lack* fait état de l'absence de capacité pour conclure un mariage et non d'un manquement quelconque à la capacité requise. Les termes « **absence de capacité** » et « **défaut de capacité** » s'équivalent, c'est-à-dire qu'ils recouvrent tous les deux la notion d'absence. Une petite recherche dans Internet pour « absence de capacité + mariage » donne 41 900 occurrences et « défaut de capacité + mariage » donne 44 600 occurrences.

Nous n'avons pas d'arguments en défaveur de l'un ou l'autre des équivalents concurrents. Alors, nous recommanderons le syntagme qui est dans la *Loi sur le mariage civil* pour traduire *lack of capacity* soit « **absence de capacité** ».

Nous consignerons dans le lexique la tournure « **absence de capacité de se marier** » pour rendre *lack of capacity to marry*.

Tableau récapitulatif

| | |
|---|---|
| <p>ability to contract marriage; ability to enter into a marriage contract; ability to enter into marriage; capacity to contract marriage; capacity to enter into a marriage contract; capacity to enter into marriage</p> <p>See also ability to marry; capacity to marry</p> | <p>capacité de contracter mariage (n.f.)</p> <p>Voir aussi capacité de se marier</p> <p>ANT incapacité de contracter mariage</p> |
|---|---|

| | |
|--|--|
| <p>ANT inability to contract marriage; inability to enter into a marriage contract; inability to enter into marriage; incapacity to contract marriage; incapacity to enter into a marriage contract; incapacity to enter into marriage contract</p> | |
| <p>ability to marry; capacity to marry</p> <p>See also ability to contract marriage; ability to enter into a marriage contract; ability to enter into marriage; capacity to contract marriage; capacity to enter into a marriage contract; capacity to enter into marriage</p> <p>ANT inability to marry; incapacity to marry</p> | <p>capacité de se marier (n.f.)</p> <p>Voir aussi capacité de contracter mariage</p> <p>ANT incapacité de se marier</p> |
| <p>absolute incapacity to marry</p> <p>ANT relative incapacity to marry</p> | <p>incapacité absolue de se marier (n.f.)</p> <p>ANT incapacité relative de se marier</p> |
| <p>capacity to marry at common law; common-law capacity to marry</p> <p>NOTE A non-statutory capacity.</p> <p>See common-law marriage¹</p> <p>DIST legal ability to marry; legal capacity to marry</p> | <p>capacité de se marier en common law (n.f.)</p> <p>NOTA Capacité qui n'est pas d'origine législative.</p> <p>Voir mariage de common law</p> <p>DIST capacité juridique de se marier</p> |
| <p>inability to contract marriage; inability to enter into a marriage contract; inability to enter into marriage; incapacity to contract marriage; incapacity to enter into a marriage contract; incapacity to enter into marriage</p> <p>See also inability to marry; incapacity to marry; lack of capacity to marry</p> <p>ANT ability to contract marriage; ability to</p> | <p>incapacité de contracter mariage (n.f.)</p> <p>Voir aussi incapacité de se marier; absence de capacité de se marier</p> <p>ANT capacité de contracter mariage</p> |

| | |
|--|---|
| enter into a marriage contract; ability to enter into marriage; capacity to contract marriage; capacity to enter into a marriage contract; capacity to enter into marriage | |
| inability to marry; incapacity to marry See also lack of capacity to marry; inability to contract marriage; inability to enter into a marriage contract; inability to enter into marriage; incapacity to contract marriage; incapacity to enter into a marriage contract; incapacity to enter into marriage ANT ability to marry; capacity to marry | incapacité de se marier (n.f.) Voir aussi absence de capacité de se marier; incapacité de contracter mariage ANT capacité de se marier |
| lack of capacity to marry See also inability to marry; incapacity to marry; inability to contract marriage; inability to enter into a marriage contract; inability to enter into marriage; incapacity to contract marriage; incapacity to enter into a marriage contract; incapacity to enter into marriage | absence de capacité de se marier (n.f.) Voir aussi incapacité de se marier; incapacité de contracter mariage |
| legal ability to marry; legal capacity to marry ANT legal inability to marry; legal incapacity to marry DIST capacity to marry at common law; common-law capacity to marry | capacité juridique de se marier (n.f.) ANT incapacité juridique de se marier DIST capacité de se marier en common law |
| legal inability to marry; legal incapacity to marry ANT legal ability to marry; legal capacity to marry | incapacité juridique de se marier (n.f.) ANT capacité juridique de se marier |
| relative incapacity to marry | incapacité relative de se marier (n.f.) |

| | |
|----------------------------------|-------------------------------------|
| ANT absolute incapacity to marry | ANT incapacité absolue de se marier |
|----------------------------------|-------------------------------------|