

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

**Par Sylvie Falardeau et Iliana Auverana**

*Groupe essential validity : mental capacity to marry*

**TERMES EN CAUSE**

ability to consent to marriage	predatory spouse
absence of consent to marriage	real consent
absence of mental capacity to marry	secret marriage
arranged marriage	sham marriage
capacity to consent to marriage	shotgun marriage
clandestine marriage	shotgun wedding
compassionate marriage	true consent
duress	undue influence
emigration marriage	valid consent
extraneous purpose marriage	voluntary consent
forced marriage	voluntary union
fraudulent misrepresentation	want of consent to marriage
free and enlightened consent	want of mental capacity to marry
free and full consent	
freedom of consent	
fundamental mistake	
hasty marriage	
immigration marriage	
inability to consent to marriage	
incapacity to consent to marriage	
inoperative mistake	
invalid consent	
lack of consent to marriage	
lack of mental capacity to marry	
limited purpose marriage	
marriage of convenience	
mental ability to marry	
mental capacity to marry	
mental inability to marry	
mental incapacity to marry	
mutual consent	
operative mistake	
predator spouse	
predatory marriage	

## TERMES DÉJÀ NORMALISÉS

*duress* = contrainte (CTTJ Contrats 41A - Groupe *duress* (2007-11-08));  
*fraudulent misrepresentation* = assertion frauduleuse et inexacte (UNIF 2E – Groupe *misrepresentation* (2008-03-17));  
*undue influence* = influence induite (CTTJ Contrats 41A - Groupe *duress* (2007-11-08)).

## ANALYSE NOTIONNELLE

*mental ability to marry*  
*mental inability to marry*  
*mental capacity to marry*  
*mental incapacity to marry*

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 mariage et de divorce (par. 91(26)) et les gouvernements provinciaux réglementent la célébration du mariage, soit les questions de formalité (par. 92(12)).

Marriage law is divided between the federal and provincial governments in Canada. The federal government, through s. 91(26) of the Constitution Act, 1867, regulates marriage and divorce. The provincial government, through s. 92 (12), regulates the solemnization of marriage.  
[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 18.]

**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».]

En plus de cette dichotomie sur le plan législatif, il existe une dichotomie théorique, à savoir que le fédéral légifère sur les matières concernant l'essence du mariage et les provinces sur celles concernant les formalités du mariage. 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.

Some of the requirements of a valid marriage relate to form, others to substance.  
[Hahlo H.R., *Nullity of Marriage in Canada: With a Sideways Glance At Concubinage And Its Legal Consequences*, Toronto, Butterworth & co. (Canada) Ltd., 1979 à la page 8.]

Judicial attempts to make sense of this distinction adopted a "form" and "substance" interpretation, such that provinces are said to have power to make laws respecting the formal requirements of marriage, while matters of substance belong to Parliament.  
[Simon R. Fodden, *Essentials of Canadian Law: Family Law*, Toronto, Irwin Law, 1999 à la page 10.]

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.  
[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*, 8<sup>e</sup> éd., 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*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Barron’s Educational Series, Inc., 2003, s.v. «incapacity».]

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

La *mental capacity to marry* c’est le fait pour les parties au mariage de comprendre la nature du contrat de mariage et les devoirs et les responsabilités qui en découlent. Cette capacité s’évalue au moment de la célébration du mariage.

#### **Mental Capacity to Marry**

You must have the **mental capacity** to understand the nature of the marriage contract, and the duties and responsibilities that it creates. A person who is demonstrably insane at the time of the solemnization has not formed a valid marriage.  
[Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, 8<sup>e</sup> éd., Toronto, Stoddart Publishing Co. Limited, 2001 à la page 5.]

The test for capacity to marry articulated by the court was as follows :

A person is **mentally capable of entering into a marriage contract** only if he/she has the capacity to understand the nature of the contract and the duties and responsibilities it creates. The recognition that a ceremony of marriage is being performed or the mere comprehension of the words employed and the promises exchanged is not enough if,

because of the state of mind, there is no real appreciation of the engagement entered into; *Durham v. Durham*; *Hunter V. Edney* (otherwise *Hunter*); *Cannon v. Smalley* (otherwise *Cannon*) (1885), L.R. 10 P.D. 80 at 82 and 95.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 81.]

La *mental capacity to marry* est un critère établi par les tribunaux qui est relativement simple. Il suffit que les parties comprennent que le mariage est monogame, qu'il prendra fin lors du décès de l'un des époux ou lors d'un divorce et qu'il engage les époux à cohabiter et à s'entraider.

#### Capacity to marry

In order to enter into a valid marriage, each party must be capable, at the date of the marriage, of understanding the nature of the contract of marriage and the duties and responsibilities which it creates. Exactly what matrimonial responsibilities are envisaged by this test are not entirely clear. The test does not, of course, require the parties to be capable of understanding all the consequences of marriage; as one English judge aptly noted [*Foster v. Foster* (1923), 39 T.L.R. 658, per Sir Henry Duke at 659], few (if any) could satisfy such a test. Unlike the Canon law, in which an ability to understand the moral and religious responsibilities of marriage is an integral part of the test of capacity, the common law test is probably concerned only with the legal consequences and responsibilities which form an essential part of the concept of marriage. Thus, if the parties are capable of understanding that the relationship is legally monogamous, indeterminate except by death or divorce, and involves mutual support and cohabitation, capacity is present. The reported cases indicate that the test is not a particularly demanding one. As was said in the leading English decision, "the contract of marriage is a very simple one, which does not require a high degree of intelligence to comprehend."

[Gerald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1994 aux pages 253-254.]

Dans une cause de la Nouvelle-Écosse, le tribunal a spécifié que cette capacité se limite à la compréhension du contrat de mariage et ne concerne pas la capacité de s'acquitter de ses obligations lors du mariage. La cour s'était alors penchée sur le cas d'une personne atteinte de maladie mentale.

The Nova Scotia case of *Webb (Gammon) v. Webb* is particularly important in emphasizing that capacity to marry requires an ability to *understand* the responsibilities of marriage, but not an ability to *discharge* them. The two will usually coincide; but if, as in *Webb*, the evidence establishes merely that one party's mental disability (in *Webb's* case, schizophrenia) affects his or her ability to discharge the responsibilities of marriage, the marriage is valid. In other words, the test of capacity is not a test of the parties' suitability or fitness for marriage.

[Gerald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1994 à la page 254.]

Le fardeau de prouver que le défendeur ne possédait pas la *mental capacity* requise au moment de la cérémonie incombe à la partie qui attaque la validité du mariage.

**Mental incapacity to marry** may be found where one of the parties was incapable of understanding the nature of the marriage contract, and the duties and responsibilities that it creates. The person seeking to prove **mental incapacity** has an uphill fight, since there is a legal presumption in favour of a valid marriage, and also a presumption that all persons are sane until the contrary is proved.

[Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, 8<sup>e</sup> éd., Toronto, Stoddart Publishing Co. Limited, 2001 à la page 137.]

The **mental capacity to marry** is the capacity to understand the nature of the contract and the duties and responsibilities which it creates. In order for a marriage to be void on the ground of lunacy or mental incompetency of one of the parties, the defect must have existed at the time of the ceremony.

The onus of showing that the defendant was incapable of understanding the nature or consequences of the contract lies on the party who impeaches the validity of the marriage. [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 66.]

La *mental incapacity* une fois alléguée et prouvée rend le mariage nul. D'autres parties peuvent être intéressées à contester la validité du mariage d'un parent pour invoquer des droits successoraux par exemple.

*Mental incapacity* of either party at the date of the marriage renders the marriage absolutely void and not merely voidable. Its validity can therefore be challenged not only by the parties themselves, but by any interested third party. This can be done even after the death of one of the parties to the marriage, for example in the context of succession rights.

One might assume that since the marriage is void, it cannot subsequently be ratified by the incapacitated party during a lucid interval or on full recovery. Although dicta in one Canadian case support this, the better view is probably that such ratification does validate the marriage. [Gerald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1994 aux pages 255-256.]

La *mental incapacity* peut être temporaire en cas de dépression ou bien ponctuelle en cas d'ivresse. C'est le cas des mariages célébrés alors qu'une des parties est sous l'influence de l'alcool ou de la drogue. Si une partie n'est pas en mesure de comprendre la nature de la cérémonie et des obligations qui en découlent, le mariage pourra être annulé.

Unsoundness of Mind; Alcohol and Drug Intoxication  
Freedom of consent to marry may be negated by unsoundness of mind or the effects of excessive alcohol or drug consumption. The degree of impairment must be such that the afflicted person was incapable of understanding the ceremony of marriage and the duties and responsibilities that flow from marriage. The affliction must have existed at the time when the marriage was solemnized. The burden of proof falls on the person who seeks to impugn the marriage. [Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 aux pages 32-33.]

Selon plusieurs lois canadiennes, on ne doit pas célébrer le mariage ni délivrer de permis de mariage à ces personnes intoxiquées. C'est le cas en Ontario, en Colombie-Britannique, en Alberta, en Saskatchewan et à Terre-Neuve-et-Labrador.

#### **Persons lacking mental capacity**

7. No person shall issue a licence to or solemnize 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 intoxicating liquor or drugs or for any other reason. 2006, c. 19, Sched. G, s. 4.  
[CanLII, *Marriage Act*, R.S.O. 1990, c. M.3]

Il existe des dispositions législatives dans les provinces et territoires de common law qui interdisent expressément le mariage des personnes atteintes de désordre mental. Il existe de tels obstacles administratifs notamment dans les lois de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan, des Territoires du Nord-Ouest, de l'Ontario et du Yukon. Le Manitoba et l'Alberta ont des dispositions qui permettent le mariage des personnes souffrant de désordres mentaux si un psychiatre ou un médecin confirment que la personne est capable de comprendre la nature du contrat de mariage ainsi que les devoirs et responsabilités que cela comporte.

**35.** An issuer of marriage licences who issues a licence for a marriage, and a religious representative or marriage commissioner who solemnizes a marriage, knowing or having reason to believe that either of the parties to the intended marriage or to the marriage is a mentally disordered person or is impaired by drugs or alcohol, commits an offence and is liable on conviction to a penalty of not more than \$500.  
[CanLII, *Marriage Act*, RSBC 1996, c 282.]

### **Marriage of mentally handicapped**

**27(1)** No person shall issue a marriage licence or solemnize a marriage when the person knows or has reason to believe that there is in effect with respect to a party to the intended marriage

- (a) a committee under *The Mentally Incapacitated Persons Act*, RSA 1970 c232,
- (b) a guardianship order or trusteeship order under the [Adult Guardianship and Trusteeship Act](#), or
- (c) a certificate of incapacity under the [Adult Guardianship and Trusteeship Act](#),

unless there is delivered to the person a certificate under subsection (2) and, when there is a trustee or guardian of a party to the intended marriage, proof that the trustee or guardian has been given 14 days' notice of the issuance of the licence or the solemnization of the marriage, as the case may be.

**(2)** A physician may certify in writing that in the physician's opinion a party described in subsection (1)(a) or (b) has the capacity to understand the nature of the contract of marriage and the duties and responsibilities relating to it.  
[CanLII, *Marriage Act*, RSA 2000, c M-5.]

Ces obstacles varient d'une loi à l'autre. Alain-François Bisson résume clairement la situation :

En outre, les critères d'appréciation varient : dans certaines lois, on semble s'en remettre au bon jugement du fonctionnaire compétent; dans d'autres, on exige que le malade soit légalement déclaré, ou identifiable comme tel en vertu des Mental Health Acts. Les techniques de mise en œuvre de cette interdiction sont diverses, mais empruntent surtout la voie administrative : tantôt il est interdit de délivrer une licence de mariage; tantôt il est interdit de célébrer le mariage; tantôt l'interdiction s'adresse au candidat au mariage lui-même. Il peut arriver que toutes ces interdictions soient réunies : c'est le cas en Saskatchewan, dont la législation prévoit en outre un examen médical pré-nuptial plus poussé qu'ailleurs.  
[Alain-François Bisson, *Aspects généraux du droit canadien des nullités du mariage : Droit existant et perspectives de réforme*, (CRD), Ottawa, 1976 à la page 16.]

Ces restrictions posées par les provinces et territoires soulèvent bien des questions constitutionnelles puisque les conditions de fond relèvent de la compétence du gouvernement fédéral. Mais, contentons-nous de dire que les tribunaux les considèrent comme étant de l'ordre de la procédure en matière de cérémonie de mariage.

When mentally disabled persons wish to marry, one of the difficulties which they may encounter is provincial legislation containing mental health restrictions on issuing marriage licences and solemnizing marriages. Most Canadian jurisdictions impose such restrictions. However, as we shall see, their constitutional validity is open to question.

#### **A) Are the Restrictions Ultra Vires?**

The constitutional validity of these restrictions must be examined on two grounds. First, are they invalid as being ultra vires (beyond the power of) provincial legislative authority? The federal parliament has exclusive legislative authority over capacity to marry, provincial authority being limited to solemnization. Several writers have argued that the mental health restrictions are in substance related to capacity to marry and are therefore beyond the legislative authority of the provinces. Although this argument has considerable merit, the case-law on provincial regulation of parental consent and the age of consent to marriage suggests that the courts may well view the mental health restrictions as dealing with solemnization and thus within provincial legislative authority. [*Mental Disability and the Law in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Gerald B. Robertson, Toronto, Carswell, 1994 à la p. 256]

Provincial legislation sets out the steps one must take in order to have a valid marriage in the province. The Ontario *Marriage Act* ("*Marriage Act*") lays out these requirements. By legislating age and consent requirements for obtaining a marriage licence, the province has stepped into what is arguably federal territory of who can marry. One must be 18 years old or have the written consent of both parents to obtain a marriage licence. The Act also prohibits granting a licence or solemnizing the marriage of any person who "lacks **mental capacity to marry** by reason of being under the influence of intoxicating liquor or drugs or for any other reason". ... 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. [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 aux pages 18-19.]

D'autres questions se posent à savoir est-ce que les personnes intellectuellement handicapées ont la capacité juridique de se marier. En d'autres mots, est-ce que le droit au mariage est protégé par le droit à la vie privée? En conséquence, est-ce que les restrictions au mariage contreviennent à la Charte des droits et libertés? Nous ne traiterons pas de cet aspect dans notre dossier et nous référons le lecteur à la monographie *Mental Disability and the Law in Canada* de Gerald B. Robertson qui traite de ce volet.

La *mental incapacity* qui résulte du désordre mental est cause de nullité de mariage. Ainsi, la personne totalement inapte ne pourra contracter un mariage valide.

On a repéré plusieurs occurrences de *mental ability* et de *mental inability* dans des contextes de mariage dans Internet pour décrire les mêmes notions.

Anyone who lacks **mental ability** due to an illness or drugs can't legally marry. [Internet. [[http://prezi.com/\\_e9np622jxvu/law-12-final-project/](http://prezi.com/_e9np622jxvu/law-12-final-project/)]. Prezi, Avne et Sandhu, *Me, Myself and Law 12* (20140107).]

... 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* (20101015).]

Capacity generally refers to the **mental ability** of one or both of the parties to the marriage to agree to become husband and wife. Both parties must be of "sound" mind and capable of agreeing to the marriage. Not all forms of mental illness and insanity serve to render someone incapable of entering into a marriage. A common test of capacity is the ability of individuals to understand the nature of marriage, and what their responsibilities are to their partners once they enter into the union.

[Internet. [<http://family.findlaw.com/marriage/marriage-requirements-basics-consent-age-and-capacity.html>]. FindLaw, *Marriage Requirements Basics: Consent, Age and Capacity* (20140120).]

When, therefore, the consent is not present, whether it arises from **mental inability** to give the consent, or from duress or fraud, the contract of marriage, and hence the marriage itself, must be declared void.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Christopher Gustavus Tiedeman, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States: Considered from both a Civil and Criminal Standpoint*, St-Louis, The F. H. Thomas Law Book Co., 1886 à la page 529.]

## ÉQUIVALENTS

*mental ability to marry*

*mental capacity to marry*

*mental inability to marry*

*mental 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.*

[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».]

Ce sont les équivalents « capacité de se marier » et « incapacité de se marier » qui se sont imposés pour rendre les syntagmes *ability/capacity to marry* et *inability/incapacity to marry* dans le dossier BT-FAM 108 Groupe *essential validity : legal capacity to marry*.



Le qualificatif *mental* se rend en français par « mental ». Ainsi, nous parlerons de la « capacité mentale » ou bien de l'« incapacité mentale » d'une personne *to consent to marriage*.

La nullité des mariages peut être déclarée en raison des circonstances suivantes : 1) la bigamie ou la polygamie; 2) la consanguinité ou la filiation; 3) l'**incapacité mentale**; 4) la minorité d'une des parties; 5) l'absence de consentement en raison soit de l'erreur ou de la fraude.

[...]

Remarquons qu'il s'agit ici du degré de **capacité mentale** nécessaire à la conclusion d'un contrat et, particulièrement, d'un contrat de mariage. En Ontario, il appartient à la personne autorisée à délivrer la licence de mariage ou à célébrer le mariage (lorsqu'on procède par publication de bans) de s'assurer qu'il n'existe aucun empêchement au mariage. Le Manitoba se démarque puisqu'il permet explicitement le mariage des personnes souffrant de désordres mentaux si un psychiatre confirme que la personne est capable de comprendre la nature du contrat de mariage ainsi que les devoirs et responsabilités que cela comporte [...]

[Louise Bélanger Hardy et Aline Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell 1997 à la p. 589.]

Nous avons vu que la *mental capacity* peut couvrir 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 : *mental capacity to marry* et *mental incapacity to marry* et leurs synonymes.

Ainsi, nous recommandons les équivalents « **capacité mentale de se marier** » et « **incapacité mentale de se marier** » pour rendre *mental ability/capacity to marry* et *mental inability/incapacity to marry*.

Nous avons trouvé 3 occurrences de « capacité mentale de se marier » dans des décisions traduites de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada et aucune de « incapacité mentale de se marier ».

## ANALYSE NOTIONNELLE

*absence of mental capacity to marry*

*lack of mental capacity to marry*

*want of mental capacity to marry*

Selon la common law, le mariage invalide est soit un mariage nul ou bien un mariage annulable.

The common learning ... is that **invalid marriages** are of two types: a void marriage which is void *ab initio* and therefore not a marriage at all, and a voidable marriage, which subsists until avoided by a decree of nullity obtained from the court.

[Internet. [<http://www.heinonline.org>]. HeinOnline. Newark, F.H. *The Operation of Nullity Decrees* (1945) 8 Mod. L. Rev. 203 (20110208).]

La *lack of mental capacity* fait état de l'absence de capacité pour conclure un mariage, c'est un manquement à une condition essentielle d'un mariage valide. Le fardeau de

prouver qu'il y avait une *lack of mental capacity* lors de la célébration du mariage revient à la partie qui en conteste la validité.

The first issue to be addressed is whether the marriage is legally valid as the appellant has a significant cognitive deficit and may lack the requisite mental capacity to marry. [...] refusal was amended to include reference to the legal validity of the marriage as it is alleged by the Minister that the appellant lacks the requisite mental capacity to marry. [...] Where, as here, a marriage has, in form, been properly celebrated, the burden of proving a **lack of mental capacity** is born by the party who challenges the validity.  
[CanLII, *Karthigesu v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2010 CanLII 96515 (IRB).]

The court then proceeded to describe the appropriate burden of proof as follows :  
Where, as here, a marriage has, in form, been properly celebrated, the burden of proving a **lack of mental capacity** is born by the party who challenges the validity. What is required is proof of a preponderance of evidence. The evidence must be of a sufficiently clear and definite character as to constitute more than a "mere" preponderance as is required in ordinary civil cases : *Reynolds v. Reynolds* (1966), 58 W.W.R. 87 at 90-91 (B.C.S.C.) quoting from *Kerr v. Kerr* (1952), 5 W.W.R. (N.S.) 385 (Man. C.A.).

...

Mr. Barrett's son brought an application to declare the marriage a nullity on the basis of **lack of mental capacity to marry**, or alternatively, that Mr. Barrett was unduly influenced by Ms. Dexter such that he was not acting of his own will and accord.  
[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 aux pages 82- 83.]

Nous avons relevé également *absence of mental capacity* et *want of mental capacity* pour décrire la même notion.

A marriage may be annulled for any cause which has prevented the parties from contracting a valid marriage. The invalidity of a marriage may arise from (1) a want of legal capacity to contract, or a statutory prohibition against the type of marriage in question, (2) a **want of mental capacity** to contract, (3) a lack of actual consent to the contract, (4) a consent wrongfully procured by force, duress, fraud, or concealment, and (5) a lack of physical capacity to consummate. *Sack v. Sack*, 184 So.2d 434, Fla.App. 1966.  
[Internet. [<http://www.familymaritalaw.com/Articles/Annulment-vs-Divorce.shtml>]. AFL All Family Law Group Attorneys & Counselors at Law, *Annulment vs. Divorce* (20140213).]

An Illinois court decided that a **want of mental capacity** existed sufficient to invalidate the apparent consent in a wealthy man seventy-two years of age who clandestinely married a woman of ill-repute.  
[Internet.  
[<http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5008&context=lawreview>].  
Washington University Law Review, Frank E. Matthews, *Mental Incapacity As Affecting Consent to the Marriage Contract* (20140213).]

Although Justice Cullity observed that Mr. Banton's marriage to Ms. Yassin was part of her "carefully planned and tenaciously implemented scheme to obtain control, and, ultimately, the ownership of [Mr. Banton's] property", he did not find duress or coercion under the circumstances. In his view, Mr. Banton had been a "willing victim" who had "consented to the marriage." Having found that Mr. Banton consented to the marriage, the Court found it unnecessary to deal with the questions of whether duress makes a marriage void or voidable, and, if the consequence is that the marriage is voidable, whether it can be set aside by anyone other

than the parties. In reaching this conclusion, Cullity J. drew a significant distinction between the concepts of 'consent' and of 'capacity,' finding that a lack of consent neither presupposes nor entails an **absence of mental capacity**.

[Internet. [http://www.cba.org/cba/niagara2010/PDF/4.2%20Whaley\_Paper.pdf]. Whaley Estate Litigation, CBA Canadian Legal Conference and Expo: Niagara 2010, *The 'Predatory Marriage', its Consequences, and Costs in Capacity Proceedings* (20140217).]

Dans les contextes ci-dessus les trois tournures illustrent la même notion. 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)

Voyons maintenant les définitions de *absence* et de *want* tirées du *Canadian Oxford Dictionary* :

**absence** *noun* **3.** (foll. by of) the non-existence or lack of.

**want** *noun* **1** (often foll. by of) a lack, absence, or deficiency.

Nous pouvons constater que ces définitions sont circulaires.

À la lumière de ces définitions et des contextes précités, nous considérons ces trois tournures comme étant synonymiques.

## ÉQUIVALENTS

**absence of mental capacity to marry**

**lack of mental capacity to marry**

**want of mental capacity to marry**

Dans plusieurs décisions relevées dans CanLII, *lack of mental capacity* a été traduit par « incapacité mentale ». Ce n'est pas une solution que nous envisageons, car comme en anglais, on veut mettre l'accent sur le mot *lack*. Par ailleurs, l'équivalent « incapacité mentale » rend déjà *mental incapacity*.

Selon les définitions présentées ci-dessus, *lack of*, *want of* et *absence of* présentent plusieurs aspects dont celui de l'absence et celui du manque. La *lack of mental capacity* et ses synonymes font 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.

Dans les travaux antérieurs en droit de la famille, le Comité a normalisé les équivalents suivants pour les termes composés avec *lack of* :

*lack of age*; *nonage*<sup>1</sup>; *non-age*<sup>2</sup> = défaut d'âge requis

*lack of consummation of the marriage*; *non consummation of the marriage* = non-consommation du mariage

*lack of lawful age; lack of legal age* = défaut d'âge légal  
*lack of parental consent to marriage* = absence de consentement parental au mariage;  
défaut de consentement parental au mariage  
*lack of capacity to marry* = absence de capacité de se marier

Nous avons rendu *lack of age* par « défaut d'âge requis » parce qu'il y a deux occurrences du syntagme « absence d'âge requis » dans Internet versus 25 occurrences de « défaut d'âge requis ». Aussi, parce que « absence d'âge » n'est pas vraiment idiomatique.

Pour *lack of parental consent to marriage*, nous avons pris la décision de rendre ce terme par « absence de consentement parental au mariage » et « défaut de consentement parental au mariage ».

Nous avons rendu *lack of capacity to marry* par « absence de capacité de se marier » qui se trouve dans la *Loi sur le mariage civil*.

Dans Internet, nous avons relevé 386 occurrences de « absence de capacité mentale » et 4 occurrences pour « défaut de capacité mentale ».

Le comité considère qu'il ne faudrait pas se priver de la tournure « défaut de capacité mentale de se marier », car dans Juricaf, la base de données de jurisprudence francophone des Cours suprêmes, on repère 107 occurrences de « absence de capacité » et 313 pour « défaut de capacité » et 9 occurrences de « absence de capacité juridique » et « défaut de capacité juridique ».

Nous consignerons dans le lexique les tournures « **absence de capacité mentale de se marier** » et « défaut de capacité mentale de se marier » pour rendre *lack of mental capacity to marry* et ses synonymes.

## ANALYSE NOTIONNELLE

*ability to consent to marriage*  
*capacity to consent to marriage*  
*inability to consent to marriage*  
*incapacity to consent to marriage*

Le consentement crée le lien du mariage; il est une condition essentielle à sa validité.

### **Capacity to consent**

At the time of the ceremony the parties must possess the **mental capacity to consent to marriage**. Mental capacity may be affected by mental illness, developmental disability, age, or intoxication. It has been said that marriage does not require a high level of understanding, and indeed there is a case in which a man was first found (by a jury) not to possess the mental capacity to make a will, but subsequently found (by a judge) to have sufficient mental capacity to marry.

[Simon R. Fodden, *Family Law: Essentials of Canadian Law: Family Law*, Toronto, Irwin Law, 1999 à la page 17.]

On pourrait retenir la tournure complète *mental capacity to consent to marriage*, mais nous préférons la scinder en deux de manière à pouvoir opposer le *consent to marriage* au *lack of consent*. De plus la *capacity* ou l'*incapacity to consent to a marriage* ne dépend pas seulement de la capacité mentale, mais aussi de l'âge des parties au mariage.

Voici un contexte pour *incapacity to consent*.

The panel further finds the appellant consented to enter into a marriage arranged by his parents, not of his own free will given his **incapacity to consent**, but as a result of this ongoing dependant relationship, and that his decision was subject to undue influence from his parents.  
[CanLII, *Singh v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2011 CanLII 95215 (IRB).]

On a relevé dans Internet des occurrences de *ability to consent to marriage* et de *inability to consent to marriage pour décrire la même notion*.

Not only was her disease fraudulently concealed, but her mental illness called into question her **ability to consent to marriage** in the first place. Thus, in extending the doctrine of concealment and fraud to marriage the court privileged the authority of the state to control marriage, in this case to prevent the transference of hereditary disease, over an individual's right to consent in marriage.  
[Internet. [<http://books.google.ca>]. Priscilla Yamin, *American Marriage: A Political Institution*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2012 à la page 60.]

**Inability to consent to marriage** due to mental incapacity or infirmity will render marriage invalid.  
[Internet. [<http://quizlet.com/12808192/md-family-law-flash-cards/>]. Quizlet, *MD Family Law* (20140121).]

As a collateral point, immaturity of the parties is not sufficient to establish a party's **inability to consent to marriage**.  
[Internet. [<http://caselaw.findlaw.com/ar-supreme-court/1240827.html>]. FindLaw, *Porter v. Arkansas Dep of Health Human Services* (20140121).]

## ÉQUIVALENTS

*ability to consent to marriage*  
*capacity to consent to marriage*  
*inability to consent to marriage*  
*incapacity to consent to marriage*

L'équivalent de *consent to marriage* a été normalisé dans les termes complexes *age of consent to marriage* et *parental consent to marriage* par les équivalents « âge du consentement au mariage » et « consentement parental au mariage »<sup>1</sup>. Le syntagme « consentement au mariage » est bien implanté dans l'usage.

Il y a influence indue susceptible de vicier le consentement lorsque le **consentement au mariage** n'a pas été donné librement à cause de la peur créée par la violence physique ou par la crainte qu'il arrive quelque calamité à une autre personne ou à soi-même.

---

<sup>1</sup> Voir dossier DNT-BT FAM 112 Groupe *essential validity : marriageable age (legal capacity)*.

[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 26.]

Selon le *Juridictionnaire*, il est préférable de faire suivre le substantif « capacité » des prépositions « de » ou « pour » avant un infinitif lorsque le verbe est pris dans son sens juridique.

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

[...] « *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.*

[Internet. [<http://www.cttj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, s.v. «capacité, habileté, incapacité».]

Il y a 12 occurrences de « capacité de consentir au mariage » dans Internet et 2 occurrences de « capacité pour consentir au mariage ».

Nous recommandons « **capacité de consentir au mariage** » et « **incapacité de consentir au mariage** » pour rendre respectivement les syntagmes **ability/capacity to consent to marriage** et **inability/incapacity to consent to marriage**.

La ratification expresse éteint l'action en nullité et le mariage devient parfaitement valable, même avant l'expiration des six premiers mois de cohabitation. Elle peut être donnée aussi bien par un époux mineur que par un majeur. La **capacité de consentir au mariage** implique celle de ratifier un consentement entaché de vices.

[Internet. [<http://books.google.ca/>]. E. Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, Paris, A. Durand Éditeur, 1866 à la page 262.]

Lorsque l'ascendant appelé à consentir au mariage, se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le futur époux doit prouver la *démence* ou l'*absence* de cet ascendant. Dans le premier cas, si l'ascendant est interdit, il est justifié de son **incapacité de consentir au mariage** par une expédition du jugement qui prononce l'interdiction; mais s'il n'est pas interdit, tout moyen de preuve est admis, pourvu qu'il soit de nature à établir le fait spécial de l'impossibilité où se trouve l'ascendant de manifester sa volonté.

[Internet. [<http://books.google.ca/>]. F. Collard, *Manuel de pratique administrative à l'usage des élèves-instituteurs et des aspirants aux emplois administratifs*, Bruxelles, F. Parent Éditeur, 1858 à la page 182.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

*absence of consent to marriage*

*lack of consent to marriage*

*want of consent to marriage*

L'existence et l'intégrité du consentement au mariage en common law est une condition essentielle à la validité de ce dernier. En l'occurrence, la *lack of consent* est un empêchement de common law.

After the Reformation, marriage no longer being a sacrament, the common law courts started to interfere in what had hitherto been within the exclusive province of the ecclesiastical courts. Certain impediments (such as a prior existing marriage of one of the spouses, or **lack the consent**) were recognized by the common law courts as invalidating the marriage entirely and they refrained from interfering with the ecclesiastical court's power to declare such marriages void. [Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 34.]

En principe, l'*absence of consent* ou la *lack of consent*, selon les auteurs, rendent le mariage nul. Plusieurs facteurs occasionnent une *lack of consent* tels que l'intoxication, la maladie mentale, la *duress*, la *fraud*, la *mistake*, la *threat* et la *violence*.

As stated previously, marriage is a "voluntary union for life." It is not a status that can be imposed on a person without his or her consent. In principle, the **absence of consent** should render a marriage null and void, regardless of the factor that precluded consent. Judicial decisions have differed, however, on whether factors such as insanity, duress, or mistake render a marriage void or only voidable at the option of the non-disabled or innocent party. [Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 32.]

A void marriage is one that is null and void from the start (*void ab initio*). In law, it is regarded as though it never happened. A voidable marriage, on the other hand, is treated in law as valid unless and until it is annulled by a court of competent jurisdiction.

In principle, the **absence of consent**, irrespective of its kind, should render a marriage void. Judicial decisions, have, however, differed on their interpretation of a marriage as void or voidable depending on the applicable type of **absence of consent**. [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 20.]

As stated earlier, the accepted common law definition of marriage has been "the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others." Since the word "voluntary" appears in the definition, marriage cannot be imposed on someone. Therefore the **absence of consent** should render a marriage null and void, regardless of the factor that precluded consent. In spite of this, there are differing judicial decisions on whether such factors as insanity, duress, or mistake render a marriage void or only voidable at the option of the nondisabled or innocent party. **Absence of consent** may be found by unsoundness of mind or excessive consumption of alcohol or drugs. On application by the person who seeks to question the marriage and upon whom the burden of proof falls, the marriage could be voided due to **lack of consent**. If there has been improper pressure such that it vitiates a person's consent to marry, the marriage is voidable at the option of the party coerced into the marriage. [Internet [http://www.notaries.bc.ca/resources/scrivener/fall2003/12\\_3\\_29.pdf](http://www.notaries.bc.ca/resources/scrivener/fall2003/12_3_29.pdf)]. Grant C. Taylor, *The Law of Marriage in a Changing Society*, Volume 12, Number 3, October 2003, The Scrivener (20140127).]

As a general rule, a marriage is invalid if it is invalid on the ground of **lack of consent** of the parties under the law of either party's antenuptial domicile or, possibly, under the law of the place of celebration, or if it is invalid on the ground of either party's incapacity under the law of the husband's domicile, but even if the marriage with the provisions of Canadian domestic law by virtue of being the law of the place where the proceeding is instituted.

[Jean-Gabriel Castel et Janet Walker, *Canadian Conflicts of Laws*, 5<sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005 à la p. 17-16.]

This ground must be distinguished from that already considered, namely, unsoundness of mind producing **lack of consent**. In the case of mental disorder it is presumed that the party was capable of giving a valid consent to the marriage but that the general state of his or her mental health at the time of the ceremony was such that it is right that the marriage should be annulled.

[Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2007 à la page 89.]

Only mistake as to the identity of the person or mistake as to the nature of the ceremony can render a marriage void for **lack of consent**.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 21.]

### **Lack of consent**

Section 12(c) of the Matrimonial Causes Act 1973 provides that a marriage shall be voidable if either party did not validly consent to it, whether in consequence of duress, mistake, unsoundness of mind or otherwise. As has already been pointed out, **lack of consent** probably made the marriage void at common law. The reason for making such a marriage voidable is that the parties themselves may wish to ratify it when true consent can be given and consequently third parties should not be able to impeach it. It will be seen that the petitioner may rely on the fact that the respondent did not consent to the marriage even though the petitioner himself was responsible for this state of affairs, for example by inducing a mistake or uttering threats. Whilst this logically followed when **lack of consent** made the marriage void, it may leave a respondent who wishes to adopt the marriage with a legitimate sense of grievance in such circumstances. Nevertheless, he or she will have no defence to the petition unless he or she can plead one of the statutory bars. We must now consider what facts will be regarded in law as vitiating consent.

[Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2007 à la page 82.]

*La lack of consent et la lack of mental capacity peuvent aller de pair, mais pas toujours comme on l'a vu dans les contextes précédents.*

Consent, in the sense in which I have used the term is an act of will. In this sense it must be distinguished from capacity to marry. Although a **lack of mental capacity** may be said to vitiate or negative consent, they are obviously different concepts. A **lack of consent** does not presuppose, or entail, an **absence of mental capacity**. A finding of a lack of testamentary capacity does not necessarily determine whether an individual has the mental capacity to marry; nor is testamentary capacity at the time of marriage required before the marriage will revoke a will...

It is well established that an individual will not have capacity to marry unless he or she is capable of understanding the nature of the relationship and the obligations and responsibilities it involves. The burden of proof on this question is on those attacking the validity of the marriage and, in many judgment, it has not been discharged in this case.

[Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Materials*, Fifth Student Edition, Toronto, Carswell, 2000 aux pages 150-151.]

*Nous avons relevé quelques occurrences de want of consent dans le sens de lack of consent.*

... the burden of proof on a person attempting to impeach a marriage on the ground of **want of consent** is heavier than in the case of impeaching a commercial contract ...

[Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 69.]



Before the Reformation, **want of consent**, like any other impediment, renders marriages void *ab initio* and this must have remained so after the Reformation unless such marriages became voidable by the same process as did marriages within prohibited degrees or in the case of impotence or pre-contract.  
[Internet. [<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1964.tb01035.x/pdf> ]. Wiley Online Library, *Void and Voidable marriages*, The Modern Law Review, Vol. 27, July 1964, No 4 (20140124).]

Nous tenons à insérer la tournure *lack of consent* et ses synonymes en contexte de mariage. Pour cette raison nous consignerons dans le tableau récapitulatif *lack of consent to marriage*, *absence of consent to marriage* et *want of consent to marriage*.

## ÉQUIVALENTS

*absence of consent to marriage*

*lack of consent to marriage*

*want of consent to marriage*

On a vu dans la partie « Équivalents » pour les termes *lack of mental capacity to marry*, *absence of mental capacity to marry* et *want of mental capacity to marry* que *lack of*, *absence of* et *want of* sont des synonymes.

On trouve plus souvent « absence de consentement » que « défaut de consentement ».

Il nous paraît tout à fait artificiel d'assimiler un mariage simulé, à un mariage contracté sans consentement. À la différence du malade mental qui contracte un mariage nul pour **défaut de consentement**, les conjoints qui se prêtent à la cérémonie du mariage dans un but autre que le mariage sont parfaitement consentants. Leur consentement est parfaitement éclairé.  
[Internet. [<http://books.google.ca>]. Xavier Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 1996 à la page 46.]

La volonté consciente doit être sérieuse. Le mariage simulé (ou fictif) est régulier dans sa forme, mais vise l'obtention d'avantages déterminés, par exemple, la citoyenneté ou des bourses d'études. Ce mariage devrait être annulé pour **défaut de consentement**. Il existe toutefois de sérieuses présomptions que le consentement donné reflète l'intention. Le Code ne prévoit pas la simulation comme cause de nullité de mariage.  
[Monique Ouellette, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991 à la page 17.]

Dans l'affaire *Richard v. Levasseur*, où il s'agissait **d'absence de consentement** en raison de l'aliénation mentale de la femme, on a jugé que le mariage n'avait pu être contracté et qu'en conséquence les dispositions de l'article 163 C.C. ne pouvaient s'appliquer; le juge affirme que c'est là l'opinion de Mignault et il cite trois arrêts antérieurs.  
[Internet. [<http://heinonline.org>]. HeinOnline. Brière, Germain. «Le mariage putatif», (1959-1960) 6 McGill à la page 220.]

La nullité des mariages peut être déclarée en raison des circonstances suivantes : 1) la bigamie ou la polygamie; 2) la consanguinité ou la filiation; 3) l'incapacité mentale; 4) la minorité d'une des parties; 5) l'**absence de consentement** en raison soit de l'erreur ou de la fraude.

[Louise Bélanger Hardy et Aline Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell 1997 à la p. 589.]

On peut voir que les deux tournures sont employées dans un même texte pour décrire la même notion.

Une analyse plus précise amène à voir, dans le cas où aucun des conjoints n'a réellement voulu se marier, une **absence de consentement** [...] Voir dans le consentement apparent des deux conjoints à un mariage simulé un véritable consentement, en estimant que « s'il n'y a pas de mariage, c'est que la cause de celui-ci en est absente » (c'est-à-dire la volonté de vivre ensemble) et que « le mariage n'est pas nul pour **défaut de consentement** car consentement il y a eu. Le mariage est nul pour faux consentement ou consentement à un autre contrat qui, lui, est illicite » (B. Moore, « *L'absence d'intention conjugale : un mariage simulé ou erreur sur la personne?* », (20000 102 R. du N. 245,265) ne semble pouvoir se défendre : jamais l'apparence ne l'emporte sur le fond en matière contractuelle et dire qu'il y a « faux consentement » revient bien à reconnaître qu'il n'y a pas de consentement réel au mariage.

[Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la page 37.]

Comme on l'a vu dans la partie « équivalent » pour *lack of mental capacity*, *lack* fait état de l'absence de consentement dans ce cas-ci. Les termes « défaut » et « absence » s'équivalent. On a constaté 57 occurrences de « absence de consentement au mariage » versus 19 occurrences de « défaut de consentement au mariage » dans Internet.

Malgré la plus grande fréquence d'utilisation avec le substantif « absence », le comité suggère de ne pas se priver d'employer les deux tournures.

Nous proposons de retenir « **absence de consentement au mariage** » et « défaut de consentement au mariage » pour rendre *absence of consent to marriage*, *lack of consent to marriage* et *want of consent to marriage*.

On y a vu parfois une **absence de consentement au mariage**, donc l'absence de rencontre des volontés, auquel cas le mariage a été annulé.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la page 37.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *freedom of consent*

Pour qu'un mariage soit valide, les conjoints doivent échanger librement leur consentement.

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.

[Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 à la page 60.]

Le consentement peut être entaché du fait qu'une des parties avait les facultés affaiblies par la consommation d'alcool ou de drogue lors de la cérémonie de mariage. Le critère de la capacité mentale s'applique en l'occurrence.

Unsoundness of Mind; Alcohol and Drug Intoxication

**Freedom of consent** to marry may be negated by unsoundness of mind or the effects of excessive alcohol or drug consumption. The degree of impairment must be such that the afflicted person was incapable of understanding the ceremony of marriage and the duties and responsibilities that flow from marriage. The affliction must have existed at the time when the marriage was solemnized. The burden of proof falls on the person who seeks to impugn the marriage.

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 aux pages 32-33.]

Excessive drug or alcohol consumption may negate **freedom to consent** to marry. The test is whether the person was incapable of understanding the ceremony of marriage and the duties and responsibilities that flow from marriage. The burden of proof lies with the person who seeks to challenge the marriage.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 20.]

## ÉQUIVALENT

### *freedom of consent*

Nous avons relevé « **liberté de consentement** » dans les textes français. Cet équivalent est passé dans l'usage et ne pose pas de problème. Nous le recommandons.

Le médiateur de la République a proposé l'alignement de l'âge d'accès au mariage sur celui de la majorité. Il a également souhaité allonger le délai de demande de nullité après les noces et promouvoir une meilleure information sur la **liberté de consentement au mariage**. Ces propositions ont été entendues par le Parlement. L'augmentation de l'âge légal des jeunes filles de 15 à 18 ans met sous le feu des projecteurs un phénomène méconnu : les mariages forcés.

[Internet. [[http://www.usherbrooke.ca/archives-web/sifdf/base\\_de\\_connaissance/guides-nationalite.html](http://www.usherbrooke.ca/archives-web/sifdf/base_de_connaissance/guides-nationalite.html)]. Université de Sherbrooke, Médiateur Actualités, no 16, mars 2006, *L'état se resserre sur les mariages forcés*, (20140108).]

La **liberté de consentement**, dans le cas de mariage civil, est une condition essentielle « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146 du code civil).

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Antoine d'Audiffret, *Le Guide du mariage civil*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2008 à la page 32.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *mutual consent*

Le *mutual consent* des deux parties à un contrat de mariage est une condition essentielle à un mariage valide. Le consentement c'est l'accord de volonté entre deux personnes de s'unir pour former une société conjugale.

**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 ...

[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «marriage».]

The relevance of motive has most frequently arisen when marriages have been contracted solely for the purpose of immigration. In a leading case in the United States, the judge stated:

**Mutual consent** is necessary to every contract; and no matter what forms or ceremonies the party may go through indicating the contrary, they do not contract if they do not in fact assent, which must always be proved... Marriage is no exception to this rule: a marriage in jest is not a marriage at all ....

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 36.]

## ÉQUIVALENT

### *mutual consent*

L'équivalent français « consentement mutuel » est bien ancré dans l'usage et ne pose pas de problème. Alors, nous recommandons « **consentement mutuel** » pour rendre *mutual consent*.

Les conditions requises pour la validité du mariage sont : 1. Le **consentement mutuel** des deux parties. 2. L'absence d'une incapacité légale, tel qu'un mariage antérieur, une parenté trop rapprochée, une infirmité corporelle [...]

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Alexandre Laya, *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous formes de codes*, Paris, Comptoir des imprimeurs unis, 1850 à la page 292.]

De nombreux traités reconnaissent le droit au libre et plein consentement au mariage. Ainsi, si un pays a signé et ratifié l'un des traités suivants, il est tenu, sur le plan international, de s'assurer que seuls les mariages fondés sur un **consentement mutuel** sont reconnus dans son ressort. À cet égard, les quatre traités les plus importants ratifiés par le Canada sur le consentement au mariage sont la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDAW), la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CRC), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (ICCPR) et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (ICESCR).

[Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/mar/chap3.html#a3>]. *Bibliographie annotée de droit comparé et de droit international concernant le mariage forcé* (20131205).]

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *invalid consent*

## **valid consent**

La *Loi sur le mariage* des Territoires du Nord-Ouest énonce qu'il est interdit de célébrer un mariage si l'on a des raisons de croire que l'une des parties contractantes est incapable de donner un *valid consent*.

18. (1) No person shall perform a marriage ceremony where he or she knows or has reason to believe that either of the contracting parties is incapable of giving a **valid consent**.  
(1.1) No person shall go through a form of marriage with any other person in the Territories if he or she knows or has reason to believe that such other person is incapable of giving a **valid consent**.  
[*Marriage Act*, R.S.N.W.T. 1988, c.M-4.]

Le Nunavut reprend dans sa *Loi sur le mariage* le même article.

*L'invalid consent* est le revers négatif du *valid consent* requis pour contracter un mariage. Plusieurs facteurs peuvent rendre un consentement *invalid* comme la *duress*, la *violence*, la *mistake* ainsi que la maladie mentale.

The main issue for Parker J. was whether she had the power to declare that the marriage was not recognised in this jurisdiction. A gap in the law arose because a person's **invalid consent** to marriage rendered it voidable, rather than void, under s.12(c) of the Matrimonial Causes Act 1973 and s.58(5) of the Family Law Act 1986 prevented the Court from declaring it to be void from its inception.  
[Internet. [[http://www.39essex.com/court\\_of\\_protection/search.php?id=2990](http://www.39essex.com/court_of_protection/search.php?id=2990)]. Thirty Nine Essex Street, *XCC v AA and others* (20140127.)]

Annulment of marriage is the legal process to declare that a true marriage never took place. This is different to a divorce which dissolves an existing marriage... **Invalid consent** is also grounds for annulment if it is found that one party consented to the marriage under duress or unsoundness of mind. Forced marriages are both illegal and voidable and can therefore also be annulled.  
[Internet. [<http://www.brookman.co.uk/family-solicitors/divorce/annulment>]. English and International Family Lawyers Brookman Solicitors, *Annulment* (20140115).]

A marriage is voidable if, at the time of the ceremony, *either party*, though capable of giving a **valid consent**, was suffering (whether continuously or intermittently) from mental disorder within the meaning of the Mental Health Act 1983 of such a kind or to such an extent as to be unfitted for marriage [Matrimonial Causes Act 1973 s 12 (d). 'Mental disorder' means mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder and any disorder or disability of mind: Mental Health Act 1983 s 1(2).] 'Unfitted for marriage' in this context has been defined as 'incapable of carrying out the ordinary duties and obligations of marriage'.  
This ground must be distinguished from that already considered, namely, unsoundness of mind producing lack of consent. In the case of mental disorder it is presumed that the party was capable of giving a **valid consent** to the marriage but that the general state of his or her mental health at the time of the ceremony was such that it is right that the marriage should be annulled. It will be observed that the petitioner does not have to rely on the respondent's mental disorder, but may rely on his or her own. This is necessary to enable a party to withdraw from a marriage entering into in ignorance of the existence or extent of his or her illness or the effect which it would have upon his or her married life.  
[Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2007 à la page 89.]

Voici quelques définitions des adjectifs *valid* et *invalid* tirées de dictionnaires juridiques.

**valid**, *adj.* **1.** Legally sufficient; binding <a valid contract>. **2.** Meritorious <that is a valid conclusion based on the facts presented in this case>. – **validate**, *vb.* – **validation**, **validity**, *n.* [Bryan A. Garner dir., *Black's Law Dictionary*, 9<sup>e</sup> éd., West Group, 2009, *s.v.* «valid».]

**valid**: Authorized by law. Legally sufficient or efficacious. Executed with proper formality. Sustainable and effective in law.  
[Datinder S. Sodhi et al., *The Canadian Law Dictionary*, Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, *s.v.* «valid».]

**invalid**, *adj.* **1.** Not legally binding <an invalid contract>. **2.** Without basis in fact <invalid allegations>.  
[Bryan A. Garner dir., *Black's Law Dictionary*, 9<sup>e</sup> éd., West Group, 2009, *s.v.* «invalid».]

**invalid**: Void; of no effect; null and void; not of binding force or legal obligation.  
[Datinder S. Sodhi et al., *The Canadian Law Dictionary*, Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, *s.v.* «invalid».]

## ÉQUIVALENTS

### *invalid consent* *valid consent*

On constate l'emploi des équivalents « consentement valide » et « consentement valable » dans les versions françaises des deux lois précitées et dans les textes juridiques.

18. (1) Nul ne peut célébrer un mariage lorsqu'il sait ou a des raisons de croire qu'une des parties contractantes est incapable de donner un **consentement valide**.

(1.1) Nul ne peut contracter mariage dans les Territoires du Nord-Ouest lorsqu'il sait ou a des raisons de croire que l'autre partie contractante est incapable de donner un **consentement valable**. [Loi sur le mariage, L.R.T.N.-O. 1988, ch. M-4.]

Le mariage de la personne inapte à consentir – Pour pouvoir donner un **consentement valable**, encore faut-il être en mesure de savoir ce que l'on fait, de comprendre ce à quoi on s'engage véritablement. Ainsi lorsqu'une personne est privée de l'usage de la raison, à cause d'une maladie mentale ou de l'ivresse par exemple, il lui est impossible de consentir, et cela même si elle n'est pas placée sous un régime de protection. Mais le **consentement** donné par cette personne peut être **valable** s'il a été donné, et donc le mariage célébré, pendant un intervalle de lucidité : l'incapacité cesse en effet lorsque reparaît la volonté consciente. La question qui se pose est donc la suivante : lors de la célébration du mariage, les époux ont-ils donné ou non leur consentement en toute connaissance de cause?

[Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2006 aux pages 50-51.]

Dans l'affaire *Richard v. Levasseur*, où il s'agissait d'absence de consentement en raison de l'aliénation mentale de la femme, on a jugé que le mariage n'avait pu être contracté et qu'en conséquence les dispositions de l'article 163 C.C. ne pouvaient s'appliquer; le juge affirme que c'est là l'opinion de Mignault et il cite trois arrêts antérieurs. Or, selon Mignault, peu importe que l'union soit simplement annulable ou radicalement nulle, il est vrai que cet auteur relève, dans une note, une opinion en sens contraire, mais il indique qu'on a réfuté cette opinion. Le juge aurait pu, toutefois, invoquer un autre motif pour refuser à l'épouse le bénéfice du mariage putatif; souffrant d'aliénation mentale au point d'être incapable de donner un **consentement valide** à son mariage, elle ne pouvait remplir la condition essentielle du mariage putatif: la bonne foi; certes, elle n'était pas de mauvaise foi, mais elle ne pouvait davantage être de bonne foi.

[Internet. [http://heinonline.org.]. HeinOnline. Brière, Germain, *Le mariage putatif*, (1959-1960) 6 McGill aux pages 220-221.]

Plusieurs auteurs dont Michel Tétrault emploie d'une manière interchangeable les syntagmes « consentement valable » et « consentement valide ».

Dans *Droit de la famille – 081029*, monsieur requiert une déclaration de nullité de son mariage avec la défenderesse célébré à l'étranger, le 21 avril 2004, invoquant l'absence de consentement véritable et l'absence d'intention de la défenderesse de cohabiter comme épouse avec lui. [...] Ainsi, pour rechercher l'intention de l'une et l'autre des personnes impliquées dans un mariage à une époque antérieure à la demande de nullité, le tribunal doit rechercher, dans les faits, ou dans des preuves circonstanciées, l'existence ou l'inexistence d'un **consentement valablement donné** ou d'intentions autres que celles de prendre l'autre personne comme époux et de vivre avec lui ou elle comme mari et femme. Il faut reconnaître que la preuve de cette absence de **consentement valide**, puisqu'il faut l'appeler ainsi, est très difficile à faire.  
[Michel Tétrault, *Droit de la famille*, volume 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010 aux pages 53-54.]

Regardons de près les définitions tirées du *Vocabulaire juridique* (2009) de Gérard Cornu pour les adjectifs « valide » et « valable ».

#### **valide**

*Adj.* – Lat. *validus* : bien-portant.

2. (pour un acte juridique).

a/ en parlant du *\*negotium* : valablement formé, conforme aux conditions exigées par la loi à peine de nullité pour sa conclusion. Ex. mariage exempt, dans sa formation, de toute cause de nullité. Syn. *\*valable* (sens 1).

Comp. *validité, annulable, invalidité*.

[Gérard Cornu, dir. *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004, s.v. «valide».]

#### **valable**

*Adj.* – De valoir, lat. *valere*.

1 \*Valide, qui n'est affecté dans sa formation d'aucune cause de nullité; se dit d'un acte juridique dont la formation n'est entachée d'aucun vice (de fond ou de forme) qui pourrait entraîner son annulation. Ant. *vicié, annulable, nul*. Compt. *régulier, légal, juridique*.

[Gérard Cornu, dir. *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004, s.v. «valable».]

Ces deux définitions sont circulaires et ne nous fournissent pas de motif évident pour trancher en faveur de l'un plutôt que de l'autre.

Selon Bénac, « valable » et « valide » dans la langue juridique s'équivalent, tandis que dans la langue vernaculaire « valable » couvre un champ notionnel plus vaste que « valide ».

**valable** : 1 Qui a les conditions requises par la loi pour produire son effet. Valable, terme de la langue commune, fait penser à l'effet futur de la chose qui sera admise, dans certains cas, pour certaines personnes : *Un billet à prix réduit est valable pour certains trains*. **Valide**, qui ne se dit guère que des contrats ou autres actes et des sacrements, envisage la chose en soi comme étant revêtue de toutes les formalités nécessaires : Un contrat est valide s'il est fait conformément à la loi.

[Henri Bénac, *Dictionnaire des synonymes*, Librairie Hachette, Paris, 1975, s.v. «valable».]

De son côté, Jacques Picotte indique que « valable » et « valide » ne sont pas de parfaits synonymes dans tous les contextes. Il y a parfaite synonymie lorsque l'adjectif « valable » prend le sens de ce qui est en cours de validité.

Bien que les adjectifs *valable* et *valide* soient considérés en règle générale comme des synonymes (aussi le lexicographe dira-t-il qu'est *valable* ce qui est *valide*), ce ne sont pas, comme dans la plupart des cas de synonymie, de parfaits synonymes dans tous les contextes. Ils se distinguent dans leur emploi soit par leurs cooccurrents, soit par l'étendue de leur polysémie, *valable* ayant une aire sémantique plus large que *valide*.

On qualifie de *valable* tout acte qui ne peut être affecté dans sa formation d'aucune cause de nullité, étant exempt de vice de forme ou de fond. Ainsi, l'*acte valable* se dit par opposition à l'acte vicié et à l'acte nul ou annulable.

En outre, son caractère qui permet de le qualifier de *valable*, il le tient du fait qu'il est régulier, qu'il a été établi régulièrement, c'est-à-dire en bonne et due forme, dans les règles qui le régissent.

[...]

La parfaite synonymie apparaît lorsque l'adjectif *valable* prend le sens de ce qui est *en cours de validité* : en ce sens seulement, le *titre en cours de validité* est aussi bien *valable* que *valide*. Ainsi, un *permis*, une *licence*, une *autorisation*, un *mandat* est *valable* ou *valide* quand son établissement, conforme aux règles pertinentes, permet d'assurer sa délivrance régulière, étant alors revêtu de toutes les formes légales qui confirment sa *validité* et capable de ce fait de produire son entier effet. *Contrat, mariage valable, valide. Concession valable, valide. Titre, consignation valable, valide.* Le *contrat valide* est *valable* dans sa formation puisqu'il est conforme aux exigences prévues par la loi. La responsabilité contractuelle exige l'existence d'un *contrat valide* entre les parties contractantes. Dans une autre acception, on dira que le contrat dont la violation est invoquée doit être apte à produire entre les contractants un *lien juridique valable et obligatoire*. Sur constatation qu'un *acte* est revêtu de toutes les formalités nécessaires, on le *déclare valide*. Cette *déclaration de validité* permet, dans un changement de point de vue temporel, de le *déclarer valable* et capable d'être admis, d'être accepté, que ce soit en justice ou par toute autorité quelconque. C'est par cette façon d'envisager l'objet en question ou la chose concernée qu'il est permis de le qualifier ou de la qualifier à la fois, par deux opérations de l'esprit, de *valide*, puis de *valable*. Autrement dit, pour être valable, un consentement doit d'abord être valide. Il est assorti de conditions de validité, il doit respecter des règles de validité sous peine d'invalidité; à défaut de régularité, il sera frappé des effets ou des conséquences de l'invalidation. Il sera déclaré, jugé, réputé invalide. L'invalidité du consentement entraînera son annulation, sa mise à néant. Le consentement sera frappé d'invalidité. [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. «valable, validation, valide, validé, ée».]

Puisque les deux équivalents nomment correctement la notion de *valid consent*, nous choisirons notre équivalent en fonction de l'antonymie qui oppose les adjectifs « valide » à « invalide » et « valable » à « non valable ». De plus, l'adjectif « valide » permet la dérivation en ajoutant le suffixe « ité » qui sert à former le substantif « validité ». C'est un net avantage sur son concurrent puisque nous pourrions aisément parler de la « validité du consentement » ou de l'« invalidité du consentement » lors de la cérémonie de mariage.

Dans les travaux antérieurs en droit de la famille, le Comité a recommandé les équivalents « mariage valide » et « divorce valide » pour rendre les termes *valid marriage* et *valid divorce*.



Nous proposons les équivalents « consentement valide » et « consentement invalide » pour rendre les termes *valid consent* et *invalid consent*.

Madame M... T... demande l'annulation de son mariage au motif qu'elle n'y a pas donné un **consentement valide**, ayant été induite en erreur sur la personne de monsieur W... M....

[...]

Le motif invoqué par la demanderesse est l'absence de **consentement valide au mariage**. Or, il s'agit là d'une condition essentielle à la validité du mariage même. La juge Louise Lemelin, j.c.s., dans une demande en annulation de mariage, affirme que la qualité du consentement doit s'évaluer au moment où il est donné, que ce consentement doit être libre, c'est-à-dire exempt de violence, et éclairé, c'est-à-dire exempt d'erreur.

[Internet. [<http://jurisprudence.canada.globe24h.com/0/0/quebec/cour-superieure/2008/07/21/droit-de-la-famille-082090-2008-qccs-3917.shtml>]. Globe 24 heures Business, *Droit de la famille* — 082090, 2008 QCCS 3917.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *free and enlightened consent* *free and full consent*

L'article 5 de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil* édicte que le *marriage requires the **free and enlightened consent** of two persons to be the spouse of each other*. On constate que le législateur fédéral ne définit pas le concept du *free and enlightened consent*. À l'article 4 de cette même loi, on peut lire que les articles relatifs au mariage doivent être interprétés comme s'ils faisaient partie intégrante du *Code civil du Québec*. Étant donné l'absence de définitions en matière de consentement au mariage dans la législation fédérale, tous les problèmes relatifs au consentement qui relèvent des articles 5 à 7 devront être résolus à la lumière du *Code civil*.

#### Substitution

4. Sections 5 to 7, which apply solely in the Province of Quebec, are to be interpreted as though they formed part of the *Civil Code of Québec*.

#### Consent required

5. Marriage requires the **free and enlightened consent** of two persons to be the spouse of each other. 2001, c. 4, s. 5; 2005, c. 33, s. 9.

[Internet. [<http://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/F-7.5/page-1.html>]. Justice Laws Website, *Federal Laws - Civil Laws Harmonization Act No 1*, S.C. 20001, c. 4.]

Nous avons effectué une petite recherche dans CanLII et toutes les occurrences de *free and enlightened consent* sont en lien avec l'article 521.1 du *Code civil du Québec* qui concerne le consentement libre et éclairé lors de la formation de l'union civile ou bien en lien avec l'article 10 du *Code civil du Québec* qui énonce que nul ne peut porter atteinte à l'intégrité d'une personne sans son consentement libre et éclairé.

Parce que ces dispositions s'appliquent uniquement dans la province de Québec, nous ne retiendrons pas le syntagme *free and enlightened consent* aux fins de notre étude.

Par ailleurs, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 stipule que :

**Article 16.**

(1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.

(2) Marriage shall be entered into only with the **free and full consent** of the intending spouses.

(3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. [Internet. [<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a16>]. United Nations, *The Universal Declaration of Human Rights* (20131209).]

Du fait que le Canada est un État cosignataire de ce traité international, nous retiendrons le syntagme *free and full consent*.

Forced marriage is an abuse of human rights and cannot be justified on any religious or cultural basis. It is, of course, very different from arranged marriage, where both parties give their **full and free consent to the marriage**.

[Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2007 à la page 85.]

## ÉQUIVALENT

### *free and full consent*

La version française de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* emploie le syntagme « **libre et plein consentement** » pour rendre *free and full consent*. Nous proposons de le retenir.

Article 16

1. À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le **libre et plein consentement** des futurs époux.

3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. [Internet.

[<http://www.un.org/fr/events/humanrightsday/udhr60/FRENCHUDHR2pgFINAL.pdf>]. Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, (20131209)].

## ANALYSE NOTIONNELLE

**voluntary consent**  
**voluntary union**

Le consentement au mariage doit être *voluntary* de la part des parties. Seules les unions librement consenties sont valides.

Is it correct or incorrect to assume that a marriage between an adult and a minor is “arranged” rather than “forced” when the child has been “volunteered” for the marriage via the consent of the parents, and may be transported to another region of the country or another country entirely to live with the marriage partner? Can it be argued that minors cannot be presumed to provide informed, **voluntary consent to marriage** where there is a significant power differential between the partners as exists between child and adult? Note that UNICEF has advocated a universal marriage consent age of 18.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Sonja C. Grover, *Prosecuting International Crimes and Human Rights Abuses Committed Against Children: Leading International Court Cases*, Ontario, Springer, 2009 à la page 471.]

A valid marriage requires the **voluntary consent** of both parties and the absence of any legal incapacity to marry. These prerequisites to a valid marriage can be traced back to the jurisprudence of the ecclesiastical courts in England prior to 1857.

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 30.]

In *Moss v. Moss*, Sir F.H. Jeune P. summed up the requirements of a **valid marriage** at common law as follows : "There must be the **voluntary consent** of both parties. There must be compliance with the legal requirements of publication and solemnization, so far as the law deems it essential. There must not be incapacity in the parties to marry either as respects age or physical capability or as respects relationships by blood or marriage."

[Hahlo H.R., *Nullity of Marriage in Canada: With a Sideways Glance At Concubinage And Its Legal Consequences*, Toronto, Butterworth & co. (Canada) Ltd., 1979 aux pages 7 et 8.]

La *voluntary union* est l'essence même du mariage entre deux personnes.

... the accepted common law definition of marriage has been "the **voluntary union** for life of one man and one woman to the exclusion of all others." Since the word "**voluntary**" appears in the definition, marriage cannot be imposed on someone.

[Internet [http://www.notaries.bc.ca/resources/scrivener/fall2003/12\\_3\\_29.pdf](http://www.notaries.bc.ca/resources/scrivener/fall2003/12_3_29.pdf)]. Grant C. Taylor, *The Law of Marriage in a Changing Society*, Volume 12 Number 3 October 2003, The Scrivener (20120206).]

Marriage does not appear to have been given any statutory definition. The classic judicial definition is that enunciated by Sir J.O. Wilde (later Lord Penzance) in *Hyde v. Hyde and Woodmansee* viz., "the **voluntary union** for life of one man and one woman to the exclusion of all others."

[Christine Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, A Carswell Student Edition, 1984 aux pages 3-4.]

Marriage is something more than a contract. It creates mutual rights and obligations as all contracts do, but beyond that it confers a status. In its essence it may be defined as the **voluntary union**, for life, of one man and one woman to the exclusion of all others....

[Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Materials*, Fifth Student Edition, Ontario, Carswell, 2000 à la page 159.]

Depuis juillet 2005, le Parlement a adopté la *Loi sur le mariage civil* pour permettre le mariage entre deux personnes de même sexe.

Voici quelques définitions de **voluntary** tirées de dictionnaires de langue générale et juridique.

**voluntary** :1. Done, acting, or able to act of one's own free will; not constrained or compulsory, intentional (a voluntary donation).

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «voluntary».]

**voluntary** : Without compulsion; in the absence of fear or prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. *Walker v The King*, (1939) S.C.R. 214, 71 c.C.C. 305. Lack or inadequacy of consideration. Also, an act done knowingly, wilfully.

[Datinder S. Sodhi, *The Canadian Law Dictionary*, Ontario, Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, s.v. «voluntary».]

**voluntary**, adj **1**. Done by design or intention <voluntary act>. **2**. Unconstrained by interference; not impelled by outside influence <voluntary statement>.

[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, St-Paul, Mn, West Group, 1999, s.v. «voluntary».]

## ÉQUIVALENTS

### voluntary consent

### voluntary union

Voici quelques définitions de dictionnaires de langue générale et juridique pour l'adjectif « volontaire ».

**volontaire** : **1**. (adj.) Qui résulte d'un acte de volonté.

Comp. volonté

Angl. *voluntary*

**2**. (adj.) Qui agit sans contrainte extérieure.

Cont. forcé

Comp. Exécution volontaire, intervention volontaire, vente volontaire, volonté

Angl. *Voluntary* .

[Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2001, s.v. «volontaire».]

**volontaire 1**. Qui procède de la volonté de l'homme, exercée dans l'intention de produire un effet de droit, qu'il s'agisse d'une volonté unilatérale ou d'un accord de volontés (V. *conventionnel*).

Ex. un acte juridique est un acte volontaire. Comp. *légal, judiciaire*. V. *intentionnel*. **2**. Qui émane d'un être doué de discernement sans être nécessairement intentionnel. Ex., même lorsqu'il ne suppose pas d'intention de nuire, un délit pénal exige de son auteur un acte volontaire.[...]

**4**. Librement et spontanément consenti, sans contrainte. Ex. vente volontaire par opp. à vente forcée, dépôt volontaire, par opp. à dépôt nécessaire. Comp. *libre*. V. *contraint, forcé, appelé*.

[Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Quadriga/PUF, 2011, s.v. «volontaire».]

L'adjectif « **volontaire** » en français correspond bien à la notion anglaise de **voluntary**. Nous recommandons l'équivalent « **consentement volontaire** » pour rendre le terme **voluntary consent**.

La capacité mentale et le **consentement volontaire**

Le mariage étant une union librement consentie entre un homme et une femme, il est essentiel que les parties aient la capacité mentale de donner leur consentement.

[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 24.]

Le consentement libre et éclairé est requis pour qu'un mariage soit valide, et un mariage peut être annulé et déclaré nul à défaut du **consentement volontaire**. Hahlo a commenté la manière dont l'absence de consentement peut faire en sorte qu'un mariage soit annulé (Hahlo, 1979). Le mariage est alors considéré comme nul et non avenue.

[...]

La question de la contrainte revêt une importance particulière dans l'analyse de la pratique du mariage forcé. Selon le jugement rendu dans l'affaire *Buckland c. Buckland*, [1967] 2 All E.R. 300, trois facteurs sont nécessaires pour prouver qu'une contrainte est exercée sur la personne : (1) la personne doit être suffisamment effrayée pour que disparaisse l'élément de **consentement volontaire** au mariage; (2) la crainte doit être raisonnable compte tenu des circonstances; et (3) la crainte doit provenir de circonstances externes dont la partie n'est pas elle-même responsable. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/mar/chap3.html#a3>]. *Bibliographie annotée de droit comparé et de droit international concernant le mariage forcé* (20131205).]

Nous recommandons l'équivalent « **union volontaire** », car il est bien ancré dans l'usage et ne pose pas de problème.

Si un mariage qui ne rencontre pas les conditions de forme fixées par la loi peut quand même être valide, il n'en est pas ainsi d'un mariage qui ne répond pas aux conditions essentielles à sa validité. Ces dernières touchent l'essence même du mariage qui consiste en une **union volontaire** entre un homme et une femme pour la vie à l'exclusion de tous les autres. Ces conditions sont regroupées sous trois rubriques : la capacité juridique, la capacité mentale et la capacité physique. [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.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

*real consent*

*true consent*

Le consentement des époux ne doit pas être qu'une simple apparence; il doit réellement exister.

Nous avons relevé plusieurs occurrences de *real consent* et de *true consent* dans les textes juridiques concernant le consentement au mariage.

Generally speaking, marriages may not be invalidated on the basis of fraud unless that fraud induces a mistake as to the nature of the relationship being entered into or, a mistake as to the actual identity of the other partner. In such circumstances, fraud provides a basis for a declaration of invalidity because the fraudulent activity serves to vitiate any **real consent** to the marriage. [Quicklaw, *Grewal v. Sohal* [2004] B.C.J. No. 2487 (British Columbia Supreme Court).]

Canon law recognized some fifteen impediments to marriage. Some were impediments which rendered the marriage wholly void (*impedimentum dirimens*) and some were impediments which left it wholly valid but rendered the parties subject to ecclesiastical censure or punishment (*impedimentum prohibitivum*). The principal dirimentary impediments were: (i) a prior existing marriage or espousal (pre-contract) of one of the parties; (ii) impotence; (iii) prohibited degrees of relationship; or (iv) absence of **true consent**. ... After the Reformation, marriage no longer being a sacrament, the common law courts started to interfere in what had hitherto been within the exclusive province of the ecclesiastical courts.

[Christine Davies, *Family Law in Canada*, Fourth Edition of Power on Divorce and other Matrimonial Causes, Carswell Legal Publications, 1984 aux pages 33-34.]

Voici des définitions des adjectifs *real* et *true* :

**real adjective** **1.** Actually existing as a thing or occurring in fact; not imaginary or fictional. **2.** (attributive) actual or true, not just appearing so (what's the real reason you won't go out with me?).

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «real».]

**true adjective** **1.** In accordance or consistent with fact or reality (a true story).

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

L'adjectif *real* dans sa deuxième acception veut dire *true*. Mais, c'est dans sa première acception que nous allons le retenir.

## ÉQUIVALENTS

**real consent**

**true consent**

On propose l'équivalent « **consentement réel** » pour rendre *real consent* et « **consentement véritable** » pour traduire *true consent*.

Voici les définitions des adjectifs « réel » et « véritable » :

**réel** Qui existe, qui se produit effectivement, qui n'est pas un produit de l'imagination. Anton. *fictif, imaginaire*.

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

**véritable** Qui est conforme ou qui se conforme à la réalité, à la vérité. Synon. *vrai*. [Internet.

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

Ces équivalents sont bien ancrés dans l'usage et ne posent pas de problème. Alors, nous les recommandons.

L'existence et l'intégrité du consentement au mariage sont des conditions essentielles du mariage. [...] et c'est constamment que la common law affirme que, sans **consentement réel** au moment de la célébration, il n'y a point de mariage valide : *consensus non concubitus facit matrimonium*. Il serait inexact de présenter cette condition fondamentale du consentement comme dissociée des autres : on peut dire, d'une façon générale, que la plupart des conditions de forme du mariage et

même certaines conditions de fond (l'âge nubile, par exemple) ont pour fonctions, entre autres, d'assurer l'existence et l'intégrité du consentement au mariage.

[Alain-François Bisson, *Aspects généraux du droit canadien des nullités de mariage : Droit existant et perspectives de réforme*, Ottawa, 1976 à la p. 16.]

Dans *Droit de la famille – 081029*, monsieur requiert une déclaration de nullité de mariage avec la défenderesse célébré à l'étranger, le 21 avril 2004, invoquant l'absence de **consentement véritable** et l'absence d'intention de la défenderesse de cohabiter comme épouse avec lui. [...]

Ainsi, pour rechercher l'intention de l'une et l'autre des personnes impliquées dans un mariage à une époque antérieure à la demande de nullité, le tribunal doit rechercher, dans les faits, ou dans des preuves circonstanciées, l'existence ou l'inexistence d'un consentement valablement donné ou d'intentions autres que celles de prendre l'autre personne comme époux et de vivre avec lui ou elle comme mari et femme. Il faut reconnaître que la preuve de cette absence de consentement valide, puisqu'il faut l'appeler ainsi, est très difficile à faire.

[Michel Tétrault, *Droit de la famille*, volume 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010 aux pages 53-54.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *duress* *undue influence*

L'*undue influence* est une forme de coercition qui vicie le consentement.

The age, strength of character, impressionable nature and mental capacity of the person influenced, and his or her relations with those who attempted the coercion, must be taken into consideration and measured, as must the qualities and capacity for influencing and importuning possessed by the persons charged with having exerted the **undue influence**.

[Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, 8<sup>e</sup> éd., Toronto, Stoddart Publishing Co. Limited, 200 à la page 137.]

Where the requisite capacity is present, another basis upon which a marriage may be set aside is **undue influence**.

...

The Canadian development of the law regarding the capacity to marry over the past 25 years is reasonably well-developed and consistent. Starting with *Lacey c. Lacey*, we can see the interplay amongst the concepts of consent to marriage: the capacity to care for one's self both financially and personally, the capacity to marry and the vitiation of marriage by operation of **undue influence**.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 aux pages 49 et 51.]

L'utilisation de la *duress* sous-entend qu'on utilise une pression morale ou physique pour obtenir ou forcer le consentement d'une ou des deux parties au mariage. La *duress* est un motif d'annulation du mariage.

Consent to marry must be given freely at the time of the ceremony. Thus, **duress** is a ground for annulment.

[Simon R. Fodden, *Family Law, Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 1999 à la page 18.]

Common law courts have expanded the finding of **duress** in forced marriage from that of physical coercion to emotional pressure. While “reluctant” or “resentful” consent may not amount to duress, if the will of the individual has been overborne by the circumstantial pressure, a finding of **duress** will void the marriage. While Canada has not criminalized **forced marriage**, a number of countries such as Norway and Belgium, Australia and Germany have done so. In Canada, redress for a **forced marriage** is limited to the civil courts.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 56.]

## ÉQUIVALENTS

### *duress* *undue influence*

L'équivalent français « **contrainte** » pour rendre **duress** a été normalisé par le comité lors de ses travaux en droit des contrats et en droit des délits. Nous avons constaté que cet équivalent est aussi bien implanté en droit de la famille.

Le consentement au mariage ne doit pas être donné sous la **contrainte** ou en cédant à des menaces. [Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la page 38.]

Si le mariage a été contracté sous la **contrainte** ou par une partie intoxiquée, la partie qui a agi sous l'effet de la **contrainte** ou de l'intoxication peut obtenir l'annulation. Le mariage n'est pas nul *ab initio*, mais annulable. Le mariage doit être librement consenti, par conséquent la **contrainte physique** ou **psychologique**, qu'elle soit exercée par l'époux ou une autre personne donne lieu à une annulation. Toutefois, en l'absence de menaces de perte de liberté ou de violence physique, les cours ont tendance à conclure à la présence du consentement.

[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 590.]

Le consentement est l'élément central qui crée le lien du mariage. Pour ce motif, il ne pourra être libre et éclairé que si celui qui le donne est apte, sans **contrainte** et raisonnablement informé de la portée de son engagement.

[Michel Tétrault, *Droit de la famille*, volume 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010 à la page 44.]

L'équivalent normalisé en droit des contrats et en droit des délits pour rendre *undue influence* est « **influence indue** ». Cet équivalent normalisé dans le cadre des travaux antérieurs du comité est approprié également en droit de la famille pour rendre *undue influence*.

Il y a **influence indue** susceptible de vicier le consentement lorsque le consentement au mariage n'a pas été donné librement à cause de la peur créée par la violence physique ou par la crainte qu'il arrive quelque calamité à une autre personne ou à soi-même. Il faut de plus que la partie ainsi menacée n'ait pas voulu se marier. L'âge, la situation, le caractère de la personne sont pris en considération pour déterminer s'il y a eu **influence indue**. La crainte doit également être raisonnable et provenir d'événements hors du contrôle de la personne affectée.

[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 26.]



## ANALYSE NOTIONNELLE

arranged marriage

forced marriage

hasty marriage

shotgun marriage

shotgun wedding

La volonté de se marier doit être réelle et doit aussi être exempte de vices qui pourraient empêcher les époux de consentir librement au mariage. C'est le cas des *forced marriages* dont l'un des époux au moins est contraint de contracter mariage contre son gré en raison de pressions physiques et psychologiques exercées sur lui. Ces mariages sont décidés par la famille pour pérenniser la tradition culturelle ou religieuse ou pour créer des alliances familiales. Ce type de mariage constitue une violation des obligations internationales en matière de droits de la personne.

A **forced marriage** occurs where people are coerced into marriage against their will or under **duress**. **Duress** can include both physical and emotional pressure. **Forced marriage** are often perpetrated by parents to maintain religious or cultural ideals, or to secure advantage through family alliances or foreign marriages.

**Forced marriages** are an international issue of increasing concern. They have been rightly characterized as exercises in human trafficking, violence and human rights violations. A number of countries, such as the United Kingdom, have Forced Marriage Units which provides awareness, education and assistance to those affected.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 56.]

Annulment of marriage is the legal process to declare that a true marriage never took place. This is different to a divorce which dissolves an existing marriage... Invalid consent is also grounds for annulment if it is found that one party consented to the marriage under duress or unsoundness of mind. **Forced marriages** are both illegal and voidable and can therefore also be annulled.

[Internet. [<http://www.brookman.co.uk/family-solicitors/divorce/annulment>]. English and International Family Lawyers Brookman Solicitors, *Annulment* (20140115).]

... in *P V R (Forced Marriage: Annulment: Procedure)* where the petitioner was compelled to enter into a marriage with her cousin while she was staying in Pakistan. Although, in that case, there was evidence of the threat and use of force, and of detaining her against her will, the problem of '**forced marriages**' being imposed on some children from minority ethnic communities has resulted in an awareness of the need for greater understanding of the pressures faced by such young people and for sensitivity in laying down an appropriate test of **duress**. Indeed, such awareness has resulted in the establishment of a Forced Marriage Unit by the Home Office and Foreign Office to provide guidance, advice and practical aid concerning the issue. It describes a **forced marriage** as:

'one where one or both parties are coerced into a marriage against their will and under duress. Duress includes both physical and emotional pressure. Forced marriage is an abuse of human rights and cannot be justified on any religious or cultural basis. It is, of course, very different from arranged marriage, where both parties give their full and free consent to the marriage.' [Nous soulignons.]

[Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2007 aux pages 84-85.]

À la différence du *forced marriage*, le *arranged marriage* est celui dans lequel les parties consentent à un mariage organisé par les parents des mariés. C'est une tradition dans certaines cultures. Ce n'est pas le cas au Canada où ce type de mariage ne fait pas partie de nos mœurs et ne correspond pas aux notions de liberté de consentement et de consentement valide.

Voici deux articles de dictionnaires de langue courante pour les termes *shotgun marriage* et *shotgun wedding* :

**shotgun marriage** *noun* (also *shotgun wedding*) informal **1**. An enforced or hurried wedding, esp. Because of the bride's pregnancy.  
[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «shotgun marriage».]

**shotgun marriage** *n*. A marriage that is forced or necessitated because of pregnancy. Also called *shotgun wedding*.  
[Internet. [<http://www.thefreedictionary.com/shotgun+marriage>]. The American Heritage® Dictionary of the English Language, Fourth Edition copyright ©2000 by Houghton Mifflin Company. Updated in 2009. Published by Houghton Mifflin Company. ]

On a relevé une occurrence dans CanLII de *shotgun marriage*.

Gina's mother, the applicant, was a teenage bride caught in a *shotgun marriage*; Gina was born seven months after the wedding, when the mother was only 18 and half way through Grade 12. She left school in January 1985 when Gina was born.  
[CanLII, *Marsh v. Jashewski*, 2011 ONSC 3793 (CanLII).]

On a constaté deux occurrences dans Quicklaw de *shotgun marriage* dont voici un extrait avec la graphie avec trait d'union, soit *shot-gun marriage*. Nous ne retiendrons pas cette dernière graphie, car elle n'est pas attestée dans le *Canadian Oxford Dictionary*.

Of the first marriage, the panel finds, as proven, the following as set out in the paragraphs below. That the then young 16 and 19 year old appellant and applicant begin a boyfriend/girlfriend relationship in 1997, which quickly develops to the point of intimacy, which then succumbs to raging hormones which, not surprisingly, leads to coitus and from there to the natural and predictable consequence of the act -- an unintended pregnancy. The law of unintended consequences being what it is, the termination of the pregnancy *sub-rosa*, arranged for by the couple with the help of a family member and her husband, saw the appellant develop complications which required further medical intervention, which necessitated her seeking help from her parents. This led to parental opprobrium, followed by paternal outrage which saw confrontation with the applicant's parents and a veritable "**shot-gun**" marriage forced on the couple.  
[Quicklaw, *Kamaloodean v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), [2012] I.A.D.D. No. 775, Immigration and Refugee Board of Canada Immigration Appeal Division Toronto, Ontario.]

Le *shotgun marriage* est un mariage précipité et consenti sous la contrainte pour éviter une naissance illégitime. La contrainte est normalement exercée par la famille de la femme une fois qu'elle est enceinte, mais elle peut provenir de cette dernière également.

Avant même d’avoir des relations sexuelles avec un homme, la femme peut lui demander une promesse de mariage si elle tombe enceinte de lui. Cette promesse de mariage est une mesure coercitive.

Le *shotgun marriage* est un phénomène social qui est moins présent aujourd’hui que dans les années 1940 à 1960 parce que la femme a la possibilité de se faire avorter et qu’il existe des moyens de contraception accessibles. De plus, on ne stigmatise plus les enfants nés hors des liens du mariage.

Since out-of-wedlock childbirth no longer resulted in social ostracism, literally and figuratively, **shotgun marriage** no longer occurred at the point of the shotgun.  
... There can be little doubt that the stigma of out-of-wedlock childbearing has declined enormously. Even the name of the phenomenon has been changed over the last fifteen years: children born out-of-wedlock are no longer referred to as "illegitimate."  
[Internet. [<http://www.jstor.org>]. Journal Storage, George A. Akerlof et al., *An Analysis of Out-of-Wedlock Childbearing in The United States*, The Quarterly Journal of Economics, Vol. CXI, Issue 2, May 1996 à la page 309.]

L’aspect juridique du *shotgun marriage* provient du fait que c’est une forme de mariage forcé. On a décidé de retenir ce terme parce qu’on le trouve dans la jurisprudence.

On a relevé 98 occurrences de *hasty marriage* dans CanLII dont voici deux extraits.

... a **hasty marriage** took place three days after the arrival of the new “bride” who had come to Canada on a temporary visa; all of which had not been indicated on the application for a visa.  
[CanLII, *Idlin v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2012 FC 168 (CanLII).]

The pattern followed by the applicant, i.e. an illegal two-year stay in Canada, followed by an asylum claim, then an application for Pre-Removal Risk Assessment, seems to be that of a person who is trying by every single mean to stay in Canada. His **hasty marriage** to the appellant was contracted in the month following the issuance of a removal order against him and seems to be just another scheme to remain in Canada or eventually to return to Canada as a permanent resident.  
[CanLII, *Al Kaati v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2005 CanLII 75922 (CA IRB).]

Le *hasty marriage* est lui aussi une forme de mariage précipité pour différentes raisons comme le fait d’obtenir un permis de séjour ou de pouvoir immigrer au pays.

Voici une définition de *hasty* tirée du *Canadian Oxford Dictionary* :

**hasty** : 1 hurried; acting quickly or hurriedly.

## ÉQUIVALENTS

*arranged marriage*

*forced marriage*

*hasty marriage*

*shotgun marriage*

*shotgun wedding*

Les équivalents français « **mariage arrangé** » pour *arranged marriage* et « **mariage forcé** » pour *forced marriage* sont passés dans l'usage et ne sont pas problématiques. Pour ces raisons, nous les recommandons.

Dans la littérature [...] la distinction entre **mariage forcé** et **mariage arrangé** est traitée de façon assez simple : si les parties donnent leur consentement, le **mariage** ne peut être décrit comme **forcé**. Par contre, dans les affaires de **mariage forcé** portées devant les tribunaux anglais et écossais, la dichotomie entre coercition et consentement a été abordée de manière plus nuancée, passant progressivement d'une définition antérieure – restrictive – de la contrainte à une définition qui reconnaît la force du chantage moral et émotionnel. En vertu de cette dernière définition, de nombreux **mariages** actuellement considérés comme **arrangés** recevraient la qualification plus appropriée de « **forcés** ».

[Internet. [http://books.google.ca]. Gily Coene et Chia Longman (dir.), *Féminisme et multiculturalisme : Les paradoxes du débat*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang S.A., 2010 à la page 41.]

Le **mariage forcé** est une question complexe et délicate à aborder car elle met en jeu des usages matrimoniaux étrangers. [...] La différence entre un **mariage forcé** et un **mariage arrangé** (aussi appelé mariage planifié) se situe au niveau de l'imposition de la violence physique ou par des pressions psychologiques et sociologiques (menaces, chantage...). Dans les textes de la plupart des cultures, l'imposition du mariage est prohibée et le consentement nécessaire.

[Internet. [http://books.google.ca]. Antoine d'Audiffret, *Le Guide du mariage civil*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2008 aux pages 60-61.]

Dans l'extrait ci-dessus, on voit que « mariage arrangé » est aussi appelé « mariage planifié ». On a trouvé aussi dans Wikipédia que « mariage de convenance » serait un synonyme de « mariage arrangé ».

Le **mariage arrangé** ou **mariage de convenance** est une tradition culturelle où la famille (en général les parents) choisissent l'époux d'un ou une personne célibataire et en organisent le mariage, avec ou sans son consentement (on parle alors dans ce dernier cas de mariage forcé). Ceci se fait dans beaucoup de pays d'[Afrique](#) et d'[Asie](#), c'est par exemple la norme au [Pakistan](#) et en [Inde](#), où les mariages d'amour sont rares et plutôt mal vus.


[Internet. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage\_de\_convenance]. Wikipédia, L'encyclopédie libre, *Mariage de convenance* (20140116).]

Nous préférons dissocier le « mariage arrangé » du « mariage de convenance », car ce dernier s'utilise plus en référence à un mariage contracté pour maintenir un statut social ou bien un niveau financier.

**convenance** *Loc. adv.* Par convenance. Pour sa (leur) convenance. *Ils s'efforçaient d'entendre le mariage à la façon des gens du monde qui se marient par convenance, pour arrondir leur fortune et ne pas laisser périr leur nom* (ZOLA, *M. Férat*, 1868, p. 264).

c) *Loc. adj.* De convenance :

◆ 8. ... il [Gontran] aurait peut-être autant méprisé Christiane d'être fidèle à *ce mari de convenance* et *d'utilité*, qu'il se serait méprisé lui-même de ne pas puiser dans la bourse de son beau-frère. G. DE MAUPASSANT, *Mont-Oriol*, 1887, p. 235.

**Mariage de convenance**. *Est-ce un mariage d'amour ou simplement de convenance que vous devez contracter?* (LECLERCQ, *Proverbes dram.*, M<sup>me</sup> Sorbet, 1835, 6, p. 150) : 

◆ 9. « Et cette prostitution-là est plus pardonnable cent fois et moins repoussante qui pousse une pauvre fille à vendre son corps pour avoir du pain, que celle décorée du nom de *mariage de convenance*, qui n'a pour but et pour cause qu'un *cachemire*, ou des *perles*, ou une *voiture*. (...) ». [Nous soulignons.] [Internet. [http://atilf.atilf.fr]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «convenance».]

Dans plusieurs textes, on traduit *shotgun marriage* par « mariage forcé ». On ne retiendra pas cette tournure, car ce ne sont pas tous les mariages forcés qui sont des *shotgun marriages*.

L'agent des visas a qualifié le mariage entre l'appelant et la requérante de "**shotgun affair**" ou de **mariage forcé** [...] parce que le mariage a été arrangé rapidement et il le répète à la page 84 du dossier, indiquant qu'il n'est pas crédible qu'un répondant né au Canada consente à un **mariage forcé** après avoir vu la requérante une seule fois. J'estime que ces références sont plutôt déplacées et injustifiées. Cette expression est habituellement réservée aux mariages qui ont lieu après qu'une femme est devenue enceinte hors des liens du mariage, lorsque le père putatif de l'enfant est réticent à se marier et à reconnaître sa paternité et que les parents mâles de la femme lui donnent un choix qui n'en est pas un, de marier la femme ou de recevoir une balle dans la tête. [Nous soulignons.

[Quicklaw, *Bain c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2003] D.S.A.I. no 329, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada - Section d'appel de l'immigration de Vancouver (Colombie-Britannique).]

Par ailleurs, nous avons trouvé « mariage précipité » pour rendre *shot-gun marriage*.

En ce qui concerne le premier mariage, le tribunal accepte comme étant établis les faits tels qu'ils sont exposés dans les paragraphes qui suivent. L'appelante et le demandeur ont entrepris une relation amoureuse en 1997. Ils étaient alors âgés de 16 et de 19 ans. Très rapidement, cette relation est devenue intime. L'appelante et le demandeur ont succombé à leur désir passionné et ont fini par avoir -- faut-il s'en surprendre -- des rapports sexuels, ce qui a mené à la conséquence naturelle et prévisible de l'acte : une grossesse non désirée. La loi des conséquences non souhaitées étant ce qu'elle est, le couple a pris des dispositions, avec l'aide d'un membre de la famille et de son mari, pour interrompre la grossesse en secret, acte au cours duquel l'appelante a éprouvé des complications qui ont nécessité une autre intervention médicale, forçant l'appelante à demander l'aide de ses parents. L'opprobre de ceux--ci, puis l'indignation de son père, qui a confronté les parents du demandeur, ont abouti à un véritable **mariage précipité**, qui a été imposé au couple. [Quicklaw, *Kamaloodean c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2012] D.S.A.I. no 775, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada - Section d'appel de l'immigration Toronto (Ontario).]

On trouve 4 290 occurrences de « mariage précipité » dans Google France. Mais, nous ne pensons pas le retenir, car il sert surtout à rendre *hasty marriage* comme on l'a constaté dans la banque *Linguee*.

Une autre solution serait de créer un néologisme. On pourrait peut-être faire un parallèle entre le *shotgun marriage* et la *shotgun clause* qui est une clause d'une convention entre actionnaires, laquelle stipule qu'un actionnaire peut offrir d'acheter les actions de ses partenaires. Si l'actionnaire (ou les actionnaires) à qui l'offre est faite ne l'accepte pas, il a automatiquement l'obligation d'acheter les actions de l'offrant, au même prix et aux mêmes conditions. L'analogie peut sembler boiteuse, mais dans notre cas, la famille exerce une contrainte incontournable et les parties n'ont pas d'autre choix que de se marier pour éviter une naissance illégitime.

La *shotgun clause* en droit des sociétés a été rendu par « clause ultimatum » qui est le terme préféré du Comité de terminologie française de l'Ordre de Comptables agréés du Québec. Voici ce que le comité indique dans son bulletin terminologique :

Les dictionnaires de la langue anglaise ne donnent pas de définition de *shotgun provision*, mais nous rappellent le caractère peu sympathique du mot *shotgun*. Ainsi, parmi les définitions, on lit «...*characterized by coercive methods*» ou encore «*made or done hastily or under pressure of necessity*». On retrouve, allant dans le même sens, les expressions *shotgun wedding* ou *shotgun marriage* qui désignent un mariage forcé. Bref, derrière le mot *shotgun*, on sent la menace.

Plusieurs expressions en français ont été proposées pour traduire *shotgun provision* : clause de coercition, clause boomerang, clause roulette russe, clause d'achat forcé, clause ultimatum. Ce foisonnement d'expressions en français en laisse plus d'un perplexe. En conséquence, pour éviter les malentendus, tant dans la langue parlée que dans la langue écrite, on accole le terme *shotgun* au mot clause : clause *shotgun*. Pourtant, la force métaphorique du mot *shotgun* est un bien mauvais prétexte pour renoncer à trouver une expression juste en français. Examinons les expressions proposées.

L'expression «clause de coercition» est suggérée par le Ménard. Au cours des neuf dernières années, son emploi n'a été relevé que rarement dans la presse économique francophone : «Bombardier pourra acheter le bloc de 49 % du gouvernement de Toronto ou le refuser, en vertu d'une clause de coercition (*shotgun*)». On remarque l'ajout du terme anglais pour faire comprendre que c'est bien de cela qu'il s'agit. L'expression rend le caractère contraignant de la proposition, mais le caractère générique de l'expression pose problème; les clauses de coercition ne s'appliquent pas uniquement aux conventions entre actionnaires et font partie intégrante d'autres types de contrat.

La métaphore «boomerang», dans «clause boomerang», mérite qu'on l'examine. Elle décrit le retour à l'offrant si la cible n'est pas atteinte. Elle rend l'idée de risque qui sous-tend la clause. Néanmoins, elle ne suggère aucunement la notion d'obligation qui est centrale à la *shotgun provision*, l'obligation d'acheter si l'offre est refusée. De plus, utilisé au sens figuré, boomerang réfère à un acte qui nuit à son auteur. Ce sens figuré ne correspond pas à l'esprit de la clause puisque le recours à celle-ci ne nuit pas nécessairement à son auteur.

L'expression «clause roulette russe» recourt aussi à la métaphore. Elle évoque l'incertitude qui plane tant que la transaction n'est pas terminée. Mais à la roulette russe, les duellistes s'échangent le revolver jusqu'à ce que mort s'ensuive alors que la clause ne prévoit qu'un maximum de deux temps, l'acceptation sinon le revirement.

L'expression «clause d'achat forcé» est également employée. Elle s'attache à décrire le résultat de la clause plutôt que son mécanisme sous-jacent. Cependant, elle ne s'attarde qu'à une facette de la clause, celle de l'achat forcé, alors qu'il peut y avoir vente forcée.

Reste «clause ultimatum». Le *Petit Robert* définit l'ultimatum comme «les dernières conditions présentées [...] à un autre et comportant une sommation». Voilà une définition qui colle parfaitement à l'essentiel de la fameuse clause. En effet, l'actionnaire qui enclenche le processus définit le prix des actions et les conditions de la transaction. Ces conditions sont les dernières puisqu'elles ne sont pas négociables. De plus, si l'actionnaire à qui l'offre est faite la refuse, il doit la prendre à son compte, c'est-à-dire vendre ou acheter aux prix et conditions fixés; c'est le mécanisme de sommation.

Ainsi, l'expression **CLAUSE ULTIMATUM** évoque bien la menace, la contrainte, le caractère fatal, implacable et l'incontournable issue de la clause. Et, à ce titre, elle présente un heureux équivalent de l'expression *shotgun provision*. [Nous soulignons.]  
[Internet.[[http://ocaq.qc.ca/terminologie/affichage\\_bulletin.asp?ID=96](http://ocaq.qc.ca/terminologie/affichage_bulletin.asp?ID=96)]. Comité de terminologie française de l'ordre des comptables agréés du Québec. «POW! POW! t'es mort, sinon je ne joue plus : Shotgun provision, clause ultimatum». (20140109).]

Voici une définition du Robert pour « ultimatum » :

**ultimatum** : 1792; « décision irrévocable » 1740 ◇ latin médiéval *ultimatus*, de *ultimus* « dernier ». Les dernières conditions présentées par un État à un autre et comportant une sommation. Adresser, envoyer, lancer un ultimatum. Des ultimatums. ◇ (1792) Exigence impérative. « La sentinelle lui présenta sa baïonnette en manière d'ultimatum » Balzac. [Nous soulignons.] [Josette Rey-Debove, Alain Rey, *Le Nouveau Petit Robert*, Le Robert, 2009, s.v. « ultimatum ».]

La citation de Balzac est très proche de la notion à l'étude. L'homme qui a mis une femme enceinte n'a pas d'autres choix que de l'épouser. La pression exercée par la famille de la femme est comparable à celle d'un revolver sur la tempe.

Le Comité de terminologie française de l'ordre des comptables agréés du Québec arrive à des conclusions fort intéressantes que nous pourrions appliquer en droit de la famille pour rendre *shotgun* dans les termes *shotgun marriage* et *shotgun wedding*. Par contre, l'équivalent « mariage ultimatum » est opaque; ce qui diminue ses chances d'implantation dans l'usage.

Le Comité a pensé aux équivalents « mariage à bout portant » et « mariage au pistolet » qui ont l'avantage d'être transparents et imagés comme l'anglais. Nous avons recensé plusieurs occurrences de « mariage à bout portant » dans Internet en lien avec le titre d'une opérette et d'une comédie et quelques occurrences de « mariage au pistolet » dans un texte qui commente la pièce *Un mariage à bout portant* et dans les *Mémoires d'outre-tombe* de Chateaubriand. Des deux, nous préférons « mariage au pistolet » qui fait plus sérieux.

Nous proposons de rendre *shotgun marriage* et *shotgun wedding* par « **mariage au pistolet** ».

Nous avons constaté les équivalents suivants dans CanLII pour rendre *hasty marriage* :

« **mariage expéditif** » : *Al Kaati c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2005 CanLII 75922 (CA CISR)

« **mariage hâtif** » : *Mai c. Canada* (Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CanLII 63946 (CA CISR); *Banait c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 96996 (CA CISR); *Tran c. Canada* (Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CanLII 54225 (CA CISR); *Shergill c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 64605 (CA CISR); *Ha c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 67687 (CA CISR); *Rodriguez c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 36468 (CA CISR); *Li c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 46029 (CA CISR)

« **mariage à la hâte** » : *Patel c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 68279 (CA CISR); *Cao c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 84247 (CA CISR)

« **mariage célébré à la hâte** » : *Marling c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 77650 (CA CISR); *Chahal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 84821 (CA CISR); *Li c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 94532 (CA CISR)

« **mariage arrangé à la hâte** » : *Chen c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 91690 (CA CISR)

« **mariage conclu à la hâte** » : *Wu c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 85219 (CA CISR)

« **mariage contracté à la hâte** » : *Huang c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 89205 (CA CISR)

« **mariage contracté hâtivement** » : *Delisle c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2005 CanLII 75954 (CA CISR)

« **mariage précipité** » : *Amankona c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 87865 (CA CISR); *Feng c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 89283 (CA CISR); *Zheng c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 90800 (CA CISR); *Boadi c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 85235 (CA CISR); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lotfi*, 2012 CF 1089 (CanLII); *Chhina c. Canada* (Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CanLII 60426 (CA CISR); *Hrimech c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 76273 (CA CISR); *Zhuo c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 87875 (CA CISR); *Zhang c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 94816 (CA CISR); *Carr c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 95611 (CA CISR); *Qiu c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 91556 (CA CISR)

Nous préférons « mariage précipité » à « mariage hâtif » parce que l'adjectif « précipité » correspond mieux à l'adjectif anglais *hasty*.

**hâtif** *adj.* **1.** Qui se produit avant la date normale ou prévue; dont l'évolution, la course est trop rapide. **2.** Qui se fait ou a été trop vite, avec une hâte excessive. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «hatif, ve».]

**précipité** *adj.* **1.** Très rapide dans son allure, son rythme. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «précipité, ée».]

Nous proposons de rendre *hasty marriage* par « **mariage précipité** ».

## ANALYSE NOTIONNELLE

*fundamental mistake*  
*inoperative mistake*



### operative mistake

Deux types de *mistakes* constituent des motifs d'annulation du mariage soit la 1) *mistake* sur la personne même du conjoint et la 2) *mistake* quant à la nature de la cérémonie. Ces cas se présentent lorsque le consentement de l'un des époux a été vicié à la suite des manœuvres de l'autre époux.

Only **mistake** as to the identity of the person or **mistake** as to the nature of the ceremony can render a marriage void for lack of consent. **Mistake** as to the attributes of the person one married, for example, respecting age, health, virginity or wealth, do not negate consent to marry. In one case, a woman's wilful concealment of her pregnancy by another man at the time of the marriage was held not to make the marriage void or voidable on the basis of the husband's absence of consent. However, where there is **mistake** as to the nature of the ceremony, that is, where a marriage ceremony is believed to be a celebration of another nature, consent may be vitiated. [Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 21.]

On qualifie dans les textes juridiques la *mistake de fundamental* et d'*operative*.

In Prince Edward Island the court has heard an application for a declaration of nullity on the ground of **fundamental mistake**.

[Christine Davies, *Family Law in Canada*, Fourth Edition of Power on Divorce and other Matrimonial Causes, Carswell Legal Publications, 1984 à la page 39.]

To constitute grounds for annulment, the **mistake** must be of a **fundamental** nature, such as a mistake regarding the nature of the ceremony, or the identity of the person one is marrying.

[F.A.R. Chapman, *Law and Marriage*, McGraw-Hill, New York, 1968 à la page 47.]

The question of identity must be a **fundamental mistake** about the actual person being married and does not relate to deception about the person's real name, background, level of wealth or other peripheral matters. In the case of *C and D* it was held that a woman who married a hermaphrodite was mistaken as to the other party's identity as she believed the person to be a man and was unaware of the person's hermaphrodite background.

[Internet. [<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tXY3-uQDBdQJ:www.liv.asn.au/Practice-Resources/Law-Institute-Journal/Archived-Issues/LIJ-Jan-Feb-2014/Decree-of-nullity-of-marriage--A-remedy-for-the-ho+&cd=2&hl=fr&ct=clnk&gl=ca>]. Law Institute of Victoria, *Decree of Nullity of Marriage : A remedy for the hopeful*. (20140210).]

There have been a number of cases where marriage was contracted in order to assist one of the parties to stay in Canada as an immigrant, but where one or both of the parties never intended a real marriage to endure. There was a precedent that where one of the parties had induced the other to marry for this purpose, an annulment might be granted. In a recent decision, however, that was overruled, and as the law now stands, such conduct will not render a marriage void, unless an **operative mistake**, for instance as to the nature of the ceremony, is also found.

[Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, 8<sup>e</sup> éd., Toronto, Stoddart Publishing Co. Limited, 2001 à la page 137.]

Unlike a commercial contract, neither a fraudulent nor an innocent misrepresentation will of itself affect the validity of a marriage. But if the misrepresentation induces an **operative mistake** (eg as to the nature of the ceremony), the marriage will be made voidable by the latter.

[Nigel Lowe and Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2007 à la page 86.]

Fraudulent misrepresentations that induce a person to marry will not undermine consent except where the misrepresentations lead to an **operative mistake**. As a Saskatchewan judge has observed.

No degree of deception can avail to set aside a contract of marriage duly celebrated by consenting parties with the capacity to enter into the marriage.

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 34.]

The court referred to a number of English authorities and concluded that they “consistently lay down the rule that neither a fraudulent nor an innocent misrepresentation will of itself affect the validity of a marriage unless, of course, the misrepresentation induces an **operative mistake**, e.g. as to the nature of the ceremony, or deception as to the identity of one of the persons to the marriage, as when A is induced to marry B, believing that she is marrying C”.

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

I find the case *Iantsis (falsely called Papatheodorou) v. Papatheodorou* cited by the Minister’s counsel helpful in understanding how the misrepresentation will affect the validity of marriage if it induces an **operative mistake** e.g., “deception as to the identity of one of the persons to the marriage, as when A is induced to marry B, believing that she is marrying C.”

[CanLII, *Marckwordt-Gonzales v. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 43731 (CISR).]

Dans les textes ci-dessus, on constate que la *fundamental mistake* et l’*operative mistake* désignent la même notion soit la *mistake* quant à l’identité d’une des parties au mariage ou quant à la nature de la célébration. Par contre, on ne peut les considérer comme synonymes du fait qu’elles ne couvrent pas le même champ sémantique.

Voici deux définitions pour les adjectifs *operative* et *fundamental* :

**operative** *adjective* **1.** In operation; having effect. **2.** Having the principal relevance ('may' is the operative word). **3.** Of or by surgery. **4.** *Law* expressing an intent to perform a transaction.

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

**operative** = **(1)** having effect ; in operation ; efficacious <the statute is now operative> ; or **(2)** having principal relevance <may is the operative word of the statute>.

[Bryan A. Garner, *Garner’s Dictionary of Legal Usage*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, s.v. «operable, ; operatable ; operative ; operational».]

**fundamental** *adjective* of, affecting, or serving as a base or foundation, essential, primary, original (a fundamental change ; the fundamental rules ; the fundamental form.)

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

**fundamental** **1.** Of or forming a foundation or basis; essential; basic: the fundamental principles of design. **2.** Involving or affecting a basic structure, function, etc.; radical: a fundamental change of attitude. **3.** Principal; main: The fundamental purpose of her campaign is to block the legislation.

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

Le Comité nous a demandé de vérifier si l'*inoperative mistake* qui existe en droit des contrats s'employait aussi en contexte de mariage. Nous l'avons relevé dans le contexte ci-dessous.

A mistake in the legal sense is one where the parties labour under a mistaken impression. The law distinguishes between **operative** and **inoperative mistakes**. A mistake as to the identity of the other party and a mistake as to the nature of the transaction are **operative mistakes** and will affect the validity of the transaction. The courts have declared null and void marriages entered into by one party under the mistaken impression that the transaction was no more than a registration of the betrothal or some other preliminary act. An **inoperative mistake** does not affect the validity of the marriage. Such a mistake would be in respect of the name of the other party, or his state of health, or his religious beliefs or affiliations, or his virginity, or his financial position or other personal qualities or attributes.

[Internet. [ftp://196.211.146.163/SPI/DatabaseCompare/FamilyLawService/4-Family%20Law%20-%20Binder1%20-%20Issue58.pdf]. LexisNexis, *Family Law Service*, Service Issue 58, 2012 (20140217).]

Nous retiendrons aux fins de notre étude ce terme pertinent.

## ÉQUIVALENTS

*fundamental mistake*  
*inoperative mistake*  
*operative mistake*

Voici quelques définitions et un contexte pour « erreur ».

**erreur.** Fait de tenir vrai ce qui est faux et vice-versa.

[Jacques Vanderlinden, Gérard Snow, Donald Poirier, *La common law de A à Z*, Cowansville(Québec), Yvon Blais, 2010 à la page 219.]

**erreur.** Fait de se tromper qui, le plus souvent, entache d'un vice de formation l'acte (contrat, décision, etc.) accompli sous l'empire de cette fausse représentation.

[Cornu, *Vocabulaire juridique*, 1987, p. 316.]

**erreur.** Appréciation inexacte de la réalité qui, dans les cas reconnus par la loi, entraîne la nullité d'un acte juridique.

[Crépeau, *Dictionnaire de droit privé*, 1985, p. 86.]

Il est difficile de donner une définition juridique de l'**erreur**. L'**erreur** est "une croyance qui n'est pas conforme à la vérité", "un défaut de concordance entre la volonté interne et la volonté déclarée". Qui empêche la parfaite intégrité du consentement donné à un acte juridique.

[Baudoin, *Les obligations*, 1973, par. 99, p. 66.]

L'équivalent français « erreur » ne pose pas de problème et est bien ancré dans l'usage pour rendre *mistake*.

La nullité des mariages peut être déclarée en raison des circonstances suivantes : 1) la bigamie ou la polygamie; 2) la consanguinité ou la filiation; 3) l'incapacité mentale; 4) la minorité d'une des parties; 5) l'absence de consentement en raison soit de l'**erreur** ou de la fraude.

[...]

Il s'agit ici d'une **erreur** qui vicie le consentement en raison d'un malentendu sur l'identité de l'autre partie au mariage ou sur la nature de la cérémonie. Par exemple, en 1931, la Cour du Banc du Roi de la Saskatchewan annulait le mariage d'une jeune femme nouvellement arrivée au Canada parce qu'elle n'avait pas compris la langue de la cérémonie ni la nature de cette cérémonie [...] Même s'il y a eu **erreur** au moment de la cérémonie, le mariage ne sera pas annulé lorsque celui-ci aura été ratifié par la conduite des parties. [...] L'**erreur** sur l'identité de l'autre partie, quant à elle, renvoie à une époque où les communications étaient plus difficiles, mais les tribunaux ont refusé d'annuler des mariages pour motif d'**erreur** portant sur le caractère moral, le statut social, l'âge, la fortune et l'état de santé de l'autre partie et ce, même lorsque l'**erreur** était le fruit d'une fraude.

[Louise Bélanger Hardy et Aline Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell 1997 à la p. 589.]

Pour *operative mistake*, nous avons relevé entre autres les équivalents « erreur de procédure », « erreur clé », « erreur de fond » et « erreur qui a pour effet de rendre nul un contrat ».

J'estime que l'affaire *Iantsis (appelée à tort Papatheodorou) c. Papatheodorou*, citée par le conseil de la ministre, est utile à la compréhension de l'incidence que la fausse représentation aura sur la validité du mariage si elle entraîne une **erreur de procédure**, à savoir [traduction] « la tromperie concernant l'identité de l'une des parties au mariage, comme quand A est amenée à épouser B, en croyant qu'elle épouse C ».

[CanLII, *Marckwordt-Gonzales c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 43731 (CISR).]

Pour ces motifs, je conclus que la société Noran n'a pas réussi à prouver l'existence d'une **erreur clé** qui invalide l'entente conclue entre les parties en ce qui concerne la renonciation.

[CanLII, *Noran West Developments Ltd. c. La Reine*, 2012 CCI 434 (CanLII).]

Le tribunal estime, selon la prépondérance des probabilités, que le motif de l'annulation était vraisemblablement le fait que M. Patel a contracté mariage sur la base d'une **erreur clé** par la présentation erronée de Mme Patel quant à ses intentions de contracter mariage.

[Webtext, *Commission de l'immigration et du statut du réfugié du Canada*.]

[...] il existe une différence marquée entre un contrat commercial et un mariage, qui est à la fois un contrat civil et un vœu religieux, car les parties contractantes n'ont pas le pouvoir de le dissoudre et la doctrine anglaise a toujours suivi la règle selon laquelle la fausse représentation, frauduleuse ou innocente, n'a, en elle-même, aucun effet sur la validité du mariage, sauf dans le cas évidemment où la fausse représentation entraîne une **erreur de fond**, par exemple sur la nature de la cérémonie ou l'identité de l'autre partie au mariage comme lorsque A est incitée à épouser B croyant épouser C.

[Quicklaw, *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Gloria Frances Robbins*, [1984] 1 C.F. 1104, Cour fédérale du Canada, COUR D'APPEL.]

Et je conviens que le critère à appliquer dans la présente affaire ne consiste pas à se demander s'il y a une **erreur qui a pour effet de rendre nul un contrat**. (Personne ne prétend en l'espèce que le transfert de propriété devrait se faire ou ne pas se faire au moyen d'un contrat. Il devait plutôt se faire ou ne pas se faire par l'inscription du nom du bénéficiaire sur le chèque et par simple remise de celui-ci.)

[CanLII, *R.c. Milne*, [1992] 1 RCS 697.]

Cette dernière tournure est périphrastique, mais elle exprime bien le sens de *l'operative mistake*. L'adjectif *operative* veut dire « qui produit un effet juridique ». *L'operative mistake* est une erreur qui a pour effet de rendre nul un contrat de mariage.

À la dernière réunion, le Comité a proposé « erreur opérante » et son contraire « erreur inopérante » qui existe en droit des contrats.

En droit privé, et notamment dans les branches relatives aux contrats et aux testaments, il est souvent question d'**erreurs** que l'on peut qualifier d'**opérantes** ou d'**inopérantes** selon qu'elles déploient ou non un effet dirimant, soit en empêchant la formation d'un contrat ou d'un testament, soit en frustrant, en rendant impossible, l'exécution d'un contrat ou d'un testament formellement valables. La matière est délicate car la jurisprudence est confuse et, partant, susceptible d'interprétations diverses sinon divergentes, ce qui fait que la tâche de dégager les principes soit difficile sinon hasardeuse. De plus, selon que l'on tire ses analogies depuis le domaine testamentaire ou depuis le domaine contractuel, les conclusions risquent d'être inégales, voire contradictoires. Indépendamment, néanmoins, du décalage contextuel qui existe, évidemment, entre un contrat ou un testament de droit privé d'une part, et une sentence arbitrale internationale d'autre part, il ne paraît pas, à première vue, impossible d'isoler des critères établis dans ces domaines et d'en faire usage pour soutenir que les erreurs que le Chili reproche à la sentence de 1994, même si elles existaient en réalité, ne seraient que des erreurs inopérantes. Le terme « erreur opérante » correspond à ce que la terminologie anglaise désigne par « operative mistake ». L'emploi du mot « opérance » - la substantivation de l'adjectif - se justifie en tant qu'il facilite le maniement syntactique de l'idée.

[Internet. [[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi\\_0066-3085\\_1996\\_num\\_42\\_1\\_3394?\\_Prescripts\\_Search\\_tabs1=standard&](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1996_num_42_1_3394?_Prescripts_Search_tabs1=standard&)]. Persée : Portail de revues en sciences humaines et sociales, Homayoun Barati, *Le refus de révision pour erreur de fait d'une sentence arbitrale : un précédent décevant (affaire de la Laguna del Desierto)*, Annuaire français de droit international, Volume 42, Numéro 42, 1996 à la page 448.]

Dans Usito, un nouveau dictionnaire du français en ligne, on peut lire que les mots comportant l'élément suffixal « ant, ante » du participe présent indique l'accomplissement d'une action, ou indique un état, une qualité.

Nous proposons les équivalents « **erreur opérante** » et « **erreur inopérante** » pour rendre respectivement les termes *operative mistake* et *inoperative mistake*.

Dans Juriterm, on trouve l'équivalent « **erreur fondamentale** » pour rendre *fundamental mistake* dans le domaine des contrats.

Les tribunaux font une distinction entre l'erreur quant à la nature ou au caractère du document qui rend le contrat nul *ab initio* et l'erreur quant à son contenu qui n'empêche pas la création de l'obligation. Du point de vue pratique, cette distinction est douteuse puisque les conséquences d'une erreur quant au contenu d'un document peuvent être aussi importantes que celles d'une erreur portant sur son caractère. La Chambre des lords a remplacé cette terminologie par le critère d'**erreur fondamentale** ou radicale. Cette terminologie clarifie davantage l'analyse et évite une distinction artificielle entre la nature du document et son contenu.

[John Manwaring, *Les contrats*, Common law en poche, vol. 12, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais, 1999 à la page 99.]

Voici une définition de l'adjectif « fondamental » :

**fondamental, ale, aux** adj. Qui sert de fondement. **1.** Qui a l'importance d'une base, un caractère essentiel et déterminant.

[Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «fondamental, ale, aux».]

L'adjectif français « fondamental » correspond à l'adjectif anglais *fundamental*.

Nous proposons de considérer « **erreur fondamentale** » pour rendre *fundamental mistake*.

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *fraudulent misrepresentation*

La *fraudulent misrepresentation* est un motif d'annulation de mariage si elle provoque une erreur sur un élément essentiel au mariage comme sur la nature de la cérémonie ou sur l'identité d'une des parties.

**Fraudulent misrepresentations** that induce a person to marry will not undermine consent except where the **misrepresentations** lead to an operative mistake. As a Saskatchewan judge has observed.

No degree of deception can avail to set aside a contract of marriage duly celebrated by consenting parties with the capacity to enter into the marriage.

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 34.]

The court referred to a number of English authorities and concluded that they “consistently lay down the rule that neither a **fraudulent** nor an innocent **misrepresentation** will of itself affect the validity of a marriage unless, of course, the misrepresentation induces an operative mistake, e.g. as to the nature of the ceremony, or deception as to the identity of one of the persons to the marriage, as when A is induced to marry B, believing that she is marrying C”.

[Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Materials*, Fifth Student Edition, Ontario, Carswell, 2000 à la page 159.]

## ÉQUIVALENT

### *fraudulent misrepresentation*

L'équivalent français « **assertion frauduleuse et inexacte** » a été normalisé en droit des contrats et en droit des délits pour rendre *fraudulent misrepresentation*. Nous n'avons pas trouvé d'occurrence de cet équivalent en contexte de mariage dans un texte français, mais nous considérons que son usage en droit familial ne pose aucun problème.

## ANALYSE NOTIONNELLE

*emigration marriage*

*extraneous purpose marriage*

*immigration marriage*

*limited purpose marriage*

Le professeur Hahlo établit une distinction entre le *limited purpose marriage* et le *extraneous purpose marriage*. Le *limited purpose marriage* concerne un mariage contracté de bonne foi par les parties et qui exclut certains aspects de la vie matrimoniale.

In what follow, four special cases of defective consent will be dealt with: **extraneous** and **limited purpose marriages**; duress; mistake; and fraud.

(a) *extraneous and limited purpose marriages*. The ends of marriage, we are told by the canonists, are community of life, the relief of concupiscence and the procreation of children.

Does it affect the validity of a marriage if the parties do not intend to establish a full marriage relationship but marry for a **limited purpose** or for a **purpose extraneous to marriage**?

Instances where a man and a woman marry for a **limited purpose** only, agreeing to exclude some of the normal consequences of marriage, are not unknown. A couple may marry for companionship only or on the understanding that there are to be no children. A man and his mistress may marry, because they wish to have the child of their union born legitimate, but may be agreed that they will not live together after the marriage, but obtain a divorce as soon as possible. While a pre-marital agreement to exclude any of the essential consequences of marriage is void as being against public policy, it is equally clear that in all these cases a valid marriage comes into existence. Thus, it was held in *Morgan v. Morgan*, that the fact that a couple had agreed to marry purely on a companionship basis (tamquam sororem) did not nullify the marriage. It is true that the parties were of advanced age, but as regards this particular issue it would have made no difference if they had been younger.

[H.R. Hahlo, *Nullity of Marriage* in *Studies in Canadian Family Law*, chap. 10 aux pages 668-670.]

L'exemple typique de l'*extraneous purpose marriage* est l'*immigration marriage* soit le mariage d'un immigrant qui épouse une personne du pays dans lequel il souhaite immigrer.

The typical, though by no means the only instance of an "**extraneous purpose**" (or "simulated" ) marriage, is the "**immigration marriage**", entered into by the parties for the sole purpose of enabling one of them to enter or remain in a country of which he or she is not a citizen. ...

In *Johnson v. Smith*, a sailor who had jumped ship in Canada married a girl for the sole purpose of obtaining permission to stay in Canada, but whereas in the afore-mentioned cases, both parties were in agreement that the sole purpose of their marriage was to allow the alien to enter or remain in the country. In *Johnson v. Smith* the girl was unaware of the intentions of her sailor-friend and thought that she was entering into a true marriage relationship. ... Stewart J. annulled the marriage, basing his decision partly on fraud, partly on the absence of consent to marry. It is suggested, with respect, that even if it were the law that an **immigration marriage** of the kind under consideration in *U.S. v. Rubenstein* was liable to annulment, the respondent's intention in *Johnson v. Smith* was irrelevant, being no more than a unilateral, mental reservation. In *Kokkalis v. Kokkalis*, on almost identical facts, the issue of the **immigration marriage** was not even argued, the action being based on fraud pure and simple.

[H.R. Hahlo, *Nullity of Marriage* in Studies in Canadian Family Law, chap. 10 aux pages 670-671.]

D'autres considérations peuvent être à l'origine d'un *extraneous purpose marriage*. Un mariage peut avoir lieu afin de permettre à quelqu'un de l'entourage de retirer une pension de veuf ou de veuve.

The "**immigration marriage**" is by no means the only kind of "**extraneous purpose**" marriage. An aged bachelor, who is covered by a pension scheme, may marry a young cousin shortly before his death in order to enable her to draw a widow's pension. Or, having appointed her as his heiress in his will, he may marry her in order to enable her to benefit from the lower succession duties applicable to widows. Again, there is the "**emigration marriage**", contracted by one of the parties in order to enable him or her to leave the country. ... To say that in all these cases a marriage relationship is created, does not mean that the person in question must necessarily be allowed to reap the expected advantages. Thus in the case of the **immigration marriage** the alien may be deported notwithstanding the marriage, or financial benefits, such as a pension, may be withheld. Moreover, there is no clear line of demarcation between the "**limited**" and the "**extraneous purpose**" marriage. From matrimony in its fullest sense through the compassionate marriage to the **immigration marriage**, there is a continuous, descending gradation.

The only clear and logical solution is to treat all these unions as valid marriages.

[H.R. Hahlo, *Nullity of Marriage* in Studies in Canadian Family Law, chap. 10 aux pages 668-672.]

Dans ce dernier extrait, on voit *emigration marriage*. Nous avons fait une recherche dans Internet, CanLII et Quicklaw et nous n'en avons pas relevé d'autres. Pour cette raison, nous ne retiendrons pas ce terme.

La distinction entre le *limited* et l'*extraneous purpose marriage* est un peu artificielle, car d'autres auteurs placent l'*immigration marriage* dans la catégorie du *limited purpose marriage*.

The same principle has been applied to cases where a "sham" marriage has been contracted in order to acquire a nationality or immigration. If the intention is to contract a marriage even although it is only for a **limited purpose** it will be unimpeachable in the absence of fear or duress. [[http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA306\\_Family\\_Law/other\\_materials/cretney.html](http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA306_Family_Law/other_materials/cretney.html)usp.ac.fj/courses/LA306\_Family\_Law/other\_materials/cretney.html+&cd=3&hl=fr&ct=clnk&gl=ca]. USP The University of the South Pacific, S.M. Cretney, Principles of Family Law, London, Sweet and Maxwell, 1976 (20140113).]

Where parties enter into a marriage for a **limited purpose**, such as to gain entry into a country or be enabled to leave it, the marriage will be valid for its has been said :

"The voluntary consent of both parties is necessary for a valid marriage and the marriage is void if such consent is lacking, as, for example, where it is procured by threats or duress; but mental reservations on the part of one or both of the parties to a marriage do not affect its validity."

Even if one of the parties is unaware that the other has entered into the marriage for a **limited purpose** and would not have entered the marriage if he or she had known this, the marriage is valid, for fraud will only invalidate a marriage if it induces an operable mistake, *viz.*, a mistake as to the nature of the ceremony or the identity of one of the parties – or if it amounts to duress.

[Christine Davies, *Family Law in Canada*, Fourth Edition of Power on Divorce and other Matrimonial Causes, Carswell Legal Publications, 1984 à la page 70.]



In the case of *S. v. S.* (1988), 65 O.R. (2d) 720, per Mendes da Costa U.F.C.J., the mother of a 16-year-old female consented, on her behalf, to the arranged marriage which purported to be a "**limited purpose marriage** to facilitate residence in Canada".  
[Quicklaw, *Saeed v. Nabi*, [1999] O.J. No. 1396, Ontario Superior Court of Justice, Family Court - London, Ontario.]

Lastly, the validity of a marriage can be questioned where the parties enter into the union for reasons other than living together in a family environment. The most common reason for this type of marriage is an "**immigration marriage**" or "**limited purpose marriage**", which is discussed in the case law in Section 8.

[Internet. [<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/mar/pdf/mar.pdf>]. Department of Justice Canada, Nadine Dostrovsky et al., *Research Report, Annotated Bibliography on Comparative and International Law Relating to Forced Marriage*, August 2007 (20140113).]

Aussi, on peut dire d'un mariage qu'il est à la fois un *limited purpose marriage* et un *extraneous purpose marriage*.

Yet more confusion results, however, when **extraneous purpose marriages** are considered, for the courts have been remarkably inconsistent in their attitude toward such marriages. The **extraneous purpose** for which these marriages are entered into is normally, though not always, the evasion of statutes designed to regulate immigration. A further point which quickly becomes apparent is that any attempt to distinguish clearly between the two is, in a legal sense, both difficult and artificial. For example, Brodie's case could well fall into either category [**limited and extraneous purpose marriage**]. In one sense, the marriage in *Brodie v. Brodie* was a **limited purpose marriage** as it involved a non-cohabitation agreement. In another sense, it was an **extraneous purpose marriage** as the wife was pregnant at the time of the marriage and the ceremony was a device which both legitimated the child and made their activities appear more respectable in retrospect.

[Frank Bates, *Limited and Extraneous Purpose Marriages – A Problem of Definition and Policy in the Law of Nullity*, The Anglo-American Law Review, Vol. 4, 1975 à la page 72.]

*Brady v. Murray* is an interesting case because, first, it was not concerned with an attempt to circumvent immigration legislation and, second, because it further illustrates the artificiality of the distinction between **limited and extraneous purpose marriages** and the legal consequences of that distinction. In that case, the parties were Roman Catholics and had gone through a civil marriage in an attempt to induce their church to marry them, as they considered, properly. Lord Moncrieff granted a decree of nullity since he accepted the parties' evidence that they did not regard a civil ceremony of marriage as, to use the Judge's own phrase, a matrimonial fact. Lord Moncrieff went on to say, "I... hold it proved that the consent to marry which they interchanged, although this was not made known to the witnesses, was exchanged subject to a reservation on both sides which had been communicated by one party to the other; and that in terms of this reservation they by joint arrangement withheld actual consent to marry, and only interchanged for a purpose remote from marriage a formal and ostensible consent". It is significant that Lord Moncrieff granted the decree sought by reference to the terminology of both the **limited and extraneous marriage** for *Brady v. Murray*, like *Orlandi v. Castelli*, provides an instance of both kinds of situation. Both cases were **limited purpose marriage relationship and extraneous purpose marriages** in the sense that the ceremony was undergone for a purpose only remotely connected with the marriage.

[Frank Bates, *Limited and Extraneous Purpose Marriages – A Problem of Definition and Policy in the Law of Nullity*, The Anglo-American Law Review, Vol. 4, 1975 à la page 73.]

Nous retiendrons que le *limited purpose marriage* a pour but de restreindre l'étendue du consortium et que l'*extraneous purpose marriage* a un but autre que l'union matrimoniale.

## ÉQUIVALENTS

*extraneous purpose marriage*  
*immigration marriage*  
*limited purpose marriage*

On trouve dans CanLII, les traductions suivantes pour *immigration marriage* :

« **mariage d'immigration** » : *Rodriguez Martinez c. Canada* (Sécurité publique et Protection civile), 2006 CanLII 63923 (CISR)

« **mariage visant des fins d'immigration** » : *Djordjevic c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 65660 (CISR); *Woo c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 95245 (CISR); *Wang c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 45856 (CISR)

« **mariage visant l'immigration** » : *Dhaliwal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 91756 (CISR)

« **mariage à des fins d'immigration** » : *Pannu c. Canada* (Sécurité publique et Protection civile), 2010 CanLII 90956 (CISR)

« **mariage en vue de l'immigration** » : *Boparai c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 305 (CanLII)

« **mariage organisé à des fins d'immigration** » : *Singh c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2004 CanLII 69433 (CISR)

« **mariage contracté à des fins d'immigration** » : *Abedi c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 77125 (CISR); *Rondeau c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 40381 (CISR); *Simpson-Lee c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 63870 (CISR)

« **mariage conclu à des fins d'immigration** » : *Lin c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 71570 (CISR)

« **mariage visant à faciliter son immigration** » : *Dhillon c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 76014 (CISR).

Les 5 premières tournures sont les plus économiques. De celles-ci, nous écarterons le « mariage d'immigration » qui est une traduction littérale de *immigration marriage* et « mariage en vue de l'immigration » qui ne nous apparaît pas idiomatique et « mariage

visant l'immigration » qui est une tournure ouverte à laquelle on pourrait ajouter le nom de la personne qui tente d'immigrer par le biais du mariage.

Il reste « mariage à des fins d'immigration » et « mariage visant des fins d'immigration ». Avec le moteur de recherche Google France, nous avons trouvé la tournure « mariage à des fins d'immigration clandestine » et aucune de « mariage visant des fins d'immigration ». Dans Internet, nous avons repéré 2 680 occurrences de « mariage à des fins d'immigration » et 2 occurrences de « mariage visant des fins d'immigration » dans la jurisprudence traduite. Dans Quicklaw, nous avons constaté 81 occurrences de « mariage à des fins d'immigration » et 6 occurrences de « mariage visant des fins d'immigration ».

Voici un extrait tiré d'un texte traduit :

...à l'automne 2009 et à l'hiver 2010, nous avons lancé à l'échelle du Canada de vastes consultations publiques sur la façon de mieux réglementer les **mariages à des fins d'immigration** afin de lutter plus efficacement contre les mariages frauduleux.  
[Internet. <http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/discours/2012/2012-10-26.asp>.  
Gouvernement du Canada, Immigration et Citoyenneté, *Notes en vue d'une allocution de l'honorable Jason Kenney, C.P., député, ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme à l'occasion d'une conférence de presse organisée pour annoncer des modifications au parrainage conjugal*, Mississauga (Ontario), Le 26 octobre 2012 (20140114).]

Des 81 décisions repérées dans Quicklaw, 8 d'entre elles ont été rendues en français à la section d'appel de l'immigration à Montréal, dont voici un extrait tiré d'une de ces décisions.

Tout cela démontre, de façon claire, nette et précise à l'esprit du tribunal, qu'il s'agit là d'une histoire cousue de fil blanc, de façon à permettre à la requérante de venir s'établir en permanence au Canada. Le tribunal est convaincu, sans l'ombre d'un doute, qu'il s'agit là d'un **mariage à des fins d'immigration**.  
[Quicklaw, *Boisrond c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] D.S.A.I. no 1075, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada - Section d'appel de l'immigration, Montréal (Québec).]

Le Comité a préféré écarter cette formulation du fait que cette tournure est contextuelle et qu'il existe dans la langue juridique la locution prépositive « à fin de » qui relève du style administratif. Cette tournure substantif + à fin de + substantif est bien ancrée dans l'usage et indique le but et la finalité comme dans les exemples suivants : « convention à fin de bail », « contrat à fin de vente » et « accord à fin de convention ».

Même si nous n'avons trouvé aucune occurrence de « **mariage à fin d'immigration** » dans Internet et dans Quicklaw, nous proposons de retenir cette tournure juridique pour rendre *immigration marriage*.

Nous avons trouvé une occurrence de « mariage à une fin précise » et de « mariage à des fins précises » dans un texte traduit de Justice Canada pour rendre *limited purpose marriage*. Dans l'archivage central au Bureau de la traduction, on a relevé une occurrence de chacune des tournures suivantes « mariage dans un but limité », « mariage

dans une optique limitée » et « mariage dans une optique extérieure » pour *extraneous purpose marriage*.

Enfin, la validité d'un mariage peut être contestée lorsque les parties se marient pour des motifs autres que le désir de vivre ensemble dans un milieu familial. Le motif le plus fréquent de ce type de mariage est le mariage à des fins d'immigration ou le **mariage à des fins précises** [...] [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/mar/chap3.html#a3>]. *Bibliographie annotée de droit comparé et de droit international concernant le mariage forcé* (20131205).]

Les syntagmes « mariage à des fins précises » et « mariage dans un but limité » sont deux tournures qui énoncent que le but du mariage est de restreindre la portée de la relation puisqu'il peut viser une relation platonique, l'obtention d'un permis de séjour ou une autorisation de résidence ou bien la légitimation d'un enfant. Nous écartons la possibilité d'employer la locution « à fin de » puisqu'après cette dernière on n'accorde pas d'adjectif.

Par ailleurs, nous avons pensé à l'équivalent « **mariage à portée limitée** » qui est plus littéral et qui nous semblait plus transparent. Mais, nous allons écarter cette option du fait qu'on ne cherche pas à dire que le mariage en soi a un effet limité.

Le comité a suggéré « mariage à but limité » par mimétisme avec « à but lucratif ». Cette tournure énonce clairement comme en anglais que le but du mariage en question est restreint.

Nous proposons le syntagme « mariage à but limité » pour traduire *limited purpose marriage*. Nous n'avons pas trouvé d'occurrences de ce tour dans les textes français.

On a relevé les occurrences suivantes dans Internet qui pourraient bien rendre le syntagme *extraneous purpose marriage* soit : « mariage dans un but autre que matrimonial », « cérémonie du mariage dans un but autre que le mariage », « mariage dans un but autre que la constitution d'une famille », « mariage dans un but autre que de fonder une famille » et « mariage dans un but autre que de créer une unité familiale ».

La demande de nullité du mariage fondée sur l'article 146 du Code civil doit être rejetée dès lors que le Ministère public ne rapporte pas la preuve à l'appui de sa demande de la volonté de l'un des époux de contracter **mariage dans un but autre que matrimonial**. [Internet. [[http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/droit-famille/02-2007/029\\_PS\\_FAM\\_FAM0702CM00029.htm](http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/droit-famille/02-2007/029_PS_FAM_FAM0702CM00029.htm)]. LexisNexis, *Un rappel opportun : la charge de la preuve du mariage simulé pèse sur le Ministère public...*, Droit de la famille, Février 2007, n° 2 (20140115).]

Il nous paraît tout à fait artificiel d'assimiler un mariage simulé, à un mariage contracté sans consentement. À la différence du malade mental qui contracte un mariage nul pour défaut de consentement, les conjoints qui se prêtent à la **cérémonie du mariage dans un but autre que le mariage** sont parfaitement consentants. Leur consentement est parfaitement éclairé. [Internet. [google book]. Xavier Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 1996 à la page 46.]

De toutes ces solutions de traduction, nous préférons « mariage dans un but autre que matrimonial », car l'adjectif « matrimonial » veut dire qui a trait à la vie conjugale. Et

c'est sur ce point que nous voulons insister et non sur le fait de contracter mariage pour fonder une famille.

**Matrimonial, ale, aux**

Qui a trait au mariage.

[...]

**2** Plus spéc. Qui a trait aux relations patrimoniales des époux.

[Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004, s.v. «matrimonial, ale, aux».]

**MATRIMONIAL, IALE, IAUX**

Qui a rapport au mariage, à la vie conjugale.

[*Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, Paris, Le Robert, s.v. «matrimonial, iale, iaux».]

Par contre, nous trouvons que le syntagme tient plus de la périphrase. Ainsi, nous préférons les tournures « mariage dans un but non matrimonial » ou bien « mariage à des fins non matrimoniales ». Le Comité a préféré écarter ces propositions du fait que ces tournures évoquent plutôt l'idée que le mariage est finalement un non-mariage.

Par ailleurs, nous avons constaté que *extraneous* étaient souvent en apposition à *endogenous* dans Internet. Alors, nous nous sommes penchés sur les solutions potentielles bâties avec les adjectifs « exogène », « externe » et « extrinsèque » en français.

Voici des définitions pour ces adjectifs :

**exogène Didact.** Qui provient de l'extérieur, qui se produit à l'extérieur (de l'organisme, d'un système), ou qui est dû à des causes externes.

[Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «exogène».]

**externe 1.** Qui est situé en dehors, se présente au dehors, est tourné vers l'extérieur.

[Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «externe».]

**extrinsèque Didact.** Qui est extérieur à l'objet dont il s'agit, n'appartient pas à son essence.

[Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «extrinsèque».]

La définition de l'adjectif « extrinsèque » correspond bien au sens recherché pour *extraneous*.

Nous proposons de nous aligner vers la solution envisagée par le comité pour rendre *limited purpose marriage* et nous proposons de rendre *extraneous purpose marriage* en français par « **mariage à but extrinsèque** ».

## ANALYSE NOTIONNELLE

### marriage of convenience

Le *marriage of convenience* est celui qui est contracté par deux personnes sans l'intention de vivre ensemble et qui a notamment pour but d'obtenir un permis de séjour ou une autorisation de résidence. Ce type de mariage peut être aussi contracté par deux étudiants dont le seul but est de bénéficier de subventions.

In many cases, sponsors and foreign applicants set up a “**marriage of convenience**.” This is a marriage or common-law relationship whose sole purpose is to let the sponsored spouse or partner immigrate to Canada.

[Internet. [<http://www.cic.gc.ca/english/information/protection/fraud/marriage.asp>]. Immigration and Citizenship, *Marriage Fraud* (20131104).]

The term “marriage of convenience” has also come into popular use at the University of Adelaide and other Australian Universities as a sort of catch-cry against the Australian Government’s Youth Allowance laws. On 31 March 2010 two students were publicly and legally married on the University’s lawn in a so-called “**marriage of convenience**” so that they could both receive full Youth Allowance.

[Internet. [[http://en.wikipedia.org/wiki/Marriage\\_of\\_convenience](http://en.wikipedia.org/wiki/Marriage_of_convenience)]. Wikipedia, The Free Encyclopedia, *Marriage of convenience* (20140317).]

Lorsque les deux parties ont contracté volontairement un mariage dans le but de détourner les règles d’immigration relatives à l’entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers, les juges n’accordent pas d’annulation de mariage, car il n’y a pas eu absence de consentement.

... Canada, or where the marriage does not comply with the formal requirements of the place of celebration. Where both parties voluntarily enter into an “immigration” **marriage of convenience**, the marriage is valid and cannot be annulled by reason of non-consummation but a divorce may be available under paragraph 8(2)(a) of the Divorce Act, which empowers a court to grant a divorce on the basis of a breakdown of the marriage when the spouses have lived separate and apart for at least one year. A finding of collusion, however, would bar the granting of a divorce.

[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008 à la page 37.]

Although there have been a few lower court decisions to the contrary. Canadian courts have generally held that a marriage is valid even if one party enters into it only for immigration purposes. The same result follows if both parties are aware that this is the sole purpose of the marriage.

[Berend Hovius et Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials*, 7<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2009 à la page 123.]

## ÉQUIVALENT

### *marriage of convenience*

On trouve les équivalents « **mariage de convenance** » et « **mariage de complaisance** » pour rendre *marriage of convenience*.

L’agent a conclu que l’explication donnée pour le refus de M<sup>me</sup> Kashkan de vivre avec M. Bahdanau au Canada était déraisonnable et, selon lui, leur mariage était donc un **mariage de convenance** conclu dans le seul but de l’obtention du statut de résident permanent.

[CanLII, *Bahdanava c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CF 1365 (CanLII).]

Les mariages simulés constituent un problème ancien et universel, dont la fréquence et la difficulté sont loin d'avoir diminué à notre époque. L'exposé n'en est pas a priori aisé, car les situations sont très variables, du mariage pour rire au mariage légitimant en passant par les **mariages de complaisance**, et peuvent souvent être traitées sous d'autres chefs de nullité que l'absence de consentement, en particulier l'erreur et la violence.

[Alain-François Bisson, *Aspects généraux du droit canadien des nullités du mariage : Droit existant et perspectives de réforme*, (CRD), Ottawa, 1976 aux pages 51-52.]

Dans CanLII on trouve 940 occurrences de « **mariage de convenance** » et 72 occurrences de « **mariage de complaisance** » pour traduire *marriage of convenience*.

Dans le dossier 320 groupe *adoption* (1<sup>ère</sup> partie) en droit de la famille, on a étudié les termes *adoption of convenience* et *accommodation adoption* pour lesquels l'auteur a préféré « adoption de complaisance » à « adoption de convenance ». Voici un extrait pertinent tiré du dossier en question :

Il me semble cependant préférable de retenir l'expression « adoption de complaisance » pour les deux termes anglais à la lecture des sens donnés au mot « mariage de convenance » dans le Grand Robert :

Loc. (1798). *Mariage de convenance*, pour lequel on tient compte des rapports de fortune, de milieu social (par oppos. à *mariage d'amour* ou *d'inclination*).

L'expression de nos jours, est plutôt comprise au sens 3 « conforme aux convenances » ; dans l'usage du XIX<sup>e</sup> siècle, elle correspondait plutôt au sens ci-dessus, « convenances sociales personnelles ». (Le Robert, Dictionnaire de la langue française, vol. 2, p. 899)

Le sens du mot « complaisance » me semble mieux rendre le sens des deux expressions anglaises si l'on se fonde sur divers exemples donnés pour l'emploi de ce mot dans le Grand Robert :

*Billet, effet, chèque de complaisance* ; Billet, effet fictif que l'on signe pour obliger qqn, se prêter à un arrangement (couvrir une dette par exemple). *Signature de complaisance*. *Certificat de complaisance*, délivré dans des conditions illégales, à une personne qui n'y a pas droit. (Le Robert, Dictionnaire de la langue française, vol. 2, p. 757)

Le terme « pavillon de complaisance » évoque aussi ce sens :

Nationalité fictive (Libéria, Panama, Chypre, etc.) accordée aux navires de commerce, à des conditions avantageuses. (Le Robert, Dictionnaire de la langue française, vol. 7, p. 193)

[CTTJ Dossier 320 groupe *adoption* (1<sup>ère</sup> partie).]

À la lumière des explications qui précèdent, nous recommandons « **mariage de complaisance** » pour rendre *marriage of convenience*.

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *sham marriage*

Le *sham marriage* est défini dans le *Black's Law Dictionary* comme étant un mariage dont le seul but est d'acquérir la citoyenneté américaine. En ce sens, il correspond au mariage de complaisance.

**sham marriage.** A marriage in which a U.S. citizen marries a foreign citizen for the sole purpose of allowing the foreign citizen to become a permanent U.S. resident. • Sham marriages are illegal if made with an intent to circumvent immigration law. – Also termed *green-card marriage*. [Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «marriage».]

Au Canada, cette notion couvre à la fois des mariages à des fins d'immigration et des mariages contractés pour différentes raisons telle que se marier pour obtenir un emploi ou des avantages. C'est ici que le *sham marriage* se différencie du *marriage of convenience* que nous avons vu dans l'analyse précédente.

Le *sham marriage* est ainsi considéré par une des parties au mariage ou les deux comme un événement fictif et simulé. Généralement, les motifs autres que matrimoniaux pour contracter mariage ne sont pas considérés par les tribunaux pour invalider un mariage. Le mariage demeure valide. Cette position a été adoptée pour renforcer l'importance du mariage comme le souligne Donald Poirier dans son ouvrage *La Famille*. En revanche Jean Pineau et Marie Pratte se demandent si le maintien du lien conjugal en pareille hypothèse n'est pas une façon de sanctionner la fraude à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et en l'occurrence, reconnaître la validité d'un tel « mariage » ne contribue qu'à dévaloriser cette institution qu'est censée être l'union matrimoniale.

From the legal standpoint, the intention of the parties to contract marriage is all-important; their motive for doing so is irrelevant. In the words of a Manitoba judge.

In English law, while the purely **sham marriage** is of no effect, e.g., a masquerade, theatre performance, party entertainment, things of that kind, generally the mental reservations or motive of the parties, or one of them, will not serve to destroy the validity of the ceremony. ... where a marriage performed through the dare of a third party was held to be valid, Dunn J. observing that marriage is "a status wherein public policy rises superior to mere sympathy"; or to win a bet ... to obtain employment open only to married persons... to comply with the terms of a settlement conferring gifts subject to the beneficiary's marriage... to avoid a court martial ... In all those cases the protests of the petitioner that the marriage was no more than a sham, an event which one or both of the parties regarded as fictitious or simulated, went unheard, English law considering it irrelevant to consider the motives which prompt a party to enter into the union .... The relevance of motive has most frequently arisen when marriages have been contracted solely for the purpose of immigration. In a leading case in the United States, the judge stated:

Mutual consent is necessary to every contract; and no matter what forms or ceremonies the party may go through indicating the contrary, they do not contract if they do not in fact assent, which must always be proved... Marriage is no exception to this rule: a marriage in jest is not a marriage at all .... It is quite true that a marriage without subsequent consummation will be valid; but if the spouse s agree to a marriage only for the sake of representing it as such to the outside world and with the understanding that they will put an end to it as soon as it has served its purpose to deceive, they have never really agreed to be married at all. They must assent to enter into the relation as it is ordinarily understood, and it is not ordinarily understood as merely a pretence, or cover, to deceive others.



The preponderance of authority in England and Canada, however, has rejected this opinion and conclude that a marriage is not invalidated by reason only that it was entered into solely as a device to evade immigration regulations. It may be otherwise where the marriage was induced by coercion, or the petitioner was deluded by the respondent into believing that he meant to take her as his wife, whereas he went through the marriage ceremony solely as a means of establishing permanent residence in Canada, or where the marriage does not comply with the formal requirements of the place of celebration. Where both parties voluntarily enter into an "immigration" marriage of convenience, the marriage is valid and cannot be annulled by reason of non-consummation but a divorce may be available under paragraph 8(2)(a) of the *Divorce Act*, which empowers a court to grant a divorce on the basis of a breakdown of the marriage when the spouses have lived separate and apart for at least one year. A finding of collusion, however, would bar the granting of a divorce. [Nous soulignons.]  
[Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law Inc., 2008, aux pages 35-37.]

Parfois, on y a vu une absence de consentement véritable au mariage, auquel cas le mariage a été annulé.

In the Scots case of *Orlandi v. Castelli*, a woman of British nationality who was resident in Glasgow brought her Italian fiance to Scotland to stay. After three months, his residence permit expired but he desired to remain longer. On way of his doing so was for the parties to marry and, hence, they went through a form of marriage at a registry office though both were Roman Catholics and did not regard the civil ceremony as a genuine marriage. They neither cohabited nor had sexual relations after the ceremony. The wife then brought an undefended action for declaration of nullity, however, the Lord Advocate entered an appearance in the public interest and entered certain defences. It was conceded by the wife's counsel that all the formalities necessary for a registry office marriage had been fulfilled but claimed that there had been no true consent. Lord Cameron accepted this contention, holding that compliance with statutory formalities was not conclusive proof of a marriage validity. "[W]here it can be shown", "that there has been no true matrimonial consent, and that the ceremony was only designed as a **sham** or as an antecedent to true marriage, it is competent to found upon that absence of the consent for the purpose of setting aside a marriage regularly celebrated".

[Frank Bates, *Limited and Extraneous Purpose Marriages – A Problem of Definition and Policy in the Law of Nullity*, *The Anglo-American Law Review*, Vol. 4, 1975 aux pages 72-73.]

Dans le *Halsbury's Laws of England*, le *sham marriage* est comparé à un *mock marriage*.

A marriage celebrated before 1<sup>st</sup> August 1971 is void (1) where the marriage is bigamous; (2) where there is a mistake as to the identity of the person with whom the contract of marriage is made or as to the nature, but not the effect of, the ceremony; (3) where the parties to the marriage are within the prohibited degrees of consanguinity and affinity; (4) where the due forms and ceremonies are not observed in the marriage; (5) where either party is not of age; (6) where the **marriage** is a **sham** [a **mock marriage** in a masquerade.]; (7) where the parties are not respectively male and female.

[Kay Boyes Editor. *Halsburys' Laws of England*. 4<sup>e</sup> éd., vol. 13, London, Butterworths, 1973 à la page 264.]

Au Canada, dans la *Loi sur l'égalité civile* du Manitoba, on parle du *sham marriage*, mais sans le définir.

### **Sham marriage**

4(2) An action for deceit may be brought where as a result of the deceit the plaintiff was led to believe there was a valid marriage to the defendant but the marriage was bigamous or a **sham**. [CanLII, *The Equality of Status Act*, CCSM c E130.]

Cependant, lorsque l'un des conjoints trompe l'autre en lui cachant ses véritables intentions, c'est alors sur la base du vice de consentement que les tribunaux annulent le mariage.

The unsatisfactory state of the case law relating to **sham marriages** is particularly well illustrated by two Canadian cases, both of which concerned marriage procured by fraud. In *Kokkolas v. Kokkolas* the plaintiff and defendant had gone through a marriage ceremony, on the completion of which the defendant was assured by the registrar that he could remain in Canada. He then said, "Now I don't need you anymore" to the plaintiff and disappeared. Sirois, J., of the Saskatchewan Court of Queen's Bench, held that the plaintiff's petition for a decree of nullity would fail. The Judge stated that he considered that the plaintiff had freely consented to the marriage although, "... obviously she would not have done so had it not been for the deceit of the defendant". It is difficult to conceive, in objective terms, of a consent freely given and yet, at the same time, given as the result of deceit. In *Johnson v. Smith*, the defendant had similarly used his marriage to the plaintiff as a means of entering Canada, though, on this occasion, Stewart, J., of the High Court of Ontario, annulled the marriage. Specifically following the remarks of Judge Learned Hand in *Rubenstein*, Stewart, J., said, "It is quite obvious that the plaintiff was tricked into marriage by the fraudulent intention of the defendant. It is equally obvious that the defendant at the time had an intention truly to marry the plaintiff. It is also, it seems clear, equally obvious that the plaintiff would not have entered into the marriage had she been aware of the fraud that was being perpetrated on her". Stewart, J., further ordered that the defendant be deported.

[Frank Bates, *Limited and Extraneous Purpose Marriages – A Problem of Definition and Policy in the Law of Nullity*, *The Anglo-American Law Review*, Vol. 4, 1975 à la page 76.]

## ÉQUIVALENT

### *sham marriage*

On trouve dans CanLII toutes sortes d'équivalents français pour rendre le terme *sham marriage*.

« **mariage de convenance** » : *Addo c. Canada* (Sécurité publique et Protection civile), 2011 CanLII 77008 (CISR); *Dhaliwal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 89823 (CISR); *Xu c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2004 CanLII 71209 (CISR); *Syed c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 92760 (CISR)

« **mariage factice** » : *Purewal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 64642 (CISR)

« **faux mariage** » : *Dhaliwal c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 89823 (CISR); *Florez c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 1230 (CanLII); *X (Re)*, 2002 CanLII 52726 (CISR); *Singh Jhajj c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 89819 (CISR)

« **mariage de complaisance** » : *Guthrie c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2008 CanLII 71421 (CISR); *Ou c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 71639 (CISR); *Mann c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2009 CanLII 51127 (CISR)

« **mariage fictif** » : *Sidhu c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2006 CanLII 52357 (CISR); *Opoku c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 69711 (CISR)

« **mariage blanc** » : *Majeed c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2004 CanLII 69594 (CISR)

« **simulacre de mariage** » : *Zheng c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2011 CanLII 61640 (CISR)

« **mariage frauduleux** » : *Acheampong c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 90002 (CISR); *Tayeth c. Canada* (Sécurité publique et Protection civile), 2011 CanLII 87812 (CISR)

« **mariage simulé** » : *Galutira c. Canada* (Sécurité publique et Protection civile), 2009 CanLII 83104 (CISR); *Xue c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2012 CanLII 61477 (CISR)

« **mariage bidon** » : *Canada (Sécurité publique et de la Protection civile) c. Ghani*, 2007 CanLII 57770 (CISR)

« **façade** » : *R. c. Hawkins*, [1996] 3 RCS 1043

« **mariage arrangé** » : *Almrei c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1645 (CanLII).

« **pseudo-mariage** » : *Ravanera c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2010 CanLII 68733 (CISR)

Les équivalents qui semblent convenir dans la liste ci-dessus sont « mariage simulé » et « mariage fictif ».

Lorsque j'évalue la gravité des fausses déclarations, je conclus que celles-ci sont très sérieuses. L'appelant a contracté un **mariage simulé** afin d'être admis au Canada à titre de résident permanent. Par la suite, il a tenté de parrainer sa véritable épouse en qualité de conjointe de fait, ainsi que ses deux enfants, l'un né avant son mariage avec sa répondante, et l'un né par la suite. [CanLII, *Galutira c. Canada* (Sécurité publique et Protection civile), 2009 CanLII 83104 (CISR).]

L'analyse s'attarde longuement sur l'in vraisemblance selon laquelle la demandeure accepterait de se réconcilier avec l'appelant après qu'il lui eut enlevé son fils pour des motifs économiques, quitté le Canada sans la prévenir tout en semblant profiter d'un **mariage fictif**, ou mariage de convenance, avec Rhode Boachie, autant de facteurs ayant conduit l'agent à en conclure que son parrainage est la dernière partie d'un plan de facilitation. [CanLII, *Opoku c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 CanLII 69711 (CISR).]

Mais il y a aussi le cas du **mariage fictif** : il s'agit d'un mariage régulier quant à la forme, mais qui n'est qu'un simulacre afin d'obtenir quelque avantage bien déterminé; le consentement au mariage et sa célébration ne sont qu'un moyen destiné à parvenir à toute autre fin que le mariage lui-même : il s'agit par exemple, de permettre au conjoint d'obtenir une autre nationalité, d'entrer dans un pays étranger ou de bénéficier plus facilement de prêts et bourses. [...] On peut prétendre que ces mariages ne sont pas valides; le consentement étant fictif, il ne peut être valable. N'étant pas sérieux, il ne peut en effet être réel.

[Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2006 à la page 56.]

On trouve dans les textes juridiques en français beaucoup d'occurrences pour « mariage simulé ».

#### **Le mariage simulé**

La volonté consciente doit être sérieuse. Le **mariage simulé (ou fictif)** est régulier dans sa forme, mais vise l'obtention d'avantages déterminés, par exemple, la citoyenneté ou des bourses d'études. Ce mariage devrait être annulé pour défaut de consentement. Il existe toutefois de sérieuses présomptions que le consentement donné reflète l'intention. Le Code ne prévoit pas la simulation comme cause de nullité de mariage.

L'annulation fut prononcée lorsque les faits prouvaient, de façon convaincante, la **simulation**. La jurisprudence sur cette question reste cependant fluctuante; les tribunaux hésitent entre la nullité et le divorce.[P.-M. Bromley, « **Sham marriage** », (1969) 15 *McGill L.J.* 319 (l'auteur soutient que l'annulation d'un **mariage simulé** n'est pas la solution idéale en droit).

[Monique Ouellette, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991 à la page 17.]

Le mariage est simulé lorsque les personnes font les formalités du mariage, mais sans avoir l'intention réelle de se marier, c'est-à-dire d'assumer les obligations relatives qui en découlent; l'une d'elles poursuivant un autre but. À titre d'exemple, elles peuvent utiliser le mariage pour entrer dans un autre pays. Si le but recherché est commun aux deux parties, il ne peut y avoir absence de consentement. Par contre, lorsqu'il y a absence de rencontre de volonté, soit que l'une des parties s'est mariée uniquement pour obtenir un avantage tel le statut ou la nationalité, le consentement de l'autre est vicié. [Nous soulignons.]

[Michel Tétrault, *Droit de la famille*, volume 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010 à la page 62.]

Selon les définitions suivantes, le « mariage simulé » correspond bien à la notion anglaise de *sham marriage*.

**mariage simulé**, mariage contracté dans le seul but d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale (ex. changement de nationalité) et qui peut entraîner sa nullité.

[*Le Grand Larousse Universel*, vol. 10, Larousse, s.v. «mariage».]

**mariage simulé**. Mariage célébré sans intention matrimoniale réelle (et non suivi de consommation) à seule fin de faire bénéficier l'un des pseudo-conjoints de certains effets du mariage (en matière de nom, de nationalité).

[Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Quadriga/PUF, 2011, s.v. «mariage».]

Par contre, certains auteurs dont Alain-François Brisson ne sont pas convaincus de l'exactitude de l'expression « mariage simulé » compte tenu de la solennité de l'acte.

Les **mariages simulés** constituent un problème ancien et universel, dont la fréquence et la difficulté sont loin d'avoir diminué à notre époque. L'exposé n'en est pas a priori aisé, car les situations sont très variables, du mariage pour rire au mariage légitimant en passant par les

mariages de complaisance, et peuvent souvent être traitées sous d'autres chefs de nullité que l'absence de consentement, en particulier l'erreur et la violence. La common law ne présente pas un front unanime sur cette question et les arguments de la doctrine et de la jurisprudence ont parfois un ton inhabituellement passionné qui prouve que l'on touche ici à des problèmes de politique juridique. Exprimé en termes généraux, la situation à juger est la suivante : un homme et une femme contractent mariage dans les formes régulières, mais il existe entre eux une convention—ou l'un des époux fait une réserve mentale—selon laquelle sont écartées par avance les obligations essentielles du mariage et, en particulier l'obligation de vie commune. Ce que les époux, ou l'un d'entre eux, recherchent par le moyen du mariage (légitimation d'un enfant, facilités d'immigration ou de naturalisation, selon les hypothèses pratiques le plus souvent révélées par la jurisprudence) mais que l'on entend atteindre sans accepter les obligations du mariage. Il va de soi que la convention des époux ou la réserve mentale de l'un d'entre eux est sans effet, comme contraire à des obligations d'ordre public, impérativement fixées par la loi.[...] En quoi l'on voit que l'expression "mariage simulés", si elle est commode, est néanmoins inexacte. La simulation, au sens propre du terme, est impossible en matière de mariage, toute contre-lettre étant nulle.] Mais ceci étant dit, ne demeure-t-il pas possible de soutenir dans de tels cas, que le consentement au mariage n'est pas réel, n'est pas sérieux, qu'on peut donc le considérer comme absent et que le mariage doit être annulé en conséquence? La tendance de la common law canadienne, très nette depuis un récent jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, est de refuser de prononcer la nullité des mariages simulés, pour absence de consentement : "[...] *mental reservations ont the part of one or both of the parties to a marriage do not affect its validity*". [Nous soulignons.]  
 [Alain-François Bisson, *Aspects généraux du droit canadien des nullités de mariage : Droit existant et perspectives de réforme*, Ottawa, 1976 aux pages 51-52.]

La version française de la *Loi sur l'égalité civile* du Manitoba emploie l'équivalent « mariage constituant une imposture ». Équivalent que nous ne retiendrons pas puisque c'est une périphrase.

#### **Mariage constituant une imposture**

4(2) Une action pour dol peut être introduite lorsqu'à la suite du dol le demandeur a été amené à croire que son mariage avec le défendeur était valide alors qu'en fait le défendeur était bigame ou que le **mariage constituait une imposture**. [CanLII, *Loi sur l'égalité civile*, CPLM c E130.]

Par ailleurs, on a relevé dans l'ouvrage *La common law de A à Z* et dans la monographie *La famille* de Donald Poirier, l'équivalent « mariage de connivence ».

**mariage de connivence** (*sham marriage*) – (*Fam.*) Mariage célébré à des fins détournées. **Obs.** Cette sorte de mariage est généralement considérée comme valide et les tribunaux refusent habituellement d'en prononcer la nullité.  
 [Jacques Vanderlinden, Gérard Snow et Donald Poirier, *La common law de A à Z*, Éditions Yvon Blais, 2010, s.v. «mariage de connivence».]

#### **Mariage de connivence**

Le **mariage de connivence** est celui célébré entre les parties à des fins détournées. Il peut s'agir d'une mascarade pour se moquer de l'institution du mariage ou encore d'une formalité nécessaire pour l'obtention d'un cadeau, d'un travail dans le pays, ou la citoyenneté. Le droit anglais ne considère pas l'intention lorsqu'il s'agit de déterminer la validité du mariage. Si les conditions essentielles au mariage sont présentes et que les formalités requises ont été respectées, le droit anglais reconnaît le mariage comme valide quelle que soit l'intention des parties. Cette position a été adoptée pour renforcer l'importance du mariage.

Dans le but de détourner les lois relatives à l'immigration, il arrive fréquemment qu'une partie accepte de se marier pour faciliter l'entrée au pays d'une autre personne. Ce type de mariage est généralement considéré comme valide mais les tribunaux refusent habituellement l'annulation de ces mariages comme sanction d'une tentative de contrevenir aux règles de l'immigration.  
[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 26-27.]

L'argument qui penche en faveur de « mariage simulé » est le fait qu'il est passé dans l'usage en droit civil québécois et en droit civil français. Nous recommandons « **mariage simulé** » pour traduire *sham marriage*.

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *compassionate marriage*

On a relevé des occurrences de *compassionate marriage* dont voici deux contextes.

Moreover, there is no clear line of demarcation between the "limited" and the "extraneous purpose" marriage. From matrimony in its fullest sense through the **compassionate marriage** to the immigration marriage, there is a continuous, descending gradation.  
The only clear and logical solution is to treat all these unions as valid marriages.  
[H.R. Hahlo, *Nullity of Marriage* in *Studies in Canadian Family Law*, chap. 10 à la page 672.]

The interwar years 1918 to 1939 are the focus of the next three chapters, which begin with feminists challenging the social ideal of the full-time mother in a **compassionate marriage** and acknowledging the triple burden of marriage, motherhood, and employment. They offer a view of motherhood that combines a caring commitment to children and a career, particularly in the dirty thirties when attacks on working mothers increased due to the high rate of male unemployment.  
[Internet. [<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/jarm/article/viewFile/5053/4247>]. York University, Book Reviews, *Journal of the Association for Research on Mothering*, Ann Taylor Allen, *Feminism and Motherhood in Western Europe, 1890-1970 The Maternal Dilemma*, Basingstoke, England: Palgrave Macmillan, 2005 à la page 364.]

## ÉQUIVALENT

### *compassionate marriage*

L'équivalent français « **mariage de compassion** » est bien ancré dans l'usage et ne pose pas de problème.

Aussi n'est-ce pas un mariage d'amour qu'elle fait, mais un **mariage de compassion**. Nous ne savons rien que de parfaitement honorable de celui qui devint son époux; c'était un ami, nous dit-on, qui avait conçu pour elle un sentiment vif et profond.  
[Internet. [google book.] Eugène Rambert, *Études littéraires*, vol. 2, Lausanne, Librairie F. Rouge 1890 à la page 51.]

## ANALYSE NOTIONNELLE

*predator spouse*  
*predatory marriage*  
*predatory spouse*

Le *predatory marriage* est un mariage dont le seul but est de tirer un avantage financier d'une personne qui a une capacité limitée. Les personnes vieillissantes et les personnes atteintes de maladies mentales peuvent être des proies vulnérables pour des personnes opportunistes et mal intentionnées.

One particular area of concern is with so-called **predatory marriages** that take advantage of a person with limited capacity. That is, given the property status-enhancing consequences of marriage, those with impaired capacity may be convinced to marry so that their spouse may achieve these desirable benefits.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 à la page 45.]

...**marriage of predatory nature.** These are marriages entered into for the singular purpose of exploitation, personal gain or profit by unprincipled individuals who are taking advantage of the vulnerable, dependant, elderly, cognitively impaired, and incapable.

...

There presently exist certain laws to protect the vulnerable, the dependant and the victimized.

...

With longevity comes an increase in the occurrence of medical ailments such as dementia in varying types and degrees, as well as delirium, delusional disorders, Alzheimer's, cognitive disorders and other conditions involving reduced functioning and capacity.

There are a wide variety of mental disorders that affect capacity and increase an individual's vulnerability and dependence. Other factors affecting capacity include, *inter alia*, normal aging, disorders such as depression which are often untreated or undiagnosed, schizophrenia, bipolar disorder, psychotic disorders, delusions, debilitating illnesses, senility, drug and alcohol abuse, and addiction.

In our experience, civil marriages are solemnized with increasing frequency under circumstances where one party to the marriage is incapable of understanding, appreciating, and of formulating a choice, to marry. Unscrupulous opportunists too often get away with taking advantage of those with diminished reasoning ability purely for financial profit.

One circumstance of particular concern arises where one individual may marry another in order to gain some advantage. We have already referred to this situation in preceding chapters with the term '**predatory marriages**'. This is not a term that is in common use. However, it does effectively capture the situations of concern in which one person marries another of limited capacity with the object of personal gain.

...

So-called **predatory marriages** are often accompanied by alienation from the marital subject's family. [...] It is this distance from friends and family that is referred to as 'alienation' and that facilitates a situation in which the subject agrees to turn all of his or her assets over to the new spouse at the expense of the usual beneficiaries: namely, the individual's children and grandchildren. Under such circumstances, family and friends often have no knowledge of the marriage until well after the fact.

While the concept of alienation is not overtly referred to in the case law concerning the capacity to marry, it is a concept that appears frequently in the context of family law cases.

[Kimberley Whaley et coll., *Capacity to Marry and the Estate Plan*, Canada Law Book, 2010 aux pages 68-71.]

Le *predatory marriage* est un phénomène social émergent du fait entre autres que les personnes vivent plus longtemps et que leurs capacités diminuent avec l'âge. La pression exercée pour forcer une personne à contracter mariage va à l'encontre du principe du consentement libre.

The changing social landscape has brought forth a new kind of marriage trap – the *predatory marriage*.

The aging population combined with the changing social patterns of marriages, re-marriages and multiple marriages in the face of dependency, frailty, vulnerability, and the diminished capacity of our older adults, is creating new legal and societal challenges. The link between mental capacity in marriage, and the requisite capacity to contract marriage on the one hand; and estate planning considerations and spousal property rights on the other hand, are no longer in sync.

[Internet. [<http://www.carp.ca/2009/05/28/predatory-marriages/>]. CARP Canada, A New Vision for Aging for Canada, *Predatory Marriages* (20140106).]

Voici une définition de l'adjectif *predatory* tirée du *Canadian Oxford Dictionary* :

**predatory 2.** (of a corporation, country, individual, etc.) plundering or exploiting others.

Nous avons relevé dans Internet 384 occurrences de *predatory spouse* et 466 occurrences de *predator spouse*.

Predatory marriages are a developing phenomenon in Ontario. **Predatory spouses** take advantage of elderly victims and assume control of their financial affairs. This can have severe consequences for the victim and their family. Recently Canadian courts have taken a stricter stance on what sort of capacity is required for marriage. In this article, Dagmara Wozniak looks at the issue and some of the relevant laws

The term “predatory marriage” has been coined to refer to a marriage entered into for a singular purpose of exploitation, personal gain or profit. Frequently, it involves an interested party (i.e. friend, neighbour etc.) assuming the role of a caregiver and persuading a vulnerable person to marry. Often, the victim is elderly, dependent and suffering from some degree of cognitive impairment. After marriage, the “**predator spouse**” takes advantage of the vulnerable victim spouse, and assumes control and management of the victim spouse’s financial affairs.

[Internet. [<http://www.siskinds.com/Publications/All/Predatory-Marriage-A-Modern-Day-Marriage-Trap.aspx>]. Siskinds - The Law Firm, *Predatory Marriage : A Modern Day Marriage Trap* (20140218).]

## ÉQUIVALENTS

*predator spouse*

*predatory marriage*

*predatory spouse*

On a repéré 8 occurrences de « mariage prédateur » dans Internet avec le moteur de recherche Google, mais aucune ne provient de source sérieuse.



On a pensé à « mariage abusif » que l'on trouve amplement dans Internet, mais il est surtout associé au mariage dont l'un des partenaires abuse psychologiquement ou physiquement de l'autre.

On a relevé « mariage intéressé » dans la traduction d'un texte provenant de notre base de données interne au Bureau de la traduction.

**Mariage intéressé** où quelqu'un exerce des pressions sur une personne âgée ayant une capacité limitée pour qu'elle se marie uniquement afin d'en tirer des avantages financiers. [Archivage central, Finances et Conseil du Trésor (20140114).]

On a constaté plusieurs occurrences dans Internet de « mariage intéressé » en lien avec l'appât du gain.

**Du mariage intéressé** : lucre et cupidité

[...] c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir retenu que Mme X s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de Philippe Y, en a déduit, sans méconnaître les exigences conventionnelles de la liberté du mariage, qu'il y avait lieu d'annuler celui-ci, faute de consentement.

[Internet. [<http://www.onb-france.com/familia/Du-mariage-interesse-lucre-et.html>]. Office notarial de Baillargues, Actualités du droit de la famille des successions et du patrimoine, *Mariage* (20140114).]

*L'absence ou la violation du consentement* : Il s'agit des cas de **mariage intéressé** (l'avantage financier) ou naturalisant. Le mariage blanc peut aussi avoir une finalité successorale ou encore être contracté pour des raisons professionnelles. Pour l'article 180 du Code Civil, dans le cas où le consentement d'un des époux n'a pas été donné, une action pour faire annuler le mariage pourra être engagée par l'époux qui n'a pas donné son consentement ou par le ministère public.

[Internet. [[http://avocats.fr/space/sabine.haddad/content/l-annulation-du-mariage--une-action-longue-et-lourde\\_D0C79983-4F0F-4C18-9D58-E96231E85474/web-print](http://avocats.fr/space/sabine.haddad/content/l-annulation-du-mariage--une-action-longue-et-lourde_D0C79983-4F0F-4C18-9D58-E96231E85474/web-print)]. Sabine Haddad, *L'annulation du mariage : Une action longue et lourde* (20140114).]

Du fait que « mariage intéressé » pris dans un sens large pourrait englober les mariages à fin d'immigration, les mariages simulés et les mariages à but extrinsèque, nous avons pensé proposer un équivalent qui exprime clairement le but recherché soit « mariage à des fins de profit » pour rendre *predatory marriage*. Par contre, le Comité a indiqué que ce n'est pas sur le profit qu'il faut mettre l'accent, mais sur l'exploitation d'une personne vulnérable. Voici des définitions pour « exploitation », « prédation » et « prédateur ».

**exploitation** *subst. fém. 2. Péj.* Action de tirer abusivement profit de quelqu'un ou de quelque chose. *Exploitation de la crédulité publique, de l'enfance. L'exploitation trop visible de l'honnêteté sentimentale du public et l'idée de cette exploitation ne vient jamais à un honnête homme* (GONCOURT, *Journal*, 1870, p. 701). [*Elle*] *n'ignorait pas le calcul ancien de ses tendresses, sa continuelle exploitation de la femme, des maîtresses prises pour faire son chemin* (ZOLA, *Bonh. dames*, 1883, p. 748). *Il ne peut manquer de voir l'abus, l'exploitation qu'on fait du génie personnel* (G. BATAILLE, *Exp. int.*, 1943, p. 229).

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

**prédation** *subst. fém. BIOL. ANIMALE ET VÉGÉT.* Mode de nutrition dans le règne animal et chez les plantes insectivores. *La collecte de la nourriture [des poissons] se fait essentiellement de deux façons: par filtration (...); par prédation, c'est-à-dire par capture active d'une proie déterminée, au moyen d'organes préhenseurs divers; dans ce second cas, la dimension de la proie*

dépend bien entendu de la taille de l'espèce prédatrice (J.-M. PÉRÈS, *Vie océan*, 1966, p.35). Il n'y a pas prédation lorsque l'agresseur se borne à de simples prélèvements (nectar, pollen, sang) (FRIEDEL 1980).

**B. — ETHNOL.** Mode d'acquisition de la nourriture par la chasse et la cueillette. *Les sociétés tropicales ne sont jamais sorties complètement de l'économie de prédation au sein de laquelle l'homme ne réalise pas sa symbiose avec le milieu, puisqu'il prend sans restituer; il n'y a pas un seul groupe malgache côtier qui ne connaisse encore les chemins de la forêt, pour la collecte du miel, la chasse, la récolte des végétaux sauvages* (Ethnol. gén., 1968, p.1589 [Encyclop. de la Pléiade]).

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

**prédateur, trice** (zool.) Se dit d'animaux qui se nourrissent de proies. *Une espèce prédatrice. Le faucon est un prédateur.*

*Prédateur sexuel.* Agresseur sexuel qui planifie ses actions, qui agit de sang-froid et qui fait de nombreuses victimes les unes à la suite des autres.

[Marie-Éva de Villers, *Multidictionnaire de la langue française*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, s.v. «prédateur, trice».]

Nous n'avons repéré aucune occurrence de « mariage de prédation » ni de « mariage d'exploitation » dans Internet. Les mots « prédation » et « prédateur » sont de plus en plus employés dans la langue courante comme prédation économique, comportement prédateur ou prédateur et cyberprédateur.

Nous proposons « mariage de prédation », car la prédation évoque d'abord et avant tout le fait qu'il y a une victime ou une proie ce qui est le cas en l'occurrence et nous proposons « époux prédateur » comme étant l'instigateur du mariage de prédation. Nous ferons un renvoi à *spouse*<sup>1</sup> qui indique qu'il s'agit d'une personne mariée.

Donc, nous aurons « **mariage de prédation** » pour rendre *predatory marriage* et « **époux prédateur, épouse prédatrice** » pour rendre *predatory spouse* et *predator spouse*.

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *clandestine marriage* *secret marriage*

Le *clandestine marriage* est le mariage contracté en dehors des conditions de publicité requises par la loi.

**clandestine marriage 2.** A marriage entered into in a secret way, as one solemnized by an unauthorized person or without all required formalities.

[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «marriage».]

As regards France, the first reference as to the keeping of these registers of civil status is found in the Ordonnance de Blois, which is directed to prevent **clandestine marriage**. We see there that the

civil law comes in and adopts what has been decreed by the ecclesiastical law in regard to the publication of banns and the keeping of registers. Then we have the Edit de Henri IV., and the Declaration of Louis XIII.

[CanLII, *In re Marriage Laws*, 46 SCR 132.]

Un *secret marriage* est un mariage célébré à l'insu de la famille.

A **secret marriage** is a marriage that is kept secret from family and friends. A **secret marriage** is usually a civil marriage, but there are clergy who will perform a **secret marriage**.

[Internet. [<http://marriage.about.com/od/legalities/g/secretmarriage.htm>]. About.com Marriage, Secret Marriage (20140304).]

## ÉQUIVALENTS

### *clandestine marriage*

### *secret marriage*

Voici la définition de « **mariage clandestin** » tirée du *Dictionnaire de droit québécois et canadien* :

**mariage clandestin** : Mariage célébré sans la publicité requise par la loi.

[Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, s.v. «mariage».]

L'équivalent « **mariage clandestin** » est bien ancré dans l'usage et ne pose pas de problème. Alors, nous recommandons « **mariage clandestin** » pour rendre *clandestine marriage*.

*Annulation du mariage*. Un jugement est nécessaire pour constater la nullité d'un mariage célébré irrégulièrement. On distingue deux types de nullités : a) la nullité relative s'il y a défaut d'autorisation des parents d'un mineur, ou si le consentement de l'un des époux est vicié; b) la nullité absolue dans les cas suivants : défaut de consentement de l'un ou l'autre conjoint (folie, par ex.), identité de sexe, impuberté, bigamie simultanée, inceste, **clandestinité de la célébration**, incompétence territoriale de l'officier de l'état civil.

[*Grand Larousse Universel*, vol. 10, 1995, s.v. «mariage».]

Le **mariage clandestin**, en droit français, est celui qui est contracté à l'encontre des dispositions légales concernant sa publicité, la publication n'ayant pas été faite ou la célébration n'ayant pas été publique. Comme la bigamie, l'inceste, le défaut d'âge légal et l'absence de consentement, la *clandestinité du mariage* est une cause de nullité absolue du mariage.

[Internet. [<http://www.ctj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, s.v. «clandestin, ine; clandestinement, clandestinité».]

On trouve abondamment dans la littérature et dans les textes juridiques l'équivalent « mariage secret ».

Le **mariage secret** est celui qui a été célébré avec toutes les formalités requises et essentielles, mais qui n'est point connu dans le public, et que les parties tiennent caché.

[Internet. [<http://books.google.ca/>]. Ambroise Guillois, *Explication historique, dogmatique, morale, liturgique et canonique du catéchisme*, Tome III, Paris, Librairie internationale catholique, 1882.]

Ainsi en est-il de la distinction qu'il faut faire entre le mariage clandestin (qui est célébré, rappelons-le, sans la publicité légale) et le *mariage secret* (qui est célébré selon la loi et tenu secret par les époux).

[Internet. [<http://www.cttj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, s.v. «clandestin, ine; clandestinement, clandestinité».]

## TABLEAU RÉCAPITULATIF

<b>ability to consent to marriage; capacity to consent to marriage</b>	<b>capacité de consentir au mariage</b> (n.f.)
ANT inability to consent to marriage; incapacity to consent to marriage	ANT incapacité de consentir au mariage
<b>absence of consent to marriage; lack of consent to marriage; want of consent to marriage</b>	<b>absence de consentement au mariage</b> (n.f.); <b>défaut de consentement au mariage</b> (n.m.)
<b>absence of mental capacity to marry; lack of mental capacity to marry; want of mental capacity to marry</b>	<b>absence de capacité mentale de se marier</b> (n.f.); <b>défaut de capacité mentale de se marier</b> (n.m.)
See also mental inability to marry; mental incapacity to marry	Voir aussi incapacité mentale de se marier
<b>arranged marriage</b>	<b>mariage arrangé</b> (n.m.)
<b>clandestine marriage</b>	<b>mariage clandestin</b> (n.m.)
<b>compassionate marriage</b>	<b>mariage de compassion</b> (n.m.)
<b>duress</b>	<b>contrainte</b> (n.f.)
<b>extraneous purpose marriage</b>	<b>mariage à but extrinsèque</b> (n.m.)
See also limited purpose marriage	Voir aussi mariage à but limité
<b>forced marriage</b>	<b>mariage forcé</b> (n.m.)
See also shotgun marriage; shotgun wedding	Voir aussi mariage au pistolet
<b>fraudulent misrepresentation</b>	<b>assertion inexacte et frauduleuse</b> (n.f.)
<b>free and full consent</b>	<b>libre et plein consentement</b> (n.m.)
<b>freedom of consent</b>	<b>liberté de consentement</b> (n.f.)
<b>fundamental mistake</b>	<b>erreur fondamentale</b> (n.f.)

See also operative mistake	Voir aussi erreur opérante
<b>hasty marriage</b>	<b>mariage précipité</b> (n.m.)
<b>immigration marriage</b>	<b>mariage à fin d'immigration</b> (n.m.)
<b>inability to consent to marriage; incapacity to consent to marriage</b> ANT ability to consent to marriage; capacity to consent to marriage	<b>incapacité de consentir au mariage</b> (n.f.) ANT capacité de consentir au mariage
<b>inoperative mistake</b>  ANT operative mistake	<b>erreur inopérante</b> (n.f.)  ANT erreur opérante
<b>invalid consent</b>  ANT valid consent	<b>consentement invalide</b> (n.m.)  ANT consentement valide
<b>limited purpose marriage</b>  See also extraneous purpose marriage	<b>mariage à but limité</b> (n.m.)  Voir aussi mariage à but extrinsèque
<b>marriage of convenience</b>	<b>mariage de complaisance</b> (n.m.)
<b>mental ability to marry; mental capacity to marry</b>  ANT mental inability to marry; mental incapacity to marry	<b>capacité mentale de se marier</b> (n.f.)  ANT incapacité mentale de se marier
<b>mental inability to marry; mental incapacity to marry</b>  See also absence of mental capacity to marry; lack of mental capacity to marry; want of mental capacity to marry  ANT mental ability to marry; mental capacity to marry	<b>incapacité mentale de se marier</b> (n.f.)  Voir aussi absence de capacité mentale de se marier  ANT capacité mentale de se marier
<b>mutual consent</b>	<b>consentement mutuel</b> (n.m.)
<b>operative mistake</b>  ANT inoperative mistake	<b>erreur opérante</b> (n.f.)  ANT erreur inopérante

<b>predator spouse; predatory spouse</b> See spouse <sup>1</sup>	<b>époux prédateur (n.m.), épouse prédatrice (n.f.)</b>
<b>predatory marriage</b>	<b>mariage de prédation (n.m.)</b>
<b>real consent</b> See also true consent	<b>consentement réel (n.m.)</b> Voir aussi consentement véritable
<b>secret marriage</b>	<b>mariage secret (n.m.)</b>
<b>sham marriage</b>	<b>mariage simulé (n.m.)</b>
<b>shotgun marriage; shotgun wedding</b> See also forced marriage	<b>mariage au pistolet (n.m.)</b> Voir aussi mariage forcé
<b>true consent</b> See also real consent	<b>consentement véritable (n.m.)</b> Voir aussi consentement réel
<b>undue influence</b>	<b>influence indue (n.f.)</b>
<b>valid consent</b> ANT invalid consent	<b>consentement valide (n.m.)</b> ANT consentement invalide
<b>voluntary consent</b>	<b>consentement volontaire (n.m.)</b>
<b>voluntary union</b>	<b>union volontaire (n.f.)</b>