

De quelques points de tension entre le droit successoral musulman et le droit successoral québécois

Jabeur Fathally

Volume 52, Special Issue, 2022

Hommage posthume au professeur émérite Alain-François Bisson

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1111029ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1111029ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fathally, J. (2022). De quelques points de tension entre le droit successoral musulman et le droit successoral québécois. *Revue générale de droit*, 52, 195–226. <https://doi.org/10.7202/1111029ar>

Article abstract

This article compares Islamic law and Quebec law regarding intestate succession with the goal of identifying points of tension between them. It also aims to be a useful resource for researchers and practitioners in the field of comparative succession law. This comparison is valuable because it enhances our understanding of the foundations of Islamic succession rules and their various interpretations, which are often considered complex and sophisticated. It also proposes possible responses and scenarios to certain disputes involving the application of Islamic succession law principles in Quebec.

De quelques points de tension entre le droit successoral musulman et le droit successoral québécois

JABEUR FATHALLY*

RÉSUMÉ

Le présent texte vise à repérer les points de tension entre le droit musulman et le droit québécois en matière successorale et espère apporter une contribution doctrinale utile aux chercheur.e.s et aux praticien.ne.s dans ce domaine de droit. La confrontation de ces deux corpus juridiques est utile dans la mesure où elle permet non seulement de mieux comprendre les fondements et les différentes interprétations des règles successorales musulmanes, souvent jugées compliquées et sophistiquées, mais également de proposer des pistes de réponses ou des scénarios pour certains problèmes qui peuvent surgir en cas d'application, au Québec, d'une loi successorale étrangère, basée sur le droit musulman.

MOTS-CLÉS :

Succession, dévolution légale, droit musulman, Québec, droit international privé, testament, indignité, législations arabes.

ABSTRACT

This article compares Islamic law and Quebec law regarding intestate succession with the goal of identifying points of tension between them. It also aims to be a useful resource for researchers and practitioners in the field of comparative succession law. This comparison is valuable because it enhances our understanding of the foundations of Islamic succession rules and their various interpretations, which are often considered complex and sophisticated. It also proposes possible responses and scenarios to certain disputes involving the application of Islamic succession law principles in Quebec.

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et directeur du Groupe de recherche sur les systèmes juridiques dans le monde (JuriGlobe).

KEYWORDS:

Inheritance law, intestate rules, Québec, Islamic law, private international law, wills and testaments, indignity, Arab legislations.

SOMMAIRE

Introduction.....	196
I. Des causes controversées gouvernant l'indignité successorale	199
A. Le serment d'anathème (<i>li'ân</i>)	201
B. L'apostasie	205
C. La différence de religion (<i>ikhtilāf ad-din</i>).....	209
II. « À l'homme la part de deux femmes »!.....	216
A. Fondements scripturaires et domaine d'application.....	216
B. Règle discriminatoire	219
C. La place de l'inégalité successorale dans le droit québécois	222
Conclusion	224

INTRODUCTION

Longuement discuté avec mon « cojuriglobien », collègue et ami, le professeur Alain-François Bisson, cet article, tiré d'un chapitre de livre publié en 2020¹, se veut un modeste hommage à ce grand intellectuel et universitaire d'envergure internationale.

Les commentaires du professeur Bisson ont porté essentiellement sur les règles successorales en droit québécois, mais ses questions pertinentes et parfois ses avis et éclairages fertiles, aussi bien sur certaines législations musulmanes contemporaines que sur les écoles juridiques musulmanes classiques, ont enrichi mes réflexions sur le sujet. Qu'il trouve ici, maintenant et pour toujours, l'expression de toute ma gratitude et reconnaissance (*fas est et decet meminisse fratrum*).

« La loi musulmane est très difficile à trouver. À la Cour suprême, il n'y a qu'un ou deux volumes sur le sujet, et encore ce sont des extraits »².

1. Jabeur Fathally, « La rencontre entre le droit québécois et le droit musulman en matière de succession *ab intestat*. Croisement et "inconciliabilité" » dans Safa Ben Saad, David Koussens et Benjamin Prud'homme, dir, *La religion en droit de la famille — Le religieux comme variable de prise de décision dans un droit familial laïcisé*, Montréal, Thémis, 2020 aux pp 101–66.

2. *Alepin c Rivard*, [1970] CA 1035 à la p 4.

Ainsi s'exprima l'un des avocats québécois dans une affaire pendante devant la Cour d'appel. Si je reproduis ce passage, c'est pour dire qu'avec une population de 1,8 million de personnes de confession musulmane au Canada³, dont 300 000 sont domiciliées au Québec⁴, en plus de l'attachement d'une bonne partie de cette population à certaines règles religieuses qui ne correspondent pas nécessairement au droit applicable dans la juridiction d'accueil, et avec l'ouverture des frontières et ce que cette ouverture comporte comme possibilités de confrontation entre des systèmes de valeurs différents, notamment en matière de statut personnel, les juristes canadiens et québécois ne peuvent pas s'offrir le luxe de ne pas connaître le droit musulman. Le droit musulman n'est plus « le fait de sociétés lointaines »⁵, mais une réalité québécoise⁶ et canadienne. C'est pourquoi je pense que la loi musulmane, que le professeur Alain-François Bisson a brillamment et succinctement définie comme « un système autonome de droit religieux proprement dit, dont l'assise principale est le Coran »⁷, dans « tous ses détails, dans sa partie religieuse aussi bien que dans sa partie civile, est pour nous d'un intérêt immense à connaître »⁸. Certes, la situation de la doctrine juridique québécoise portant sur les législations musulmanes a connu, durant les deux dernières décennies⁹, un développement respectable comme en témoignent les diverses publications et les colloques sur de nombreux aspects du droit musulman, notamment

3. Statistique Canada, *Le recensement canadien, un riche portrait de la diversité ethnoculturelle et religieuse au pays*, Ottawa, Statistique Canada (26 octobre 2022) en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/221026/dq221026b-fra.htm>.

4. Charlotte Follana, « Qui sont les musulmans du Québec? », *Journal de Montréal* (4 février 2017), en ligne : <www.journaldemontreal.com/2017/02/04/qui-sont-les-musulmans-du-quebec>.

5. Denise Helly et al, « Droit familial et parties "musulmanes" : des cas de *kafâlah* au Québec, 1997–2009 » (2011) 56:4 RD McGill 1057 à la p 1059.

6. Faut-il rappeler que, selon l'article 2809 CcQ, « le juge peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué ».

7. Jabeur Fathally et Nicola Mariani, *Les systèmes juridiques dans le monde*, 2^e éd, sous la direction de Louis Perret et Alain-François Bisson, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 à la p 14.

8. Khalîl Ibn-Ishâk, « Aperçu préliminaire » dans Khalîl Ibn-Ishâk, dir, *Précis de la jurisprudence musulmane, ou principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite malékite*, traduit par Nicolas M Perron, Paris, Imprimerie nationale, 1847 à la p I.

9. Possiblement en raison de l'accroissement du flux migratoire musulman au Québec à partir de 1987, voir Denise Helly, « Canada : flux migratoires des pays musulmans et discrimination de la communauté islamique » dans Ural Manço, dir, *Reconnaissance et discrimination : présence de l'Islam en Europe occidentale et en Amérique du Nord*, Paris, L'Harmattan, 2004, 257.

ceux concernant le mariage, le divorce et l'adoption¹⁰. Cependant, le droit successoral musulman accuse une maigreur doctrinale manifeste. La complexité du droit successoral en général, et du droit successoral musulman en particulier, ainsi que l'absence de décisions jurisprudentielles portant sur l'application des règles successorales musulmanes au Québec expliquent, à mon avis, cette maigreur¹¹. Le présent texte, qui tente de confronter les règles des successions *ab intestat* québécoises¹² aux règles successorales musulmanes, espère alors apporter une contribution doctrinale, utile non seulement aux chercheurs en droit successoral comparé, mais également aux praticiens dans ce domaine de droit, tels que des juges, des avocats et des notaires¹³. Je pense que cette confrontation/comparaison est utile dans la mesure où elle permet non seulement de mieux comprendre les fondements et les différentes interprétations des règles successorales musulmanes, souvent jugées compliquées et sophistiquées, mais également de proposer des pistes de réponses ou des scénarios pour certains problèmes qui peuvent surgir en cas d'application, au Québec, d'une loi successorale étrangère, basée sur le droit musulman. Il ne s'agit pas, à proprement parler, « d'opposer [toutes] les règles de ces deux systèmes et, de fait, je ne les ai pas réunis comme deux adversaires devant le juge »¹⁴. Cette confrontation consiste, plutôt, dans une « micro-comparaison ciblant des éléments spécifiques »¹⁵ de ces deux *corpus*

10. Je peux citer à titre d'exemple les travaux des professeures Pascale Fournier, Anne Saris, Denise Helly et Harith Al-Dabbagh.

11. Même dans la seule affaire qui a concerné une succession musulmane, soit l'affaire *Soliman c Soliman*, 2014 QCCS 4713 [*Soliman*], la question en litige n'a pas porté sur l'application des règles successorales musulmanes comme telles, mais sur la validité d'un testament olographe rédigé par un Québécois de religion musulmane, postérieurement à un testament notarié, ainsi que sur la déclaration d'indignité d'un successible conformément au *Code civil du Québec*.

12. Certaines références aux successions testamentaires étaient indispensables pour mieux comprendre certaines spécificités des systèmes étudiés.

13. Une enquête réalisée par Léger Marketing auprès de 1 454 notaires en novembre 2017 montre que le droit successoral et testamentaire occupe la première place en tant que domaine de droit prometteur. Les faits saillants de cette enquête ont été publiés dans le magazine *Entracte* de la Chambre des notaires. Selon cette enquête, 78 % des notaires œuvrent dans le domaine du droit successoral et 79 % d'entre eux considèrent ce domaine de droit comme étant prometteur. Léger Marketing, « Enquête sur la profession : ce qu'il faut retenir » 27:1 (2018) *Magazine Entracte* 18, en ligne : <www.magazineentracte.cnq.org/cnq-entracte/magazine-entracte-printemps-2018/#1/>.

14. Expression utilisée par le juriste turc Ahmed Rechid et que j'ai employée dans d'autres publications. Voir Ahmed Rechid, « Islam et droit des gens » (1937) 60 RCADI 371 à la p 375.

15. Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, « An Introduction to Quebec Civil Law » dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law With the Common Law of Canada*, Montréal, Thompson Carswell, 2008 à la p 25.

juridiques, dans l'intention de faire ressortir les principes fondamentaux de la succession musulmane qui n'ont pas d'équivalents en droit québécois et qui peuvent, de surcroît, devenir des points de tension entre ces deux *corpus* juridiques.

Faisant référence aux écrits des principaux auteurs, juristes et théologiens classiques et contemporains musulmans, ainsi qu'à de multiples textes législatifs de nombreux pays musulmans, en sus de la doctrine et de la législation québécoises, cette confrontation des règles du droit successoral québécois aux règles successorales du droit musulman qui sont, je tiens à le préciser, reprises par la quasi-majorité des législations contemporaines des pays musulmans, me permet de confirmer que ces deux *corpus* juridiques n'ont pas, pour des raisons historiques et, surtout, en raison de la nature intrinsèque et même extrinsèque du droit musulman, adopté les mêmes solutions. Cela est particulièrement perceptible dans les règles gouvernant l'indignité successorale (I) et celles relatives à la place et au statut de la femme dans la dévolution successorale dans ces deux systèmes de droit (II).

I. DES CAUSES CONTROVERSÉES GOUVERNANT L'INDIGNITÉ SUCCESSORALE

En droit québécois, les cas d'indignité successorale sont prévus limitativement aux articles 620 et 621 CcQ. Ces articles distinguent les causes qui « entraînent une exclusion automatique et une inhabilité de plein droit à succéder » de celles exigeant une déclaration judiciaire d'indignité. Les premières causes sont celles prévues par l'article 620 CcQ, qui déclare indigne :

- 1) celui qui est déclaré coupable d'avoir attenté à la vie du défunt;
- 2) celui qui est déchu de l'autorité parentale sur son enfant, avec dispense pour celui-ci de l'obligation alimentaire, à l'égard de la succession de cet enfant.

Les deuxièmes sont celles circonscrites par l'article 621 CcQ, lequel énumère trois faits qui peuvent entraîner la déclaration judiciaire d'indignité d'une personne. Selon cet article :

Peut être déclaré indigne de succéder :

- 1° Celui qui a exercé des sévices sur le défunt ou a eu autrement envers lui un comportement hautement répréhensible;

2° Celui qui a recelé, altéré ou détruit de mauvaise foi le testament du défunt;

3° Celui qui a gêné le testateur dans la rédaction, la modification ou la révocation de son testament.

Dans les deux catégories, le législateur québécois a voulu réprimer civilement des actes graves qui ont un effet direct, physique ou psychologique sur la personne du défunt. Des actes qui ne produisent pas de tels effets n'ouvrent pas la porte à l'indignité. C'est pour cette raison que la jurisprudence a considéré que le fait que des petits-enfants n'ont pas rendu visite à leur grand-mère (*de cuius*) mourante à l'hôpital ne constitue pas un motif d'indignité¹⁶.

Cependant, il semble que l'homicide volontaire et la complicité de meurtre soient les seules causes d'indignité reconnues aussi bien par le droit québécois que par le droit musulman. En effet, la parole du prophète selon laquelle « le meurtrier n'aura aucun droit d'héritage » est validée par toutes les écoles juridiques musulmanes classiques, de même qu'elle a été reproduite dans toutes les législations musulmanes contemporaines¹⁷. Cependant, tout comme en droit québécois¹⁸, l'homicide involontaire demeure une source d'interprétations doctrinales et jurisprudentielles divergentes en droit musulman¹⁹. Les deux systèmes se rejoignent également quant aux effets de l'indignité, une fois celle-ci prouvée. Dans les deux *corpus* juridiques, l'indigne perd, rétroactivement, sa vocation successorale et doit restituer les biens qu'il a acquis de la succession à titre d'héritier apparent. La ressemblance semble s'arrêter à ce point puisque le droit québécois ne reconnaît pas les causes d'indignité propres aux législations musulmanes.

16. *Nigro c Nigro*, JE 2004-1683 (CA) aux para 60 et 63, en ligne: *Justia US Law* <www.law.justia.com/cases/ohio/ninth-district-court-of-appeals/2004/2004-ohio-6270.html>.

17. Muhammed Moheddine Abdel-Hamid, « Ahkam al-mawarith fi achariati al-islamiya 'alamadhahib al-ayyima al-arbaa », Le Caire, Imprimerie Issa N-Halabiwachorkah, 1943 aux pp 37 et s. Voir également Jean-Dominique Luciani, *Traité des successions musulmanes* (ab intestat): *extrait du commentaire de la Rahbia par Chenchouri, de la glose d'El-Badjouri et d'autres auteurs arabes*, Paris, Ernest Leroux, 1890 à la p 143. Pour les législations musulmanes contemporaines, voir par ex l'article 880 du *Code civil de la République islamique d'Iran*, l'article 135 du *Code de la famille algérien* et l'article 88 du *Code du statut personnel tunisien*.

18. Jacques Beaulne, *Les droits des successions*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016 aux pp 51–53.

19. Pour les malékites, l'homicide involontaire n'entraîne pas l'indignité successorale, mais le coupable n'a pas droit à une part dans la compensation pécuniaire (*diyya*) versée à la famille de la victime, alors que pour les hanbalites et les hanafites, l'homicide involontaire entraîne l'indignité successorale (voir Abdel-Hamid, *supra* note 17 aux pp 39–42).

Si elles ne retiennent plus l'esclavage comme cause d'indignité²⁰, en raison des engagements internationaux des États musulmans²¹, les législations musulmanes vont, à différents degrés, retenir les causes d'indignité énoncées par les écoles juridiques classiques, dont le serment d'anathème (*li'ân*) par lequel le mari accuse, devant le juge, son épouse de fornication²², l'apostasie (*ridda*)²³ et la différence de religion²⁴.

A. Le serment d'anathème (*li'ân*)²⁵

Il s'agit d'une procédure, reconnue par toutes les écoles juridiques musulmanes classiques, qui permet à l'époux, en l'absence de preuves tangibles, de désavouer la paternité d'un enfant « dont la conception se place dans le mariage »²⁶ en accusant sa femme d'adultère. Pour ces écoles, cette procédure trouve son fondement dans le verset coranique selon lequel :

Et quant à ceux qui lancent des accusations contre leurs propres épouses, sans avoir d'autres témoins qu'eux-mêmes,

20. Selon les écoles juridiques musulmanes classiques, l'esclave est frappé d'une indignité absolue. Il n'hérite pas et, après sa mort, ses biens passent à son maître.

21. Cette institution odieuse fut abolie et tous les États membres de l'Organisation de la coopération islamique (OCI) ont ratifié la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, ONU, 1957.

22. Selon l'article 234 du *Code du statut personnel mauritanien*, « [l]es empêchements à la succession résultent de :

1. L'incertitude de la vie de l'héritier ou sur l'ordre chronologique du décès;
2. La rupture du lien de filiation du fait du *L'AN* ou de (*ZINA*);
3. La différence de religion;
4. L'homicide volontaire.

Voir *Loi N° 2001-052 du 19 juillet 2001 portant Code du statut personnel*, en ligne (pdf) : <www.droit-afrique.com/upload/doc/mauritanie/Mauritanie-Code-2001-statut-personnel.pdf>.

Voir aussi l'article 882 du *Code civil de la République islamique d'Iran*.

23. Art 135 *Code de la famille algérien* : « Sont exclus de la vocation héréditaire, les personnes frappées d'anathème et les apostats ».

24. Art 332 *Code de la famille marocain* : « Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non-musulman, ni dans le cas où la filiation paternelle est désavouée légalement ».

25. Il s'agit d'un serment prononcé à quatre reprises par le mari et qui consiste à jurer par « Allah l'unique qu'il a vu cette femme en adultère, ou que sa grossesse n'est pas de mon fait »; voir Corinne Fortier, « Filiation versus inceste en Islam. Parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoption et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique » dans Pierre Bonte et al, *L'argument de la filiation*, Paris, Maison des sciences de l'Homme, 2017 au para 54, en ligne : *OpenEdition Books* <www.books.openedition.org/editionsms/8267?lang=fr>.

26. Louis Milliot et François-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001 à la p 384.

le témoignage de l'un d'eux doit être une quadruple attestation par Allah qu'il est du nombre des véridiques, et la cinquième [attestation] est « que la malédiction d'Allah tombe sur lui s'il est du nombre des menteurs ». Et on ne lui infligera pas le châtement [de la lapidation] si [l'épouse] atteste quatre fois par Allah qu'il [son mari] est certainement du nombre des menteurs, et la cinquième [attestation] est que la colère d'Allah soit sur elle, s'il était du nombre des véridiques²⁷.

Mais comme le verset l'indique, cette procédure vise le divorce et la filiation et non la succession. D'ailleurs, dans les ouvrages classiques, *li'ân* est souvent traité sous le chapitre de la filiation ou de la dissolution du mariage puisqu'il entraîne la dissolution du mariage et la rupture du lien de filiation entre l'enfant et le présumé père. En principe,

« *li'ân* », la fornication ou stupre, ne sont pas des causes d'indignité, parce que dans ces deux cas la qualité d'héritier n'existant pas, faute de cause, c'est-à-dire par suite de l'absence du lien conjugal ou de la parenté légitime, il ne saurait être question d'un obstacle à l'exercice de cette qualité²⁸.

Cependant, certains juristes classiques et surtout certaines législations musulmanes contemporaines introduiront ce serment parmi les causes d'indignité. Il en est ainsi par exemple de l'article 237 du *Code du statut personnel mauritanien*, qui prévoit que « ne peuvent hériter de leur père les enfants dont la parenté n'est pas légalement reconnue ou est réfutée par *li'ân* ou issus du *zina* ». L'expression « [i]l n'y a pas lieu à succession entre le musulman et le non-musulman », que l'on retrouve à l'article 138 du *Code de la famille algérien*, à l'article 882 du *Code civil de la République islamique d'Iran*²⁹ et à l'article 47 de la *Loi des successions de 1943* en Égypte³⁰, exclut « de la vocation héréditaire, les personnes

27. Coran, sourate 24, versets 6–9, en ligne : *Coran en ligne* <www.coran-en-ligne.com/coran-en-francais.html>.

28. Voir également Luciani, *supra* note 17 à la p 136.

29. *After a solemn malediction (li'ân) husband and wife will not take inheritance from one another; similarly a child who, owing to a denial of paternity, has been the cause of a solemn malediction, does not take inheritance from the father nor does the father from him; but the said child takes inheritance from the mother and his maternal relations, and vice versa.* *The Civil Code of Iran* (traduit du perse par M A R Taleghany) Littleton, Fred B. Rothman & Co, 1995, art 882 à la p 121.

30. En ligne (pdf), en version arabe : <<https://hrightsstudies.sis.gov.eg/media/1396/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%8A%D8%B1%D8%A7%D8%AB-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D8%B1%D9%8A-%D8%B1%D9%82%D9%85-77-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-1943.pdf>>.

frappées d'anathème et les apostats ». Dans le droit marocain, l'indignité successorale peut être dégagée d'une lecture conjointe des articles 153 et 332 du *Code de la famille*³¹. Le premier article cite le serment d'anathème comme moyen de rupture de la filiation entre père et fils, alors que le deuxième exclut de la vocation successorale les personnes dont « la filiation paternelle est désavouée légalement ». Le législateur tunisien est plus subtil : il ne reconnaît pas *li'ân* comme tel, mais reconnaît au mari la possibilité de nier la filiation d'un enfant et « la filiation contestée ne sera rompue que par une décision de justice. Tous les modes de preuve, prévus en la matière par la loi, sont admis »³². Et, « si le juge établit le désaveu, il prononcera la rupture de la filiation et la séparation perpétuelle des deux époux ». Je pense, toutefois, que si le désaveu par *li'ân* ne figure pas explicitement parmi les causes d'indignité successorale prévues à l'article 88 du *Code du statut personnel tunisien*, il peut être, cependant, déduit de la rupture de filiation.

Li'ân ne peut être compris que dans le cadre de la structure patriarcale et patrilinéaire du droit musulman classique, selon laquelle la filiation est considérée comme une affaire d'« hommes », contrairement au droit québécois qui reconnaît la filiation tant maternelle que paternelle³³.

Certes, le droit québécois autorise la contestation de la filiation « de celui qui n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance », mais il accorde ce droit d'une façon égalitaire à « tout intéressé, y compris le père (désaveu) et la mère », qui peuvent utiliser tous les moyens de preuve et n'ont pas à se baser sur « les prétentions verbales » du mari. Le moyen privilégié serait celui du test d'ADN, « qui permet désormais de confirmer avec une certitude quasi absolue la filiation

31. Les rapports conjugaux sont prouvés par les mêmes moyens que le mariage. Assortis de leurs conditions, ils constituent une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. Ils ne peuvent être contestés que par le mari, suivant la procédure du serment d'anathème (*li'ân*) ou par le moyen d'une expertise formelle, et ce, à condition que l'époux concerné produise des preuves probantes à l'appui de ses allégations et que l'expertise soit ordonnée par le tribunal. *Loi n° 70-03 portant code de la famille*, en ligne (pdf) : <www.idpbarcelona.net/docs/recherche/marroc/pdf/nor_loi_70_03.pdf>.

32. Art 75 *Code du statut personnel tunisien*. République tunisienne — *Code du statut personnel*, 2011, en ligne (pdf) : <www.droit-afrique.com/upload/doc/tunisie/Tunisie-Code-2011-statut-personnel.pdf>.

33. Art 531 CcQ.

biologique»³⁴. Certaines législations musulmanes reconnaissant la procédure du serment d'anathème, comme celles de l'Algérie et du Maroc, ont introduit cette preuve médicale pour établir ou contester la filiation, mais sans que cette introduction soit suivie par la suppression du *li'ân*! Une situation à la fois anachronique et dangereuse. Elle peut entraîner des conséquences fâcheuses, surtout dans les cas où le test de l'ADN confirme la paternité d'un mari qui a désavoué, en prononçant le serment d'anathème, la filiation de l'enfant de son épouse! Plus ahurissante encore est la position de la Cour suprême du Maroc, qui a déclaré «l'expertise biologique de droit français contraire à l'ordre public international marocain, bien qu'elle — cette expertise — soit prévue par les articles du nouveau *Code de la famille* en des termes presque identiques»³⁵. Il n'est pas exclu qu'un pareil test effectué suivant l'article 531.1 CcQ reçoive la même réponse! Il ne fait aucun doute que dans les deux systèmes de droit, la rupture de la filiation entraîne dans son sillage «l'insuccessibilité» de la personne, en dépit de la procédure archaïque et discriminatoire adoptée par certaines législations musulmanes. Également, dans les deux systèmes, l'enfant désavoué garde sa vocation successorale dans la succession de sa mère et inversement.

Plus encore, les quelques législations musulmanes qui considèrent *li'ân* comme cause d'indignité ne semblent pas refléter la tendance doctrinale majoritaire que l'observe dans ces pays et dans tous les pays musulmans, selon laquelle le test génétique est de nature à écarter tout recours au serment d'anathème. Mais il est clair que «dans les faits, comme le remarque Émilie Barraud, il existe pour l'instant une propension de la justice marocaine comme algérienne à donner la priorité à la filiation juridique, et les tests génétiques sont par ailleurs plus souvent utilisés lorsqu'il s'agit de prouver la filiation que son désaveu»³⁶. Fort heureusement, si je peux m'exprimer ainsi, ces législations n'ont pas gardé la confirmation de la filiation par la reconnaissance faciale dite *qāfeh*, qui consiste à demander à un ou deux hommes,

34. Alexandra Obadia, «L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation» (2000) 45 RD McGill 483 à la p 486.

35. Khalid Zaher, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, L'Harmattan, 2009 aux pp 90–91.

36. Fortier, *supra* note 25 au para 62.

selon l'école juridique, de déterminer la filiation de l'enfant en se basant sur les traits du visage de ce dernier et sa ressemblance ou non avec celui qui réclame sa filiation³⁷!

À cette cause controversée d'indignité, il faut ajouter celles de l'apostasie (abandon de l'Islam) et la différence de religion comme causes d'indignité spécifiquement musulmanes.

B. L'apostasie

L'apostasie peut être définie comme étant l'ensemble des « actes, des croyances ou des paroles » par lesquels une personne « démontre qu'elle a répudié la religion musulmane »³⁸. Se basant sur le verset coranique, qui commande : « Ô les croyants! Quiconque parmi vous apostasie de sa religion [...]. Allah va faire venir un peuple qu'Il aime et qui L'aime, modeste envers les croyants et fier et puissant envers les mécréants, qui lutte dans le sentier d'Allah, ne craignant le blâme d'aucun blâmeur »³⁹, les écoles juridiques musulmanes classiques feront de l'apostasie à la fois un délit puni de la peine de mort et une cause d'indignité successorale. L'apostat « n'hérite pas d'autrui, parce qu'il est considéré comme mort, et le mort n'hérite point »⁴⁰. Cependant, ces écoles ne sont pas d'accord sur les personnes aptes à recueillir la succession de l'apostat. Pour les écoles chaféite et malékite, les biens de l'apostat sont assimilés à un butin et par conséquent ils échoient au trésor public (*beit al-mal*)⁴¹, alors que pour les hanafites et d'autres juristes classiques, les biens en question échoient aux héritiers musulmans de l'apostat⁴².

Bien que certains pays l'aient écartée de leurs législations pénales et civiles, tels que la Tunisie, la Turquie ou le Liban, l'apostasie, dans son interprétation classique, est encore constitutive, dans d'autres législations musulmanes contemporaines, d'un crime pénalement

37. Muhammad ibn Ahmed Ibn Rushd (Averroès), *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtasid* (Le début pour l'homme studieux et la fin pour l'homme partial), vol 4, Le Caire, Maktabat Ibn Taymiyah, 1994 à la p 530.

38. Luciani, *supra* note 17 à la p 11.

39. *Coran*, *supra* note 27, sourate 5, verset 54.

40. Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, *L'impact de la religion sur l'ordre juridique: cas de l'Égypte: non-musulmans en pays d'Islam*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1979 à la p 117.

41. Ahmed Ibn Rushd (Averroès), *supra* note 37 à la p 524.

42. *Ibid.*

sanctionné et est une cause d'indignité successorale en dépit de l'enchâssement de la liberté de croyance dans les constitutions de ces pays et malgré leurs engagements internationaux⁴³.

C'est le cas du Qatar dont l'article premier de la *Loi pénale de 2014* qui inclut l'apostasie parmi les infractions graves soumises au *Hudûd* islamiques (peines explicitement déterminées dans le Coran)⁴⁴. Il en est ainsi également du *Code pénal mauritanien*, qui dispose à son article 306 que « [...] tout musulman coupable du crime d'apostasie, soit par parole, soit par action de façon apparente ou évidente [...] est condamné à mort en tant qu'apostat, et ses biens seront confisqués au profit du Trésor ».

Des dispositions similaires sont reproduites dans le *Code pénal yéménite*⁴⁵. L'apostasie est également punie de la peine capitale en Afghanistan, au Qatar, en Arabie saoudite et au sultanat du Brunei⁴⁶. Dans ces pays, la condamnation pour apostasie emporte automatiquement l'indignité successorale et cela même si la peine n'a pas encore été exécutée.

D'autres législations n'ont pas introduit directement l'apostasie dans leurs codes pénaux, mais l'ont considérée comme un empêchement au mariage et comme une cause d'indignité successorale. C'est le cas de l'Algérie, du Maroc, de l'Égypte, de l'Indonésie, du Bahreïn, de l'Irak, du Kuwait, de la Libye, d'Oman et de la Syrie⁴⁷. Cette cause d'indignité soulève à mon avis deux problèmes majeurs en sus de son « anachronisme » et de son inconstitutionnalité au regard des constitutions de la majorité des pays mentionnés. Le premier problème consiste dans la définition et la portée exacte de ce délit. Mes recherches m'ont

43. Parmi lesquels je peux citer l'article 18 de *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, AGNU, 3^e sess, Doc NU A/810 (1948) Rés AG 217A (III), mais surtout l'article 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, qui reconnaissent le droit fondamental à la liberté de conscience et de religion. Notons que le Pakistan et la Mauritanie ont émis des réserves concernant l'article 18 de ce Pacte, alors que le Qatar a déclaré qu'il interprète « le paragraphe 2 de l'article 18 du Pacte de manière à ne pas contrevenir à la charia. L'État du Qatar se réserve le droit d'appliquer ce paragraphe conformément à cette interprétation ».

44. *Law N° 11 of 2004 Issuing the Penal Code 11 / 2004*, en ligne (pdf): <https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/QATAR_%20Penal%20Code.pdf>.

45. National Legislative Bodies/National Authorities, *Yemen: Republican Decree, By Law N° 12 for 1994, Concerning Crimes and Penalties*, 1994, en ligne: www.refworld.org/docid/3fec62f17.html.

46. The Law Library of Congress, *Laws Criminalizing Apostasy in Selected Jurisdictions*, Global Legal Research Center, 2014, en ligne (pdf): <www.loc.gov/law/help/apostasy/apostasy.pdf>.

47. *Ibid.*

montré que la définition générale que j'ai utilisée au début de cette section ne fait pas l'unanimité des juristes et théologiens musulmans contemporains, au point que je peux attester que, sur ce point, la doctrine juridique musulmane et les textes législatifs sont en totale rupture. Alors si les textes législatifs consacrant l'apostasie semblent ressusciter la doctrine classique, notamment celle des premières écoles juridiques musulmanes, les théologiens et juristes contemporains semblent être, toutefois, d'accord pour dire que « le Coran ne prévoit aucune sanction terrestre contre l'apostasie et que la liberté de conscience est le fondement même de l'Islam »⁴⁸, puisqu'il n'y a « point de contrainte en religion »⁴⁹.

Le deuxième problème porte, quant à lui, sur la preuve de l'apostasie. En effet, les législations que je viens de citer ne précisent pas les moyens de preuve à mettre à la disposition des justiciables — puisque ce délit peut être soulevé par tout musulman — et qui peuvent être appréciés objectivement par le juge du procès. Faut-il se contenter de l'aveu de l'apostat? Si c'est le cas, comment peut-on alors s'assurer que l'aveu en question est libre, éclairé et exempt de toute forme de crainte? Ce questionnement n'est ni hypothétique ni le fruit d'une simple gymnastique intellectuelle. Pour preuve, voici le récit d'une affaire, presque surréaliste, qui a eu lieu devant un tribunal algérien : une affaire d'héritage se passait à Chleff, dans l'ouest de l'Algérie, où le justiciable, de nationalité française, s'est vu accusé d'apostasie. En effet, le magistrat du tribunal civil de Chleff a accusé l'homme de s'être converti au christianisme. La personne en question a pourtant présenté les certificats de son mariage dûment contracté à la mosquée de Paris, confirmant, ainsi, qu'il était toujours musulman. Le document présenté attestait aussi que l'homme s'était marié en 1975 avec une Française d'origine marocaine qui s'est convertie à l'Islam. Mais en dépit de ces attestations, le prétendu apostat s'est vu privé de son héritage au profit de son frère, de sa mère et de sa sœur⁵⁰.

48. C'est l'opinion de nombreux théologiens, à l'instar de Jamal al-Banna et Mahmoud Chaltout. Pour plus de détails, voir Jabeur Fathally, *Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté de droit/Section droit civil, Université d'Ottawa, 2012 aux pp 195–96.

49. *Coran*, *supra* note 27, sourate 2, verset 256.

50. Mouna Mohammed Cherif, « La conversion ou l'apostasie entre le système juridique musulman et les lois constitutionnelles dans l'Algérie indépendante » dans Cahiers d'études du religieux, *Numéro spécial : Actes de la journée Jeunes chercheurs sur la conversion* (2011), en ligne : *OpenEdition Journals* <www.journals.openedition.org/cerri/809>.

Certes, l'apostasie, qui s'apparente à une forme de mort civile, s'oppose au droit québécois, non seulement parce qu'elle est contraire aux droits et libertés qui fondent le système des valeurs canadiennes et québécoises, mais aussi au droit successoral québécois, lequel ne permet l'ouverture de la succession que par la mort, réelle ou présumée, du *de cuius*⁵¹. L'institution romaine de la mort civile, autrefois reconnue par les droits français⁵² et québécois⁵³, n'existe plus en droit québécois, et les demandes d'apostasie déposées aux diocèses du Québec n'ont aucune valeur juridique. C'est pour cette raison que je pense qu'il est inconcevable, pour reprendre les mots de la professeure Angeles L Aguado dans son étude sur les relations hispano-marocaines en matière de successions⁵⁴, d'ouvrir, par exemple, la succession d'un Algérien, qui possède des biens au Québec et qui été déclaré apostat chez lui! Également, si un Algérien domicilié au Québec désigne dans son testament, conformément à l'article 3098, al 2 CcQ, la loi algérienne comme étant le droit applicable à sa succession et si, entre-temps, son fils est déclaré apostat par un tribunal algérien et par conséquent indigne de succéder à son père au terme de l'article 138 du *Code de la famille algérien*⁵⁵, la loi algérienne désignée ne sera pas applicable au fils, parce qu'elle conduit d'une façon évidente non seulement à priver d'une façon importante, voire totalement⁵⁶, l'enfant du défunt « d'un droit de nature successorale auquel il aurait eu droit en l'absence d'une telle désignation »⁵⁷, mais aussi et surtout parce qu'elle est incompatible avec l'ordre public international « tel qu'il a été introduit

51. Arts 92 et 613 CcQ. Voir également la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ c A-1.001, art 96.

52. En France, même si la notion (tombée en désuétude dans les faits) existait encore dans le *Code civil* jusqu'à 2001, l'article 718 de ce code (abrogé en 2001) disposait que « les successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile! »

53. Au Québec, la mort civile est abolie par la loi dite *Loi abolissant la mort civile*, SQ 1906, c 38.

54. Angeles Lara Aguado, « Les relations hispano-marocaines en matière de successions » dans Rachel B Rosenbloom, dir, *Paix et sécurité internationales* (janvier-décembre 2016) 4 *Revue maroco-espagnole de droit international et relations internationales* 283.

55. Cet article dispose que « sont exclus de la vocation héréditaire, les personnes frappées d'anathème et les apostats ».

56. Cette possibilité est prévue à l'article 24.1d) de la *Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, en ligne : *Conférence de La Haye de droit international privé* <www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=62>. Le Québec n'est pas partie à cette Convention. Cette règle a été reprise à l'article 3099, al 1 CcQ, mais en choisissant plutôt la notion de « proportion importante » à celle de « totalement ».

57. Art 3099, al 1 CcQ.

dans l'ordre juridique québécois »⁵⁸. Également, je pense qu'un jugement de partage, rendu par un tribunal algérien, ne sera pas applicable pour la partie de la succession au Québec, car son résultat serait « manifestement incompatible » avec ce même ordre public international⁵⁹. Ce raisonnement est également valable pour une autre cause d'indignité successorale musulmane, à savoir la différence de religion.

C. La différence de religion (*ikhtilāf-din*)

Cette cause, dite également de disparité de cultes ou de préférences religieuses, est reconnue par toutes les législations musulmanes contemporaines, à l'exception de la Tunisie et de la Turquie⁶⁰. Elle a été largement développée par les écoles juridiques classiques, lesquelles sont unanimes à interdire à tout héritier non musulman de recueillir la succession d'un musulman⁶¹, en se basant notamment sur le verset coranique qui dicte que « jamais Allah ne donnera une voie aux mécréants contre les croyants »⁶², ainsi que sur la parole du prophète, qui dit que « le musulman n'héritera pas de l'infidèle, ni l'infidèle du musulman »⁶³. Cependant, les législations musulmanes auront des positions différentes lorsque l'infidèle se convertit à l'Islam avant le partage de la succession. Pour ce cas, « l'école hanbalite se séparant en cela des autres rites orthodoxes (les autres écoles juridiques classiques, à savoir les écoles hanafite, chaféite et malékite), lui accorde le droit d'hériter, par égard pour sa conversion »⁶⁴. L'autre divergence entre ces écoles concerne l'application de cette interdiction dans le sens opposé, c'est-à-dire l'exclusion — ou la non-exclusion — du musulman de sa vocation successorale dans la succession d'un non-musulman. Si la majorité des écoles sont pour l'application réciproque de la règle, une minorité de jurisconsultes et des compagnons du prophète ont admis la possibilité pour le musulman d'hériter d'un non-musulman. Cette position est défendue notamment par Sa'id ibn al-Musayyib (642–715), Mu'adh Ibn Jabal (605–639) et Mu'āwiya ibn

58. Art 3081 CcQ. Voir Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 289.

59. Art 3155(5) CcQ.

60. Zaher, *supra* note 35.

61. Ahmed Ibn Rushd (Averroès), *supra* note 37 à la p 523. Voir également Abdel-Hamid, *supra* note 17 aux pp 45 et s. Voir aussi Luciani, *supra* note 17 à la p 151.

62. *Coran*, *supra* note 27, sourate 3, verset 141.

63. Luciani, *supra* note 17 à la p 150.

64. *Ibid* à la p 151. Voir aussi Abdel-Hamid, *supra* note 17 à la p 45.

'AbīSufyān (602–680)⁶⁵. Pour ces derniers, si le musulman est autorisé à épouser une non-musulmane (l'inverse est interdit), il y a donc lieu, par analogie, de permettre au musulman d'hériter d'un non-musulman⁶⁶. L'exemple ci-dessous, cité d'ores et déjà par certains auteurs⁶⁷, montre les difficultés que les écoles classiques — suivies en cela par les législations contemporaines — ont créées en introduisant cette cause d'indignité :

Un infidèle meurt laissant une femme enceinte; on attend, pour répartir la succession, la fin de la grossesse. Si la veuve, avant sa délivrance, se convertit à l'islamisme [*sic*] son enfant naît musulman: il conserve cependant son droit d'héritier et, musulman, il hérite d'un infidèle⁶⁸!

Et voici les diverses réponses données à cette situation :

Les chaféites admettent en effet que la conversion de la mère entraîne, comme conséquence, celle de l'enfant; mais d'après l'opinion de la plupart des docteurs malékites, un enfant qui n'est pas encore parvenu à l'âge de la raison ne doit être considéré converti à l'islamisme que par voie de conséquence de la conversion de son père! [...]. La raison donnée par Ben El Haïm: le droit de l'enfant s'est ouvert pendant qu'il était encore à l'état de fœtus; or à ce moment il n'était pas musulman, et par suite, les biens du père non musulman ont été recueillis par un non-musulman⁶⁹.

Pour les législations musulmanes contemporaines, l'introduction de cette cause d'indignité est de nature à soulever non seulement des problèmes d'applicabilité, mais également de constitutionnalité. Ainsi, cette discrimination basée sur l'affiliation religieuse semble contredire « les droits fondamentaux reconnus dans la Constitution mauritienne »⁷⁰. Un auteur se demande, non sans raison, si les dispositions du *Code du statut personnel de la Mauritanie* faisant de la différence de religion « un empêchement à la succession » sont conformes à l'alinéa 3

65. Ahmed Ibn Rushd (Averroès), *supra* note 37 à la p 523.

66. *Ibid.*

67. Luciani, *supra* note 17 à la p 151.

68. *Ibid* à la p 152.

69. *Ibid* à la p 153.

70. Sylvain Monteillet, « L'islam, le droit et l'État dans la Constitution mauritanienne » (2002) *L'Afrique politique* 69 à la p 88.

du préambule de la Constitution, qui « fait référence à la “garantie intangible” de certains droits : égalité, libertés et droits fondamentaux de la personne humaine »⁷¹, et à l'article premier de cette même constitution, qui « assure l'égalité des citoyens devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe ou de condition sociale »⁷². À cela s'ajoute la ratification par la Mauritanie, en 1986, de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, dont l'article 2 dispose que :

Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation⁷³.

Cette même Charte est ratifiée par l'Égypte, dont la Constitution de 2014 fut, à en croire ses rédacteurs, rédigée en vue de réaliser « l'égalité des droits et des devoirs entre nous, sans discrimination aucune »⁷⁴. Selon cette même Constitution :

[L]es citoyens sont égaux devant la loi : égaux en droits, en libertés et en devoirs publics, sans discrimination de religion, de croyance, de sexe, d'origine, de race, de couleur, de langue, d'invalidité, de niveau social, d'affiliation politique ou d'appartenance géographique, ou toute autre raison. La discrimination et l'incitation à la haine sont des crimes pénalisés par la loi. L'État assure les mesures nécessaires pour éliminer toutes formes de discrimination⁷⁵.

La Constitution iranienne vise, quant à elle, à supprimer les « discriminations injustes et la création de moyens équitables pour tous, dans tous les domaines matériels et spirituels »⁷⁶ et à garantir l'égalité à tous

71. *Ibid.*

72. *Constitution de la République islamique de Mauritanie*, en ligne (pdf) : <www.wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/mr/mr001fr.html>.

73. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, en ligne (pdf) : <www.african-court.org/fr/images/Basic%20Documents/Charte%20africaine%20des%20droits%20de%20l'homme%20et%20des%20peuples.pdf>.

74. *Constitution de la République arabe d'Égypte*, préambule, en ligne (pdf) : <www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/eg/eg060fr.pdf>.

75. *Ibid.*, art 53.

76. *La Constitution de la République islamique d'Iran*, art 3.9, en ligne (pdf) : <www.ebrahimemad.net/as-iran/la-constitution-de-la-republique-islamique-d-iran.pdf>.

« hommes et femmes » et à créer une justice équitable et « une égalité devant la loi »⁷⁷.

Des dispositions quasiment similaires à celles de la Constitution égyptienne sont reproduites dans la majorité des constitutions des pays musulmans. Même si elle n'a pas été portée devant les tribunaux, l'inconstitutionnalité de l'indignité successorale pour disparité de cultes, au regard de la majorité des constitutions des pays musulmans, semble être bien fondée en droit. Étonnamment, c'est dans la jurisprudence d'un pays dont le *Code du statut personnel* n'interdit pas la succession entre musulman et non-musulman et ne reconnaît pas l'apostasie que cette cause d'indignité a fait l'objet de controverses doctrinales⁷⁸ et jurisprudentielles! C'est le cas de la Tunisie. En effet, dans sa version arabe, qui fait foi, l'article 88 du *Code du statut personnel tunisien* dispose que « l'homicide volontaire est parmi les empêchements à la successibilité ».

Plus limitative, la version française du même article prévoit que « l'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité ». La version arabe était à la base d'un jugement rendu par la Cour de cassation tunisienne privant une femme tunisienne de recueillir sa part successorale dans la succession de sa mère au motif qu'elle a épousé un non-musulman. Selon les juges de la Cour :

Elle [la femme en question] était devenue apostat par suite de son mariage [...]. Et que la diversité de religion constitue un des empêchements en matière de Succession, selon les règles du Droit musulman, lesquelles ne sont pas en contradiction avec ce que stipule l'art 88 du *Code du SP*, car celui-ci n'a mentionné, parmi les empêchements à la Succession, que l'homicide volontaire, confiant ainsi les autres empêchements à l'*ijtihad* [effort d'interprétation] du tribunal⁷⁹.

77. *Ibid*, art 3.14.

78. Voir par ex Maurice Borrmans, « Religion et succession en Tunisie » (1969) 49:1/3 *Oriente Moderno* 204, en ligne : *JSTOR* <www.jstor.org/stable/25815271>; Ali Mezghani, « Religion, mariage et succession : l'hypothèse laïque. À propos d'une révolution récente de la jurisprudence tunisienne » dans Kalthoum Meziou, dir, *Droits et culture : mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2008 à la p 345 et s; Souhayma Ben Achour, « Les successions en droit international privé tunisien : entre ambiguïté des textes et perplexité des juges » dans *ibid* à la p 245 et s; Monia Ben Jémia, « Non-discrimination religieuse et *Code du statut personnel tunisien* » dans *ibid* aux pp 261 et s.

79. Civ 1^{re}, 31 janvier 1966, Bull civ I, n° 71, cité dans Borrmans, *supra* note 78.

Selon la Cour, l'effort interprétatif ne peut être qu'un recours aux règles successorales classiques du droit musulman! À remarquer toutefois, que si

[t]ous les autres Codes de Statut personnel des pays arabo-musulmans mentionnent en certains de leurs articles qu'ils se réfèrent, fondamentalement et en cas de silence de la loi, au Droit musulman traditionnel selon son interprétation malékite ou hanafite, le Code tunisien a délibérément passé sous silence le problème de ses sources et de ses références⁸⁰.

Il faudra attendre un autre jugement de la même Cour⁸¹ pour clarifier la situation et pour exclure la différence de religion comme cause d'indignité⁸².

L'autre problème que soulève cette cause d'indignité et qui rend son application aléatoire et dangereuse consiste dans les moyens de sa preuve. La question est de taille. Certes, les législations musulmanes exigent qu'un non-musulman, pour se convertir à l'Islam, prononce, devant une autorité religieuse telle qu'un *mufti* (Tunisie) ou une institution religieuse reconnue (telle que *al-azhar* en Égypte) ou devant un juge d'un tribunal civil (Maroc) ou religieux (Émirats arabes unis), le témoignage musulman par lequel le nouveau converti « témoigne qu'il n'y a pas de divinité digne d'adoration hormis Allah et témoigne que Muhammad est le Messenger d'Allah ». Cette profession de foi doit être faite de bonne foi, devant deux témoins, et sans fraude! Un certificat de conversion est par la suite accordé au nouveau musulman. Or, ce certificat ne garantit en rien la véritable intention du converti. Plus encore, sur un terrain purement religieux, la conversion est un acte individuel, spirituel, et n'a pas à être confirmée par un quelconque certificat. Rien n'empêche un Robinson Crusoe se trouvant sur son île au bout du monde d'adhérer à l'Islam. Je pense que l'exigence de ce certificat est inutile et s'oppose au message de l'Islam. Plus encore, cette exigence peut créer des situations fâcheuses « et un désordre incalculable »⁸³, surtout lorsque la conversion d'une personne intervient avant sa mort, à l'insu ou sans la connaissance de ses

80. *Ibid.*

81. Civ 3^e, 5 février 2009, Bull civ I, n° 23.

82. Monia Ben Jémia, « Migration et genre, de, vers et à travers la Tunisie » dans *Note de synthèse et d'analyse — Série sur genre et migration, module juridique*, CARIM-AS 2010/60, Fiesole (Italie), Institut universitaire européen, 2010 à la p 3.

83. Zaher, *supra* note 35 à la p 367.

héritiers⁸⁴. Par application de la règle de disparité de cultes, la conversion à l'islam a pour effet d'anéantir le testament, auparavant rédigé par le converti avant sa conversion! Le « testament pourrait ainsi être invalidé, et ce, bien que le bénéficiaire le tenait pour valable. Le rattachement religieux agit rétroactivement en matière de statut personnel et successoral »⁸⁵, créant une instabilité juridique et conduisant à « des situations contraires à l'équité »⁸⁶. Il ne s'agit pas d'une situation hypothétique. Le jugement de la Cour suprême marocaine « relatif à la dévolution successorale d'un Français converti à l'islam avant sa mort »⁸⁷ est un exemple parmi d'autres des conséquences absurdes de la mise en œuvre de cette règle. Dans cette affaire, qui date de 1974, la Cour, après avoir rejeté « les arguments du pourvoi tenant à la nécessaire application de la loi française en tant que loi nationale du défunt désignée par la règle de conflit marocaine »⁸⁸, a décidé que la conversion implique *illico presto* l'application des règles successorales islamiques⁸⁹. Des décisions similaires ont été prises par des tribunaux égyptiens⁹⁰ et syriens⁹¹.

Au Québec, l'interdiction de toute discrimination « ou distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap »⁹² fait partie de l'ordre public québécois⁹³ et canadien⁹⁴. Cela veut dire, pour reprendre l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mouvement laïque québécois*

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

86. Fatna Sarehane, *Les conflits de lois relatives aux rapports entre époux en droit international privé marocain et tunisien*, thèse de doctorat, Paris, Paris II, 1984 à la p 15, cité dans Zaher, *supra* note 35 à la p 367.

87. Zaher, *supra* note 35 à la p 366.

88. *Ibid.*

89. *Ibid.*

90. Hadi Slim, *Les conflits de lois en matière de succession : étude comparative des systèmes libanais, égyptien et syrien*, Paris, Paris II, 1992 à la p 275.

91. *Ibid.*

92. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 10.

93. Beaulne, *supra* note 18 à la p 267.

94. L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, énonce que « tous et toutes ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment celle fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

c Saguenay (Ville), que « nul ne peut être contraint d'adhérer, directement ou indirectement, à une religion particulière ou d'agir de manière contraire à ses croyances »⁹⁵.

En matière successorale, un testament québécois ne peut pas inclure une clause d'exhérédation pour un motif religieux. Une telle clause d'exhérédation doit être assimilée à une sanction contraire à l'ordre public de l'article 758, al 2 CcQ. Cependant, si « le testateur a voulu assurer le maintien de dispositions contraires à l'ordre public, il faut effectivement considérer la clause d'exhérédation comme nulle »⁹⁶, puisqu'il s'agit alors d'une clause illicite, « contraire à l'ordre public » et donc « réputée non écrite », laquelle ne saurait être validée ni sur la base de la liberté testamentaire ni en prenant « en considération l'intention qu'a eue le testateur » au moment de la confection de son testament⁹⁷. La nullité de la clause ne pose pas problème lorsque le testament attaqué ne comporte que celle-ci (art 705 CcQ), puisque, dans ce cas, la succession échoit à titre *ab intestat* et l'ex-exhéredé reçoit sa part suivant les règles de la dévolution légale. Cependant, si le testament comporte, en sus de la clause d'exhérédation, des legs qui absorbent toute la succession, la nullité de la clause n'aura pas, à mon avis, d'effet sur l'attribution des autres legs et par conséquent, elle n'avantagera en rien le successible exhéredé.

L'indignité successorale basée sur la différence de religion peut, également, soulever des questions de droit international privé. Sur ce point, et bien que la jurisprudence québécoise n'ait pas eu l'occasion de se prononcer sur des situations similaires, je pense, tout comme d'autres auteurs, que « l'exclusion d'un héritier (une épouse non musulmane) fondée sur la religion » contenue dans une loi (algérienne) désignée par une personne X (citoyen algérien) de religion musulmane et domiciliée au Québec (en application du *professio juris* de l'article 3098, al 2 CcQ) et détenant des biens au Québec, comme loi régissant sa succession, est une clause contraire à l'ordre public québécois au sens des relations internationales (art 3081 CcQ), « qui ne saurait être tolérée »⁹⁸.

95. 2015 CSC 16 au para 69.

96. Voir Beaulne, *supra* note 18 à la p 379. Voir également Germain Brière, *Les successions*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1994 aux pp 481–82.

97. Beaulne, *supra* note 18 aux pp 271 et 278.

98. Jeffrey A Talpis, *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Montréal, Thémis, 2009 à la p 48: « Il en est notamment ainsi de la règle qui exclut une personne de la succession en raison de sa religion ».

La règle désavantageant la femme musulmane en matière successorale soulève, elle aussi, des problèmes aussi bien d'interprétation que d'applicabilité.

II. « À L'HOMME LA PART DE DEUX FEMMES »!

Le titre de cette section est un verset coranique qui ne cesse de susciter des controverses en Occident, mais également dans les pays musulmans. J'ose dire que cette règle est la plus connue du droit musulman en Occident, même s'il s'agit parfois d'une connaissance réduite, voire réductrice. Pour certains, la structure complexe et sophistiquée du système successoral musulman se résume dans cette règle, sans parler de ceux qui associent *ipso facto* l'intégralité du droit musulman à cette même règle en lui ajoutant, parfois et au gré des débats et des auditeurs, les règles qui commandent l'amputation de la main des voleurs et la lapidation des femmes adultères. Cependant, mes recherches me permettent de soutenir que cette règle attribuant, dans une succession, à l'homme le double de la part de la femme n'est pas à l'abri de tout effort interprétatif (A) et que son introduction (et application) dans la majorité des législations musulmanes contemporaines constitue une discrimination à l'égard des femmes (B) et peut soulever des problèmes d'applicabilité dans les juridictions, qui, comme le Québec, consacrent, constitutionnellement, l'égalité entre les hommes et les femmes (C).

A. Fondements scripturaires et domaine d'application

Si la succession testamentaire, qui a été cernée par des limitations draconiennes de la part des écoles juridiques musulmanes et par les législations musulmanes contemporaines, a fait l'objet de 11 versets coraniques, la succession *ab intestat* n'en a fait l'objet que de 3. Parmi ces derniers, deux parlent de l'héritage des hommes et des femmes quand ils se trouvent au même degré de parenté par rapport au *de cujus*. Il s'agit des versets 11 et 176 du chapitre dit des « Femmes » (sourate *an-Nissa'*). Or, la compréhension du contenu de ces deux versets dépendra de l'interprétation qui sera faite des deux mots-clés, soit les verbes arabes « *youssikôm* », cité dans le verset 11, et « *youf-tikôm* », utilisé dans le verset 176. La question est de savoir si Dieu ne fait que recommander/conseiller aux croyants une forme particulière de partage ou s'Il ordonne/prescrit ladite forme. Les traductions françaises de ces versets n'étaient pas à l'abri de cette incertitude

linguistique. Dans la première traduction du Coran, celle faite au XVI^e siècle par André du Ryer (1580–1660), le verbe «*youssikôm*» a été traduit par «recommander». Ainsi, dans cette traduction, le verset 11 du chapitre dit des «Femmes» (sourate *an-Nissa'*) se lit comme suit :

Dieu vous recommande vos enfants, le fils aura autant que deux filles, s'il y a des filles, plus de deux, elles auront les deux tiers de la succession du défunt, s'il n'y en a qu'une, elle aura la moitié, et ses parents, la sixième de ce qu'aura délaissé le défunt, s'il n'y a point d'enfants et que les parents soient héritiers, la mère du défunt aura le tiers, s'il y aura des frères, la mère aura la sixième, après avoir satisfait aux legs contenus dans le testament et aux dettes. Donnez-leur la portion ordonnée de Dieu [mon soulignement]⁹⁹.

Mais le verbe «*youftikôm*» du verset 176 du même chapitre fut traduit par André du Ryer par «enseigner». Ce verset se lit : «Ils t'interrogeront sur les successions, Dieu vous enseigne touchant les successions comme suit... s'ils sont plusieurs frères et plusieurs sœurs, le fils aura autant que deux filles... Dieu vous enseigne ses commandements»¹⁰⁰.

Plus tard, dans la version de Claude-Étienne Savary, ce même verbe est traduit par «commander» et le verset 11 devient :

Dieu vous commande, dans le partage de vos biens entre vos enfants, de donner aux mâles une portion double de celle des filles. S'il n'y a que des filles, et qu'elles soient plus de deux, elles auront les deux tiers de la succession [...]. Dieu vous a dicté ses lois [mon soulignement]¹⁰¹.

Au XIX^e siècle, alors qu'il va traduire le verbe «*youftikôm*» du verset 176 par le verbe «éclairer»¹⁰², Albert Félix I Kazimirski (1808–1887) a gardé, dans sa traduction, le verbe commander comme équivalent français du verbe arabe «*youssikôm*»¹⁰³, tout en traduisant le verbe

99. George Sale, *L'Alcoran de Mahomet*, vol 1, traduit par André du Ryer, Amsterdam, Arkstée et Merkus, 1775 aux pp 448–49, en ligne : [Gallica <www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k63424624/f526.image>](http://www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k63424624/f526.image).

100. *Ibid* à la p 472.

101. Claude-Étienne Savary, *Le Coran traduit de l'arabe, accompagné de notes, et précédé d'un abrégé de la vie de Mahomet*, vol 1, Amsterdam, Les Libraires Associés, 1783 à la p 81, en ligne : [Gallica <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1180996m/f353.image.r=commande>](https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1180996m/f353.image.r=commande).

102. *Ibid* à la p 112.

103. Albert Félix I Kazimirski, *Le Koran, traduction nouvelle faite sur le texte arabe*, Paris, Charpentier, 1869 à la p 65, en ligne : [<www.lenoblecoran.fr/albert-kazimirski/>](http://www.lenoblecoran.fr/albert-kazimirski/).

«*youftikôm*» par le verbe «instruire»¹⁰⁴. Dans les années soixante, Régis Blachère préfère quant à lui utiliser le verbe d'action «commander», en traduisant le verset comme suit: «Voici ce dont Allah vous fait commandement au sujet de vos enfants» [mon soulignement]¹⁰⁵. Dans la traduction de Denise Masson, le même verbe est traduit par «ordonner»¹⁰⁶. Avec Jacques Berque¹⁰⁷ et Malek Chebel, on assiste à un retour au verbe «recommander». Selon ce dernier, le verset se lit ainsi:

Pour vos enfants, Allah vous recommande le partage suivant: pour le garçon, une part égale à celles de deux filles. Si le nombre des filles dépasse deux, elles héritent des deux tiers de ce qui a été légué. Mais s'il n'y a qu'une seule fille, elle hérite de la moitié [...]. Telles sont les directives d'Allah [mon soulignement]¹⁰⁸.

Les traductions anglaises du Coran ont elles aussi connu ces différences¹⁰⁹. Il va sans dire que les verbes «ordonner» et «recommander» n'ont pas les mêmes significations. Il suffit d'ouvrir le dictionnaire pour en saisir les différences. Les écoles juridiques musulmanes classiques donneront une interprétation presque unanime à ces deux versets. Pour ces écoles, il s'agit bien de commandements clairs et obligatoires sans possibilité de dérogation. Les législations musulmanes contemporaines suivront cette interprétation. Dans toutes ces législations, lorsqu'ils se trouvent au même degré de parenté par rapport au *de cuius*, les hommes reçoivent le double de la part des femmes. L'explication souvent véhiculée par les défenseurs de cette interprétation réside dans les obligations et les responsabilités financières pesant sur l'homme. En sa qualité de père, l'homme doit subvenir à tous les

104. *Ibid* à la p 85.

105. *Le Coran (al-Qor'ân)*, traduit de l'arabe par Régis Blachère, Paris, GP Maisonneuve et Larose, 1966 à la p 105.

106. *Le Coran*, traduit de l'arabe par Denise Masson, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1967 à la p 93.

107. Jacques Berque, *Le Coran: un nouvel essai de traduction*, Paris, Albin Michel, 1995 à la p 96.

108. *Le Coran*, nouvelle traduction de Malek Chebel, Paris, Fayard, 2009 à la p 72.

109. Si Alexander Ross, premier traducteur du Coran en anglais, a utilisé en 1649, le verbe «*recommend*» pour «*youssikôkm*» et le verbe «*to teach*» pour «*youftikôm*» (*Say to them God teacheth you touching successions*), George Sale va, dans sa traduction datant de 1777, utiliser le verbe «*to command*» pour traduire «*youssikôm*» (*God hath thus commanded you concerning your children. A male shall have as much as the share of two female... this is an ordinance from God*), et le verbe «*to declare*» pour traduire le vocable arabe «*youftikôm*» (*God declareth unto you these precepts*).

besoins de sa fille jusqu'à son mariage. Frère, il doit assumer les mêmes responsabilités (en cas de décès ou d'inaptitude du père). Et enfin, en sa qualité de mari, « c'est lui qui paie la dot, c'est à lui, seul, qu'incombent toutes les charges du ménage »¹¹⁰.

À cette, explication, qui disons-le, ne reflète pas les réalités socio-économiques des femmes musulmanes et leur grande contribution aux charges familiales, de nombreux théologiens et juristes musulmans ajoutent, non sans raison, que cette inégalité ne concerne que des cas limités. Pour preuve, les combinaisons du partage successoral musulman montrent que cette inégalité n'existe que dans 4 cas, alors que dans 10 cas, la femme hérite plus que l'homme, et que dans 8 autres cas, les hommes et les femmes reçoivent la même part. Or, cet argument, aussi exact soit-il, ne concerne pas les femmes et les hommes qui se trouvent dans le même lien de parenté et aux mêmes degrés de proximité par rapport au défunt.

B. Règle discriminatoire

Force est de constater que, confrontée aux instruments de droit international en matière de droits des femmes, la règle dite de *tafdol*¹¹¹, dans sa compréhension et son application actuelles dans les pays musulmans, est une règle discriminatoire qui favorise les hommes au détriment des femmes. C'est pour cette raison que des voix se sont levées, soit pour demander l'abrogation pure et simple de cette règle, soit pour proposer une nouvelle lecture des versets sur l'héritage, qui s'inscrivent dans ce qu'ils appellent l'esprit de justice divine. Parmi ces auteurs, je cite particulièrement l'islamologue syrien Muhammad Shahrour et la féministe et auteure marocaine Asma Lamrabet.

Dans son livre *Vers de nouveaux fondements à la jurisprudence islamique : la question de la femme (le testament, l'héritage, la polygamie, l'habillement)*, Muhammad Shahrour s'oppose à toutes les écoles juridiques musulmanes qui ont « entériné » l'abrogation des versets autorisant le testament. Pour lui, la succession testamentaire, basée sur la liberté du testateur, est la vraie succession coranique¹¹². Cette liberté est de nature à contrecarrer toute règle discriminatoire à l'égard

110. Yvon Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, vol 2, Paris, Mouton et Co-Page, 1966 à la p 21.

111. Aguado, *supra* note 54 à la p 294.

112. Damas, *Al ahali li-atibawaannachr*, 2000 aux pp 222 et s.

des femmes. S'agissant des versets qui accordent à l'homme le double de la part de la femme, Shahrour dit que ces versets ont été mal compris et mal interprétés par la doctrine juridique musulmane classique et contemporaine¹¹³. Selon lui, une méthode scientifique basée sur l'analyse mathématique montre que cette règle ne peut s'appliquer que dans des cas précis où le nombre des successibles femmes représente le double du nombre des successibles hommes (un homme [fils] contre deux femmes [filles] ou deux hommes contre quatre femmes, etc.). C'est-à-dire qu'en présence de deux successibles, une femme (fille) et un homme (fils), la règle ne s'applique pas. Par conséquent, la femme (fille du *de cuius*) reçoit la même part que son frère (fils du *de cuius*), soit la moitié de la succession. Aussi audacieuse qu'elle soit, cette lecture ne semble pas résoudre tous les cas d'inégalité, tels que celui de la succession qui échoit à trois successibles, un homme (fils) et deux femmes (filles)! Pourquoi, dans ce cas, l'homme reçoit-il le double de la part de la femme?

L'auteure Asma Lamrabet propose, quant à elle, aux musulmans d'éviter « l'application "littérale" du verset concernant la fratrie dans notre contexte d'aujourd'hui, qui est devenu structurellement injuste »¹¹⁴. Pour elle, les règles successorales musulmanes sont fondées sur le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, consacré dans les versets 7¹¹⁵ et 32¹¹⁶ du chapitre 4, et cette égalité est à la fois obligatoire (*nasîban mafrûdan*) et valable « quelle que soit l'importance de la succession »¹¹⁷.

Or, si Muhammed Shahrour va, à cause de ses idées, être accusé d'hérésie et même d'apostasie, Asma Lamrabet va, quant à elle, subir des pressions politiques et médiatiques et sera « contrainte à la démission (de son poste de directrice du Centre des études féminines en

113. *Ibid* aux pp 235 et s.

114. Asma Lamrabet, *Femmes et hommes dans le Coran. Quelle égalité?*, Paris, Albouraq, 2012 à la p 148. Voir aussi l'opinion d'autres juristes musulmans comme Khaled Abou el Fadl, *The Great Theft: Wrestling Islam From the Extremists*, San Francisco/New York, Harper Collins Publishers, 2005 à la p 131.

115. Ce verset commande ce qui suit : « Aux hommes revient une part de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches; et aux femmes une part de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches, que ce soit peu ou beaucoup, une part fixée ».

116. Ce verset commande ce qui suit : « Ne convoitez pas ce qu'Allah a attribué aux uns d'entre vous plus qu'aux autres; aux hommes la part qu'ils ont acquise, et aux femmes la part qu'elles ont acquise. Demandez à Allah de Sa grâce. Car Allah, certes, est Omniscient ».

117. Lamrabet, *supra* note 114 à la p 140.

Islam) en raison de ses propos sur l'égalité entre femmes et hommes dans l'héritage»¹¹⁸.

C'est un fait. Dans les sociétés musulmanes, la question du partage successoral demeure une question délicate en dépit de l'existence de différentes interprétations des textes coraniques et en dépit de celle d'autres moyens et procédés « licites », comme les donations, les fiducies et les différents types de cessions des parts successorales, pour contourner les applications rigides et contraignantes de ces règles. Pis encore, les faits montrent que, sous le poids des coutumes sociales patriarcales et machistes et de certains arrangements familiaux iniques¹¹⁹, ces moyens ou procédés, notamment les donations, le *takhârruj* et le *tanazûl*, sont utilisés pour avantager les hommes au détriment des femmes, comme le prouvent les études menées à ce sujet en Jordanie¹²⁰ et en Palestine¹²¹ et qui montrent que ce sont les femmes qui « cèdent » souvent leurs droits successoraux à leurs frères pour « gagner les cœurs de ces derniers »¹²² et pour préserver les liens familiaux. Les pays musulmans qui ont adopté de nouvelles constitutions, à l'instar de l'Égypte¹²³, de la Tunisie¹²⁴ et du Maroc¹²⁵, n'ont pas, jusqu'à ce jour, réaménagé leurs législations successorales pour se conformer aux dispositions de leurs constitutions et à leurs

118. Charlotte Bozonnet, « Asma Lamrabet, féministe en Islam », *Le Monde* (21 mai 2018), en ligne : *Le Monde* <www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/19/asma-lamrabet-feministe-en-islam_5301678_3232.html>.

119. François Burgat, « Le règlement des conflits tribaux au Yémen » (2005) 3:1 *Égypte/Monde arabe* 101, en ligne : *OpenEdition Journals* <www.journals.openedition.org/ema/1042>.

120. Siraj Sait et Hillary Lim, *Land, Law and Islam: Property and Human Rights in the Muslim World*, London, Zed Books, 2006 à la p 120.

121. *Ibid.*

122. *Ibid* à la p 122.

123. En Égypte, l'article 11 de la Constitution de 2011, *supra* note 74, prévoit que « [l']État veille à l'égalité entre femmes et hommes dans tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, dans les conditions prévues par la Constitution ».

124. En Tunisie, l'article 20 de la Constitution énonce que « [l]es citoyens et les citoyennes, sont égaux en droits et devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination aucune », voir *Constitution de la République Tunisienne 2022*, en ligne : Jurisite <www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/Constitution_2022/menu.html>.

125. Au Maroc, l'article 19 de la Constitution dispose que [l]'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la Constitution ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume, et ce, dans le respect des dispositions de la constitution, des constantes et des lois du Royaume.
Maroc, *Constitution du 1^{er} juillet 2011*, en ligne <<https://mjp.univ-perp.fr/constit/ma2011.htm>>.

engagements internationaux, notamment ceux découlant de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979*¹²⁶.

Il est toutefois tentant de trouver une autre explication à cette règle inégalitaire en disant que les règles successorales, partout dans le monde, y compris au Québec, n'ont jamais été égalitaires!

C. La place de l'inégalité successorale dans le droit québécois

L'inégalité en matière successorale est un fait économique. Les études économiques montrent, pour utiliser les mots de l'économiste américain Alan Blinder, que « *it is true that the distribution of inheritances is terribly unequal and, as such, is a contributor to the total inequality in incomes* »¹²⁷. Les dispositions du *Code civil du Québec* n'accordent pas, par exemple, à la conjointe (conjoint survivant) la même quote-part qu'aux descendants du défunt même s'ils appartiennent au même ordre des successibles, de même qu'elles n'accordent pas à un frère utérin la même portion que celle attribuée à un frère germain. Cette inégalité légale peut être accentuée par l'attribution de legs testamentaires et par l'exhérédation d'un successible légal. Or, ce fait économique ne peut être considéré comme une source de discrimination *de jure* contre une catégorie de successibles en raison de leur sexe, religion ou race. La preuve en est que tous les successibles, peu importe leur sexe, leur religion et leur couleur, sont soumis aux mêmes règles et seront avantagés ou désavantagés seulement en raison de leurs liens de parenté et de leur proximité du défunt. La situation ici diffère largement du cas musulman où la femme reçoit la moitié de la part accordée à l'homme en dépit de l'existence du même lien et du même degré de parenté par rapport au défunt. La femme est l'objet d'une discrimination parce qu'elle est une femme. En droit successoral québécois, la femme est soumise aux mêmes règles que l'homme. Certes, avant 1915, la femme québécoise était considérée, en sa qualité d'épouse, comme une successible « irrégulière [e] [qui] ne venait à la

126. Surtout que certains pays comme la Tunisie et le Maroc ont levé toutes les réserves qu'ils avaient formulées à l'égard de certaines dispositions de la Convention. Pour plus de détails, voir Juliette Gaté, « Droits des femmes et révolutions arabes » (2014) 6:5 R Dr Homme, en ligne: *OpenEdition Journals* <www.journals.openedition.org/revdh/929>.

127. Alan S Blinder, « A Model of Inherited Wealth » (1973) 87:4 QJ Econs 608, en ligne: *Oxford Academic* <www.academic.oup.com/qje/article-abstract/87/4/608/1843874?redirectedFrom=fulltext>.

succession qu'après le douzième degré»¹²⁸, mais cette règle s'appliquait également aux époux. La loi dite *Loi Pérodeau de 1915*¹²⁹ n'a fait que corriger la situation des conjoint.e.s survivant.e.s. En plus d'être consacrées dans les dispositions du Code civil, l'égalité entre les hommes et les femmes et l'interdiction de toute discrimination basée sur le sexe constituent des valeurs constitutionnelles et, par conséquent, elles font partie de l'ordre public québécois. Une clause testamentaire qui exhèrède une femme en raison de son sexe est une clause « contraire à l'ordre public et est réputée non écrite »¹³⁰.

Cela dit, dans la pratique, les Québécois de confession musulmane ont trouvé dans le principe de la liberté de tester consacrée par les articles 703 et 704 du Code civil un moyen de régler leurs successions en prévoyant des legs qui correspondent aux quotes-parts successorales musulmanes telles qu'appliquées dans leurs pays d'origine¹³¹. Les juges québécois ont d'ores et déjà validé le contenu d'un testament olographe dont la principale disposition se lit comme suit : « Si, lors de mon décès, il s'avère que j'ai des sommes d'argent, des biens immobiliers ou autres biens, je vous recommande de les distribuer entre vous suivant la loi islamique relative au partage des successions comme ordonné par Allah, Gloire à Lui! »¹³².

Mais qu'en est-il si, pour reprendre l'exemple utilisé par le professeur Jeffrey A Talpis, « un citoyen iranien, ayant son domicile au Québec désigne la loi iranienne comme loi applicable à sa succession »¹³³, tout en sachant que la loi désignée conformément à l'article 3098, al 1 CcQ applique la règle successorale coranique qui accorde à la femme la moitié de la part de l'homme? Le professeur Talpis pense que dans ce cas, « la loi étrangère pourrait être tolérée (nonobstant l'égalité des sexes selon la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec) »¹³⁴

128. Jacques Soucy, « Quelques aspects des successions dans notre système juridique » (1959) 4:1 C de D 29 à la p 33. Voir également Beaulne (mise à jour par Christine Morin), *supra* note 18 à la p 10.

129. *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, SQ 1915, c 74 (loi connue sous l'appellation de *Loi Pérodeau*).

130. Art 757 CcQ. Pour plus de détails sur l'évolution du statut de la conjointe survivante en droit québécois, voir Germain Brière, « La dévolution légale des successions selon le *Code civil du Québec* » (1989) 20:1 RGD 79 aux pp 81–83.

131. Voici un modèle de testament utilisé par des associations islamiques au Canada : Brampton Islamic Center, *Last Will and Testament*, en ligne (pdf) : <www.bsia.ca/pdf/Last-Will.pdf>.

132. *Soliman*, *supra* note 11 au para 37.

133. *Supra* note 98 à la p 49.

134. *Ibid.*

au motif que cet Iranien « aurait pu désigner la loi québécoise pour régir toute sa succession (art 3098, al 2 CcQ) et qu'il aurait ainsi pu [en se prévalant de la liberté de tester [mon ajout]] doubler la part successorale de son fils par rapport à celle de sa fille »¹³⁵. Je pense, toutefois, que cet argument peut mener à une application quasi automatique des lois étrangères qui contiennent des dispositions discriminant les femmes et qu'il vide les articles 3081 et 3099, al 1 CcQ de leurs contenus. Selon moi, « cette question devra être tranchée au cas par cas »¹³⁶ par les autorités québécoises, et ce, pour les raisons suivantes : 1. contrairement aux cas de l'apostasie et de la différence de religion, cette règle dite de *tafdol* n'est pas d'application générale en droit musulman et elle ne concerne que des cas limités de successibles; 2. cette règle ne prive pas totalement la femme d'un droit de nature successorale. Les autorités québécoises saisies devraient toutefois décider, pour chaque cas et pourvu que le testament ne fasse aucune référence explicite à la règle religieuse, si la règle en question prive la femme d'une proportion importante de son droit successoral conformément à la restriction de l'article 3099, al 1 CcQ. Certes, cette évaluation comporterait le risque de mêler les éléments objectifs aux considérations subjectives¹³⁷, mais elle serait une meilleure solution pour rendre le partage successoral non seulement plus conforme à l'ordre public québécois, mais pour tenir compte du contexte et « des effets distributifs de chaque cas d'espèce »¹³⁸.

CONCLUSION

Aujourd'hui, les règles successorales musulmanes, leurs interprétations et leurs applications sont au centre des débats doctrinaux et des controverses politiques et médiatiques, aussi bien dans de nombreux pays musulmans qu'en Occident. Dans les pays musulmans, les débats tournent principalement autour de la nécessité de proposer de nouvelles interprétations et de nouvelles lectures du droit successoral musulman, qui s'adaptent aux nouvelles réalités socioéconomiques des sociétés musulmanes, notamment aux rôles économiques et sociaux qu'occupent les femmes.

135. *Ibid.*

136. Emanuelli, *supra* note 58 à la p 340.

137. *Ibid.*

138. Pascale Fournier, *Mariages musulmans, tribunaux de l'Occident: les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013 à la p 233.

J'en veux pour preuve la proposition faite par la Commission tunisienne des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE) destinée à réaménager certaines règles du droit successoral, dont l'abolition du système d'agnat qui prive la femme de sa qualité d'héritière universelle par elle-même¹³⁹ et l'établissement d'une égalité entre les hommes et les femmes, lorsqu'ils se trouvent au même ordre et au même degré de proximité du *de cujus*¹⁴⁰. Au Maroc, « une centaine de personnalités marocaines, anciens ministres, auteurs, universitaires, journalistes, chercheurs en pensée islamique »¹⁴¹ ont signé une pétition pour réformer le droit successoral actuel et rétablir l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁴². À cet égard, je pense que ces réformes sont possibles et peuvent s'inscrire facilement dans l'esprit et la finalité des textes coraniques. Je pense également que le point de départ de cette réforme se trouve dans l'acceptation du caractère optionnel et préventif des règles successorales coraniques et la reconnaissance de la latitude accordée par les textes coraniques et les paroles du prophète aux personnes pour disposer librement de leurs biens. Un *soufi* marocain n'avait-il pas dit que « la révélation progressive "*tanjim*" du Coran est achevée en tant que texte, mais pas en tant que sens »¹⁴³?

Au Québec, contrairement à certains pays européens¹⁴⁴, la question de l'application des règles successorales musulmanes ne s'est pas

139. Commission des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE), *Rapport Commission des libertés individuelles et de l'égalité: Présidence de la République*, Tunisie, 2018 à la p 211 (en version arabe seulement, les versions française et anglaise ne sont pas disponibles pour le moment), en ligne (pdf) : <www.colibe.org/wp-content/uploads/2018/06/Rapport-COLIBE.pdf>.

140. *Ibid.*

141. Mohamed Berkani, « Héritage au Maroc: 100 personnalités appellent à l'égalité homme-femme », *France Info* (21 mars 2018), en ligne : <www.francetvinfo.fr/monde/afrique/societe-africaine/heritage-au-maroc-100-personnalites-appellent-a-legalite-homme-femme_3056339.html>.

142. *Ibid.*

143. H'mida Ennaifer, *Les commentaires coraniques contemporains: analyse de leur méthodologie*, Études arabes n° 30, Rome, Pontifical Institute of Arab and Islamic Studies (PISAI), 1998 à la p 105.

144. À titre d'exemple, cette affaire de succession musulmane qui a fait l'objet de multiples jugements devant les tribunaux français, allemands et suisses: *AA et al c JA et KA*, 2^e Cour de droit civil (arrêt 5A_355/2016 du 21 novembre 2016) en ligne : <www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-11-2016-5A_355-2016&lang=de&type=show_document&zoom=YES&>.

Dans cette affaire, les frères et sœurs d'un riche musulman décédé en 2007 ont perdu leur recours contre la veuve du défunt, de confession chrétienne, devant le Tribunal fédéral (TF), voir Tribunal fédéral, « Le TF rejette une succession selon le droit musulman », *Tribune de Genève* (20 février 2018), en ligne : *TdG Savoirs* <www.tdg.ch/savoirs/Le-TF-rejette-une-succession-selon-le-droit-musulman/story/13277590>.

posée devant les tribunaux, mais cela ne veut pas dire que ces règles ne sont pas suivies par les Québécois de confession musulmane. En effet, la liberté testamentaire qui caractérise le droit québécois pourrait faciliter leur introduction silencieuse et, *de facto*, dans l'espace juridique québécois¹⁴⁵.

Certes, un testament musulman au Québec ne peut pas contenir des clauses écrites, noir sur blanc, privant certaines personnes de leurs droits successoraux en raison de leur apostasie ou de leur appartenance à une religion différente ou discriminant la femme en raison de son sexe. Néanmoins, rien n'empêche que le testament d'un Québécois de confession musulmane puisse comporter des clauses d'exhérédation et des parts successorales différentes qui ne font que traduire, sans les annoncer, les règles religieuses musulmanes. Faut-il rappeler que « le Code civil n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et exécutoires »¹⁴⁶?

Je conclus mes propos en rappelant cette citation d'un juriste suisse, selon laquelle, pour le comparatiste, le droit des successions est « une mine inépuisable [et qu'] il n'y a guère d'autres domaines du droit civil où l'on puisse constater une telle variété de solutions »¹⁴⁷. Le présent texte confirme bien ce constat.

145. Jeffrey A Talpis, « Religious Inheritance Laws by the Front and Back Doors: How Wide Open Is the Door in Quebec? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec (SFCBQ), *Développements récents en succession et fiducies*, vol 391, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 à la p 37.

146. *Brucker c Marcovitz*, 2007 CSC 54 au para 51.

147. Bernard Dutoit, « Perspectives comparatives sur la succession *ab intestat* » dans *Le droit des successions en Europe : actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003*, Genève, Droz, 2003 à la p 5.