

# HEINONLINE

Citation: 25 Can. J.L. & Soc. 167 2010

Content downloaded/printed from  
HeinOnline (<http://heinonline.org>)  
Sat Mar 26 21:20:29 2011

- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at <http://heinonline.org/HOL/License>
- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.
- To obtain permission to use this article beyond the scope of your HeinOnline license, please use:

[https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?  
&operation=go&searchType=0  
&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0829-3201](https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0829-3201)



## Courtiser Dieu devant les tribunaux occidentaux

Pascale Fournier\*

### Introduction

Le recours à l'arbitrage religieux en matière familiale a récemment soulevé la controverse au Canada, amorçant un débat houleux sur les limites du multiculturalisme à l'intérieur des démocraties libérales<sup>1</sup>. En dépit de la diversité des positions politiques suggérées sur le plan idéologique, tous s'entendent pour affirmer que le droit religieux et le droit séculier constituent deux sphères normatives et légales distinctes. Or, une telle vision n'est pas nécessairement partagée par les femmes religieuses en quête d'un divorce, ces dernières entretenant un rapport complexe et intéressé avec le religieux et le séculier comme entités aux bénéfices et coûts différenciés. En fait, la famille peut aisément être perçue par ces femmes comme un *marché* dans l'ombre duquel elles négocient, dans différents aspects de leur vie privée et collective, leur pauvreté

\* Pascale Fournier, professeure agrégée et Vice-doyenne à la recherche, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa; S.J.D. (Harvard) 2007. Cet article a reçu, en 2009, le prix du concours juridique de la Fondation du Barreau, catégorie « manuscrit d'article juridique » et, en 2010, une « mention honorable » dans le cadre du concours d'essai juridique de l'Association canadienne des professeurs de droit. Une version antérieure de cet article a aussi été choisie pour présentation au Harvard-Stanford International Junior Faculty Forum, en octobre 2008, à l'Université Stanford et à l'Institut d'été de la Fondation Pierre Elliott Trudeau, en mai 2009, à Gananoque. J'aimerais remercier les organisateurs des deux événements, William Alford, Lawrence M. Friedman, Bettina B. Cenerelli et Pierre-Gerlier Forest, et tout particulièrement souligner l'excellent travail de la traductrice de la Fondation Trudeau, Véronique Dassas. La version originale anglaise a été publiée sous : Fournier, Pascale, « Flirting with God in Western Secular Courts: Mahr in the West », (2010) 24:1 *The International Journal of Law, Policy and the Family* 1–28. Un merci spécial à mes trois compagnons adorés, Xavier M. Milton, Charles et Pierre Fournier-Milton.

<sup>1</sup> Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Shari'a Law: Examining Ontario's Arbitration Act and Its Impact on Women », 1.1 *Muslim World Journal of Human Rights* 1-24 (2004); Avigail Eisenberg, « Identity, Multiculturalism, and Religious Arbitration: The Debate over Sharia Law in Canada », in *Sexual Justice/Cultural Justice*, Barbara Arneil *et al.* (dir.), (New York: Routledge, 2007), p. 211–238; Anna C. Korteweg, « The Sharia Debate in Ontario: Gender, Islam, and Representations of Muslim Women's Agency » (2008) 22 *Gender and Society* 434; Ayelet Shachar, « Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law » (2008) 9 *Theoretical Inq. L.* 573; Sherene H. Razack, *Casting Out: The Eviction of Muslims from Western Law and Politics* (Toronto: University of Toronto Press, 2008); Sherene H. Razack, « The 'Sharia Law Debate' in Ontario: The Modernity/Premodernity Distinction in Legal Efforts to Protect Women from Culture » (2007) 15 *Fem. Legal St.* 3; J.-F. Gaudreault-Desbiens, « Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society », (2005) 19 *National Journal of Constitutional Law* 155.

ou leur richesse, leur appartenance nationale, leur liberté ou leur soumission sexuelle, leurs conditions maritales, leur relation à Dieu. Le présent article aborde cette problématique en examinant la prise en considération par quatre systèmes juridiques occidentaux (Canada, États-Unis, France et Allemagne) d'une institution juridique donnée, le *Mahr*, et les stratégies employées par les femmes musulmanes pour revendiquer des droits auprès du religieux et du séculier dans les pays sous étude.

*Mahr*, qui signifie récompense (*ajr*) ou cadeau nuptial, est le terme que le droit islamique de la famille utilise pour désigner « le cadeau que le marié doit offrir à son épouse lors de l'exécution du contrat de mariage et qui devient la propriété de celle-ci ».<sup>2</sup> Le *Mahr* est habituellement divisé en deux parties : la partie payée au moment du mariage, d'une valeur souvent minimale, est appelée *muajjal*, et la partie substantielle, payée lors du décès du mari ou du divorce des époux, est appelée *muwajjal*<sup>3</sup>. Les enjeux soulevés par le transfert juridique du *Mahr* surgissent d'ordinaire en situation de crise : lors de la dissolution de leur mariage, des femmes musulmanes mariées selon la tradition religieuse islamique et vivant dans des États libéraux occidentaux font appel à un tribunal civil pour réclamer l'exécution du *Mahr*, en alléguant le refus de leur mari de leur remettre le montant dû. Sur la base d'une étude comparée de la jurisprudence<sup>4</sup> portant sur le transfert juridique du *Mahr*, le présent article cherche à élucider certaines des questions suivantes : Par quelles approches discursives les tribunaux ont-ils interprété le *Mahr*? Les hommes et les femmes marié-e-s religieusement et souhaitant rompre les liens du mariage courtisent-ils Dieu devant le forum séculier dans le but de s'assurer d'un traitement économique optimal? Comment cette séduction secrète fonctionne-t-elle?

Cet article insiste sur le fait que les conséquences *distributives* plutôt que la reconnaissance identitaire constituent la pierre angulaire de l'évaluation des recours juridiques possibles pour les femmes musulmanes devant les tribunaux occidentaux. En matière de droit de la famille, l'exécution du *Mahr* par les tribunaux occidentaux possède un pouvoir distributif important, bien que le *Mahr* soit souvent considéré comme une simple expression de reconnaissance religieuse par le système judiciaire. Par ailleurs, l'impact distributif du *Mahr* est loin d'être homogène et prévisible. Le *Mahr* tel que transposé institutionnellement par les tribunaux occidentaux devient tantôt une pénalité

<sup>2</sup> Ma traduction de « the gift which the bridegroom has to give to the bride when the contract of marriage is made and which becomes the property of the wife », dans E. J. van Donzel *et al.*, dir., *The Encyclopaedia of Islam*, new ed., vol. 6, Leiden, E. J. Brill, 1991 à la p. 78.

<sup>3</sup> Voir généralement Mohd Afzal Wani, *The Islamic institution of mahr: a study of its philosophy, working and related legislations in the contemporary world*, 1<sup>re</sup> éd., Noonamy, Kashmir, Upright Study Home, New Delhi, Marketed by Qazi Publishers and Distributors, 1996.

<sup>4</sup> Afin d'obtenir les décisions portant sur le transfert juridique du *Mahr* au Canada, aux États-Unis, en France et en Allemagne, j'ai notamment utilisé les termes « Mahr », « Sadaq », « la dot », « dower », « Maher », « Meher » dans les banques de données françaises, anglaises et allemandes disponibles. J'ai aussi inclus dans mes recherches les décisions d'instances inférieures qui ont été renversées en appel, parce que ces décisions présentaient une approche alternative intéressante à l'intérieur du spectre idéologique.

exceptionnelle imposée au mari musulman (les tribunaux ajoutent le montant du *Mahr* au partage des biens familiaux et à la pension alimentaire), tantôt une pénalité exceptionnelle pour l'épouse musulmane (en vertu du droit international privé, le *Mahr* remplace la pension alimentaire et le partage équitable des biens). Dans d'autres cas, le fait que le *Mahr* soit inapplicable pour une femme dépendante économiquement conduit à un bénéfice exceptionnel (en invoquant le droit international privé, on rejette le *Mahr* comme étant contraire à « l'ordre public » et ce sont les normes occidentales d'équité qui s'appliquent). Pour illustrer ce cadre distributif, j'utiliserai plusieurs courts scénarios dans lesquels un personnage fictif, Leïla, s'engage dans une tactique de négociation lors du divorce avec son mari Samir, le *Mahr* étant le principal objet du litige. En présentant les nombreux aspects contradictoires du *Mahr* comme pénalité ou bonus, j'évaluerai l'interaction entre le droit islamique et le droit occidental. Je tenterai également de prédire les pertes et les gains subjectifs auxquels Leïla peut s'attendre advenant l'exécution du *Mahr*.

### 1.0 *Mahr* au carrefour du droit de la famille musulman

Par le biais de trois formes de divorce (*Talaq*, *Khul* et *Faskh*), le droit islamique de la famille détermine le moment où le mari et l'épouse peuvent ou ne peuvent engager des procédures de divorce et les différents coûts reliés à chaque forme de divorce<sup>5</sup>. *Talaq* (la répudiation) entraîne le divorce par simple déclaration unilatérale du mari<sup>6</sup>. Cette liberté inconditionnelle du mari de divorcer selon son bon vouloir et pour n'importe quel motif s'accompagne par contre de l'obligation (coûteuse) de payer la totalité du *Mahr* dès que le troisième *Talaq* est prononcé<sup>7</sup>. En revanche, il n'est pas facile pour une femme d'obtenir le divorce sans le consentement de son mari. Non seulement n'a-t-elle pas accès à la répudiation mais elle ne pourra mettre fin à son mariage hors tribunaux que dans la mesure où son mari lui en aura explicitement délégué le pouvoir dans le contrat de mariage<sup>8</sup>. À défaut, elle peut faire appel aux tribunaux pour un divorce *Khul* ou *Faskh*. Le *khul* est un divorce à l'initiative de la femme, mais avec le consentement préalable de son mari : toutefois, c'est le tribunal (*qadi*) qui doit l'accorder. De plus, une telle forme de divorce dégage financièrement le mari de son devoir de payer le *Mahr* reporté<sup>9</sup>. Dans le cas du *Faskh*, un divorce pour faute à l'initiative de

<sup>5</sup> Pour une étude approfondie de ces concepts, voir Pascale Fournier, *In the (Canadian) Shadow of Islamic Law : Translating Mahr as a Bargaining Endowment*, 44:4 Osgoode Hall L. J. 649–677 (2006).

<sup>6</sup> Dawoud Sudqi El Alami et Doreen Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World* 22 (1996).

<sup>7</sup> Asaf A. A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law* 133 (4<sup>e</sup> édition 1974); Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* 167 (1982); N. J. Coulson, *A History of Islamic Law* 207 (1964); Judith E. Tucker, *Women in Nineteenth-century Egypt* 54 (1985); John L. Esposito with Natana J. DeLong-Bas, *Women in Muslim family law*, 2<sup>nd</sup> ed. Syracuse, (N. Y.: Syracuse University Press, 2001), à 36.

<sup>8</sup> Muhammad Abu Zahra, « Family Law, in Origin and Development of Islamic Law », dans *Law in the Middle East* 132, 140–141 (Majid Khadduri et Herbert J. Liebesny (dir.), 1955).

<sup>9</sup> Sudqi El Alami et Hinchcliffe, voir note 6, à 27–28; Abdal-Rehim Abdal-Rahman Abdal-Rahim, « The Family and Gender Laws in Egypt during the Ottoman period », dans

la femme, celle-ci doit démontrer devant la cour que son cas correspond aux quelques motifs limités sur la base desquels le divorce peut être accordé<sup>10</sup>. Si tel est le cas, elle aura droit au *Mahr*. Cette description du droit islamique de la famille classique s'exprime toutefois différemment dans la jurisprudence comparée actuelle.

## 2.0 *Mahr* dans le giron occidental

Les tribunaux occidentaux ont traduit le *Mahr* à travers le prisme de trois approches interprétatives : le pluralisme juridique, l'égalité formelle et l'égalité substantielle<sup>11</sup>. Ces trois modes d'interprétation perçoivent la nature juridique du *Mahr* de manière fort différente. Alors que le pluralisme juridique conçoit le *Mahr* comme un élément central à la reconnaissance culturelle et religieuse, l'égalité formelle le reçoit comme un simple contrat séculier et l'égalité substantielle incorpore des principes d'équité dans sa régulation. Malgré ces distinctions fondamentales, ces trois approches partagent néanmoins une idéologie libérale commune. Dans le tableau 1, je présente brièvement les trois formes idéologiques employées par le pouvoir judiciaire.

## 3.0 L'angle du réalisme juridique : le *Mahr* comme contradictions

Dans cette partie, je m'appuie sur le réalisme juridique pour présenter la nature contradictoire du processus judiciaire. En analysant la jurisprudence comparée, je suggère l'existence de deux contradictions qui ont souvent accompagné le *Mahr* dans le voyage qui l'a mené jusqu'aux tribunaux occidentaux : la contradiction doctrine-résultat et la contradiction fin-moyens.

### 3.1 La contradiction doctrine-résultat

La contradiction doctrine-résultat<sup>12</sup> pourrait fort bien être un effet de la nature profondément contradictoire du droit et de la décision judiciaire<sup>13</sup>. S'appuyant sur des cas concrets, cette section cherche à comprendre l'indétermination entre la doctrine juridique employée par le juge, d'une part, et le résultat émanant des jugements empruntant au pluralisme juridique, d'autre part. Dans cette analyse, on aura recours à la thèse de l'indétermination des *Critical Legal Studies* (CLS) pour comprendre la « manipulation » du résultat par rapport à la doctrine<sup>14</sup>.

---

*Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* 105 (Amira El Azhary Sonbol (dir.), 1996); Tucker, voir note 7, à 54.

<sup>10</sup> Alami et Hinchcliffe, *supra* note 6, à 29.

<sup>11</sup> Pour une analyse détaillée de la manière dont le pluralisme juridique, l'égalité formelle et l'égalité substantielle influencent l'exécution du *Mahr*, voir Pascale Fournier, « Transit and Translation: Islamic Legal Transplants in North America and Western Europe », (2009) 4:1 *The Journal of Comparative Law* 1–38.

<sup>12</sup> Dans cette partie, j'utilise le terme résultat pour désigner la décision dans une affaire donnée, à savoir l'exécution ou l'inexécution du *Mahr*.

<sup>13</sup> Voir généralement Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1997).

<sup>14</sup> Cette thèse postule que l'interprétation que les juges donnent de la doctrine juridique peut, dans certains cas, produire des résultats opposés : il en est ainsi en raison du fait que le matériel juridique à la disposition des juges présente bon nombre de lacunes, de

Tableau 1

	<i>Idéologie libérale fondée sur le pluralisme juridique</i>	<i>Idéologie libérale fondée sur l'égalité formelle</i>	<i>Idéologie libérale fondée sur l'égalité substantielle</i>
Le <i>Mahr</i> en tant que ...	L'État occidental considère le <i>Mahr</i> dans le cadre du droit familial musulman.  Le juge occidental désigne un dépositaire de l'essence même de l'Islam par l'intermédiaire de l'imam en tant que témoin expert.  Le <i>Mahr</i> est l'expression d'une identité religieuse.	L'État occidental considère le <i>Mahr</i> dans le cadre du droit contractuel occidental.  Le juge occidental conçoit le système libéral comme étant dénué d'un rôle représentatif pour la femme musulmane.  Le <i>Mahr</i> est un contrat, peu importe la race, le sexe ou la religion des parties.	L'État occidental considère le <i>Mahr</i> dans le cadre du droit familial occidental.  Le juge occidental se fonde sur la politique identitaire libérale de l'égalité des sexes (le droit de la famille vise aussi à protéger la catégorie des femmes).  Le <i>Mahr</i> est une coutume religieuse qui a une incidence sur l'égalité substantielle.
Le <i>Mahr</i> est ...	Le <i>Mahr</i> est exécutoire à titre de coutume islamique.  OU Le <i>Mahr</i> est inexécutoire parce qu'il s'agit d'un concept trop « étranger » pour qu'une décision soit prise par un juge (non musulman) occidental.	Le <i>Mahr</i> est exécutoire à titre de contrat.  OU Le <i>Mahr</i> est inexécutoire parce qu'il ne respecte pas certaines conditions contractuelles occidentales.	Le <i>Mahr</i> est exécutoire mais son montant doit respecter les règles d'équité du droit familial occidental.  OU Le <i>Mahr</i> est inexécutoire parce qu'il est contraire au principe de l'égalité des sexes : le partage égal des biens communs à la dissolution du mariage des époux est appliqué.

*Continued*

Tableau 1 *Continued*

	<i>Idéologie libérale fondée sur le pluralisme juridique</i>	<i>Idéologie libérale fondée sur l'égalité formelle</i>	<i>Idéologie libérale fondée sur l'égalité substantielle</i>
Juris- prudence	→ (Canada) <i>Nathoo c. Nathoo</i> , [1996] B.C.J. n° 2720 (C.S.)	→ (Canada) <i>Amlani v. Hirani</i> , 2000 CarswellBC 2663	→ (Allemagne) <i>OLG Koeln</i> , IPRax 1983, 73 (Cologne)
	→ (France) Cour de Cassation Chambre 01, Décision du Mardi 4 avril 1978, 1978– 000137	→ (États-Unis) <i>Odatalla v. Odatalla</i> , Superior Court of New Jersey (2002)	→ (Québec) <i>M.H.D. v. E.A.</i> , décision de première instance, citée dans Droit de la famille— 1466, 23 septembre 1991, No 500–09– 001296–896
	→ (Allemagne) <i>OLG Bremen</i> , FamRZ 1980, 606.	→ (France) Cour de Cassation, Chambre civile, December 2, 1997, (Pourvoi)	→ (Québec) <i>M.F. c. M.A.A.</i> , Cour supérieure, 11 mars 2002, N° 500-12- 254264–009
	→ (Québec) <i>I. (S.) v. E. (E.)</i> , Cour supérieure du Québec, 2005 CarswellQue 8765	→ (États-Unis) <i>Shaban v. Shaban</i> , Court of Appeal, Fourth District, California (2001)	→ (Allemagne) <i>OLG Koeln</i> IPRax 1983, 73 (Cologne).
	→ (États-Unis) <i>Akileh v. Elchahal</i> , Florida Family Law Division, 7549M1285	→ (Allemagne) <i>BGH</i> , 28 Jan 1987 (Bundesgerichtshof (Court suprême fédérale), IPRax 1988	→ (Canada) <i>Vladi v. Vladi</i> , Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, 1987 CarswellINS 72
	→ (Canada) <i>Kaddoura c. Hammoud</i> (1998) O.J. n° 5054 (C.J.Ont.)		→ (France) <i>Arrêt de la Cour d'appel de Douai</i> , 8 janvier, 1976: N. 76-11-613

contradictions et d'ambiguïtés. Par conséquent, devant une question juridique dans un cas donné, le juge peut accomplir son travail en interprétant la « doctrine juridique » de façon à produire, stratégiquement, le résultat du litige. Cette section identifie ce champ stratégique en examinant la façon dont la thèse de l'indétermination des CLS se présente dans les cas du

Le premier exemple est *IPRax* 1983, une décision allemande par laquelle le *Mahr* a été interprété comme étant exécutoire. Force est de constater que le droit international privé en Allemagne est pluraliste dans son intention de reconnaître et de légaliser les différences religieuses/culturelles : les tribunaux allemands s'en remettent, dans les affaires touchant le droit de la famille, au « droit du pays d'origine »<sup>15</sup>. En l'espèce, les deux parties étant des citoyens iraniens, mariés en Iran, le tribunal a donc appliqué le droit de la citoyenneté. Devant l'absence de tout contrat écrit ou verbal, le juge a accepté la preuve apportée par l'expert religieux qui témoignait de l'existence d'un *Mahr al-mithl* islamique. Le *Mahr al-mithl* est une forme de « *Mahr* proprement dit », dont le montant est déterminé en bonne et due forme par comparaison avec « le *Mahr* que reçoivent d'autres femmes de la famille de l'épouse, par exemple des sœurs, des tantes paternelles et des cousines »<sup>16</sup>. En l'espèce, la politique de la reconnaissance qui sous-tend en grande partie la doctrine juridique a même conduit le tribunal allemand à consulter, étudier et évaluer le code iranien de la famille. De fait, la femme a soutenu qu'étant donné son statut socio-économique privilégié, l'exécution de la doctrine juridique islamique entraînerait le versement de 75 000 euros plus 4 % d'intérêt au titre du *Mahr al-mithl* à la manière islamique.

Cependant, pour qu'il puisse être correctement transféré dans son nouveau contexte social, le *Mahr al-mithl* a été réécrit par le juge en fonction du contexte allemand et plus particulièrement celui de la ville de Hambourg. Ainsi, de conclure le juge, le *Mahr al-mithl* à la manière allemande équivaut en l'espèce à 10 000 euros, scindé en versements mensuels de 1000 euros, un montant établi en fonction de ce qui serait versé à une Allemande de Hambourg se trouvant dans la même situation. Ici la relation contradictoire entre la doctrine et le résultat s'exprime ainsi : étant donné l'indétermination de la doctrine juridique, d'autres doctrines (allemandes) ont interféré entre la doctrine (islamique) et le résultat, donnant ainsi au litige une issue très différente de celle à laquelle on aurait pu s'attendre à partir de la seule doctrine (islamique) iranienne. De plus, les intérêts économiques qui se cachent derrière la décision juridique sont clairs. Pour la femme musulmane concernée, les conséquences distributives oscillent d'une demande initiale de 75 000 euros plus 4 % d'intérêt à titre de *Mahr al-mithl* à la manière islamique à une somme de 10 000 euros à titre de *Mahr al-mithl* à la manière allemande. Ces enjeux matériels particuliers ont-ils pu justifier la « manipulation » de la doctrine juridique et donc du résultat qui en a découlé?

---

pluralisme juridique : alors que la doctrine juridique islamique devrait nous entraîner dans une certaine direction, d'autres doctrines entrent en jeu pour aboutir à des résultats opposés. Voir Duncan Kennedy, « Freedom and Constraint in Private Law Adjudication : A Critical Phenomenology », 36 *J. Legal Educ.* 518 (1986); Duncan Kennedy, « A Left-Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation », dans *Problemas Contemporaneos de la Filosofia Del Derecho* (Cáceres et al. eds., 2005). Voir aussi Mark Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », 16 *QLR* (1996).

<sup>15</sup> Mathias Rohe, « Islamic Law in German Courts », dans *l'Hawwa* 47 (2003).

<sup>16</sup> David Pearl et Werner Menski, *Muslim Family Law*, 180 (3<sup>e</sup> édition, 1998).

Le second exemple, la décision *Kaddoura*, illustre le choix du juge de recourir à une interprétation du *Mahr* basée sur une analyse des politiques plutôt que sur un raisonnement juridique déductif. Dans l'affaire *Kaddoura*, un tribunal canadien a conclu que toutes les conditions reliées à la définition et à l'exécution d'une entente entre les époux conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi sur le droit de la famille*<sup>17</sup> avaient été remplies : Sam et Manira avaient de concert signé le contrat de *Mahr*; les parties avaient consenti à ce contrat librement et de leur plein gré; aucune preuve ne démontrait que la clause exigeant le paiement de 30 000 \$ au titre du *Mahr* reporté était vague ou que le contrat avait été signé dans des circonstances inégalitaires ou de contrainte<sup>18</sup>. Ainsi, on aurait pu prévoir, avec un certain degré de certitude, que le *Mahr* aurait été exécuté comme un simple contrat familial semblable à ceux que l'on négocie quotidiennement en droit de la famille. Or, quelle surprise de constater que la chaîne causale entre doctrine juridique et résultat a été rompue par l'introduction d'une autre doctrine juridique : le principe (américain!) de la séparation entre l'Église et l'État<sup>19</sup>! En effet, en comparant le *Mahr* avec l'engagement chrétien des époux à « s'aimer, se respecter, se venir en aide et rester fidèles »<sup>20</sup>, le juge Rutherford a conclu que le *Mahr* référait davantage à un devoir religieux et non civil, d'où son caractère inexécutoire. Ce résultat est d'autant plus surprenant que la jurisprudence concernant le paragraphe 52(1) de la *Loi sur le droit de la famille* ne prévoit pas cette exception religieuse et la cour n'a cité aucun précédent, si ce n'est cette référence vague à la doctrine américaine de la séparation de l'Église et de l'État.

### 3.2 La contradiction fin/moyens

On peut expliquer comme suit la limitation que les moyens exercent sur les fins : pour parvenir aux fins qu'ils cherchent à atteindre sur les plans idéologique ou discursif, les tribunaux ne disposent pas (en Occident) des moyens nécessaires pour y arriver. Par conséquent, le *Mahr* ne peut passer d'une culture juridique à une autre.

#### 3.2.1 Le *Mahr* en tant que greffe juridique culturellement transformée?

Le pluralisme juridique, dans toutes les affaires qui s'en réclament, a toujours tenté de faire du *Mahr* un tranfert juridique, c'est-à-dire de le recréer par les différentes voies de la reconnaissance culturelle : comme « manifestation de l'identité » au Canada; comme « coutume islamique » en France et en Allemagne; comme « relié au divorce *Khul* » au Québec et aux États-Unis. Or les tribunaux occidentaux ont fait subir au *Mahr* des transformations considérables au cours de tous ces déplacements.

<sup>17</sup> *Loi sur le droit de la famille*, R.S.O. 1990, c.F.3 (ca.), partie 1, s. 52(1).

<sup>18</sup> *Kaddoura v. Hammoud*, (1998) O.J. No. 5054, 44 R.F.L. (4th) 228, 168 D.L.R. (4th) 503, 1998 CarswellOnt 4747, 83 O.T.C. 30 (Ont. Gen. Div.), Par 16 et Par. 20.

<sup>19</sup> *Id.*, Par. 26.

<sup>20</sup> *Id.*, Par. 25. Ma traduction.

Les cas *Nathoo*<sup>21</sup> et *M.(N.M.)*<sup>22</sup> illustrent bien la contradiction relative au rapport pervers entre la fin et les moyens. Dans ces deux cas, les tribunaux ont donné de la religion l'image d'une entité organisée, globale, organique : les sujets musulmans *choisissent* d'être musulmans et une conséquence de ce choix est de faire exécuter le *Mahr* par les tribunaux. Ironiquement, le *Mahr* transposé ainsi dans les institutions occidentales s'est révélé être une pénalité exceptionnelle imposée au mari, ce qui ne peut ni s'expliquer ni se justifier du point de vue du milieu islamique d'origine. Dans le cas *Nathoo*, le tribunal de la Colombie-Britannique a exigé que le mari paie 37 747,17 \$ à son ex-femme au titre d'une répartition des biens familiaux et a imposé un *Mahr* d'une somme à part de 20 000 \$. De la même façon, dans le cas *M.(N.M.)*, le tribunal a ajouté les 51 250 \$ du *Mahr*<sup>23</sup> à une somme de 101 911 \$ à payer par le mari au titre du partage des biens familiaux, avec en plus une pension alimentaire de 2 000 \$ par mois.

Devant les spécificités de la culture juridique canadienne, le *Mahr* se heurte à des résistances évidentes. En fait, si l'on avait appliqué seulement le droit canadien de la famille, une « convention matrimoniale » aurait prévalu sur le régime étatique de séparation des biens; si l'on avait appliqué seulement le droit islamique de la famille, la femme musulmane n'aurait obtenu que le *Mahr* dans les cas de divorce *Talaq* et *Faskh* en plus d'une pension alimentaire pendant trois mois (la période du *Iddah*). Pour en arriver à des résultats aussi étranges—l'exécution du *Mahr plus* un partage inégal de la propriété selon les règles étatiques applicables—les tribunaux ont jugé que les conventions matrimoniales islamiques n'étaient pas soumises aux mêmes principes contractuels que pareilles conventions conclues entre personnes non religieuses. Ces décisions s'expliquent aisément à partir de la contradiction relative au rapport pervers entre la fin et les moyens. Ainsi, si le but est de faire exécuter le *Mahr* en tant qu'institution du droit islamique de la famille—comme si on était en Égypte, par exemple—, les tribunaux occidentaux ne peuvent se servir des moyens dont ils disposent pour y parvenir. En fait, les outils juridiques dont disposent les juges ne peuvent pas reproduire le *Mahr* égyptien—c'est-à-dire l'exécution du *Mahr* qui intègre le contexte du régime juridique islamique du divorce *Talaq*, *Khul* et *Faskh*.

### 3.2.2 Le *Mahr* projetant une intention contractuelle « religieuse »?

La contradiction relative au rapport pervers entre la fin et les moyens affecte aussi les cas faisant intervenir l'égalité formelle. Avec le mandat de ne pas reconnaître culturellement le *Mahr*, le discours juridique fondé sur l'égalité formelle a tenté de séculariser le *Mahr* et de simplement isoler l'« intention des parties ». Cependant, le processus d'analyse du droit contractuel propre au *Mahr* (des questions comme : les parties étaient-elles en mesure de

<sup>21</sup> *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (S.C.) (Cour suprême de la Colombie-Britannique).

<sup>22</sup> *M.(N.M.) v. M.(N.S.)*, 2004 CarswellBC 688; 2004 BCSC 346, 26 B.C.L.R. (4th) 80 (Cour suprême de la Colombie-Britannique).

<sup>23</sup> *Id.*, Par. 31.

conclure un contrat de *Mahr*? Y avait-il « accord de volonté » des deux parties concernant le *Mahr* immédiat et le *Mahr* reporté?), a involontairement introduit une intention religieuse en matière contractuelle. De fait, même s'ils prétendent le contraire, les tribunaux ont ainsi ouvert la porte à l'existence de cette intention contractuelle religieuse des parties.

Les cas *Aziz*, *Odatalla* et *Akileh* servent d'exemples. En fait, ces décisions américaines ont toutes trois insisté sur le fait que le caractère religieux du *Mahr* n'était pas pertinent : « Pourquoi un contrat promettant de payer une somme d'argent aurait-il moins valeur de contrat simplement parce qu'il est conclu lors de la célébration d'un mariage islamique<sup>24</sup>? » demande-t-on dans l'affaire *Odatalla*. « Ses termes séculiers sont applicables en tant qu'obligation contractuelle bien qu'ils s'intègrent dans une cérémonie religieuse<sup>25</sup> », répond le cas *Aziz*. Après tout, indique *Akileh*, l'entente du *Mahr* est « un contrat pré-nuptial<sup>26</sup> ». En vertu de l'approche de l'égalité formelle, le *Mahr* séculier devient une entente pré-nuptiale immédiatement applicable pourvu qu'elle recoupe les règles du droit contractuel. Toute l'ironie tient dans le fait qu'interpréter le *Mahr* comme *promesse-séculière-de-payer-de-l'argent-aux-termes-d'une-entente-pré-nuptiale* ne peut se comprendre, en termes contractuels, qu'en se référant aux intentions religieuses des deux parties. En rejetant *a priori* la pertinence de l'ombre islamique qui plane sur la négociation entre les époux quand ils marchandent et fixent le montant du *Mahr*, les tribunaux ont paradoxalement refusé de prendre en compte le droit contractuel qui représente le régime particulier et subjectif des ententes privées des parties. Qu'est-ce que la contradiction relative au rapport pervers entre la fin et les moyens empêche de voir dans ces affaires? Dans ce refus apparent des tribunaux d'explorer le rôle religieux des contrats dans l'ordre social, l'approche de l'égalité formelle dans *Aziz*, *Odatalla* et *Akileh* a projeté le *Mahr* en tant que contrat, mais a occulté le fait que le *Mahr* a sans doute été compris par monsieur *Aziz* ou madame *Odatalla* comme étant à exécuter selon le divorce *Talaq* ou *Faskh* mais pas selon le divorce *Khul*. Or le principal effet d'un *Mahr* reporté pendant le mariage est d'établir une structure de négociation à l'ombre du droit, qui dissimule et conserve un capital dans l'éventualité de certaines formes de divorce ou en cas de décès. L'approche de l'égalité formelle projetée et impose un « consentement » libéral à une obligation contractuelle qui ne relève pas forcément de l'intention des parties (musulmanes) elles-mêmes : dans *Aziz*, *Odatalla* et *Akileh*, le *Mahr* est dissocié du sens social et juridique islamique auquel il a été autrefois lié et devient applicable dans tous les cas (*Talaq/Khul/Faskh*), pourvu qu'il corresponde aux « principes de la neutralité du droit<sup>27</sup> ». Ces cas illustrent la relation perverse qui existe entre fins et moyens : la contradiction semble impossible à résoudre.

<sup>24</sup> *Odatalla v. Odatalla*, 810 A.2d 93, 309 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2002). Ma traduction.

<sup>25</sup> *Aziz v. Aziz*, 127 Misc.2d 1013, 1013, 488 N.Y.S.2d 123 (Sup.Ct.1985). Ma traduction.

<sup>26</sup> *Akileh v. Elchahal*, 666 So.2d 246, 248 (Fla. Ct. App. 1996). Ma traduction.

<sup>27</sup> Voir aussi *Schwartz v. Schwartz*, 153 Misc.2d 789, 583 N.Y.S.2d 716, 718 (Sup.Ct.1992).

### 3.2.3 L'illustration de la contradiction par les parties elles-mêmes : « l'homme mauvais » et « la mauvaise femme » de Holmes

Dans *The Path of Law*<sup>28</sup>, Holmes décrit le système juridique comme « un outil . . . destiné aux affaires » que les juristes tentent de prévoir et de maîtriser rigoureusement. Si la décision est pour les juges « la tâche d'examiner des considérations concernant l'intérêt de la société », les parties doivent non seulement connaître les règles pertinentes et les précédents, mais également « la valeur et l'importance relative des considérations qui s'opposent » et qui sont susceptibles d'influencer les juges. En insistant sur les conflits qui opposent les individus ou les groupes, Holmes développe sa fameuse théorie de l'« homme mauvais », de l'individu qui ne se préoccupe que des conséquences matérielles (et non des conséquences morales) de ses actes<sup>29</sup>. La théorie prédictive du droit de Holmes et son plaidoyer de la perspective de l'homme mauvais offrent des stratégies efficaces qui atténuent l'image trompeuse du droit. Dans cette partie, j'ajoute une autre dimension interne à la contradiction relative au rapport pervers entre la fin et les moyens : l'agir et le rôle actif des parties musulmanes elles-mêmes les unes par rapport aux autres et par rapport aux tribunaux occidentaux.

#### (a) Le mari musulman (religieux ou séculier) dans le rôle de l'homme mauvais

Dans la plupart des litiges conjugaux sous étude, les parties musulmanes donnent des interprétations contradictoires de l'Islam et plus généralement du rôle de la religion dans les pays séculiers occidentaux. Le mari musulman prétend souvent que les obligations imposées au titre du *Mahr* proviennent seulement du droit religieux islamique et ne peuvent donc être interprétées que par référence au dogme religieux. En conséquence, le *Mahr* relève strictement de la doctrine religieuse et ne peut être décidé que par les autorités religieuses; son exécution par un tribunal civil violerait le principe de la séparation de l'Église et de l'État. Très ironiquement, c'est au nom même de la religion que le mari musulman plaide pour la non-exécution du *Mahr*, une décision qui désengagerait de force sa responsabilité financière. Il s'agit là de l'argumentation développée par les maris dans *M.(N.M.)*<sup>30</sup>, *Kaddoura*<sup>31</sup>, *Aziz*<sup>32</sup>, et *Odatalla*<sup>33</sup>. Parfois, cependant, devant la perspective de jouir de bénéfices économiques supplémentaires, le mari musulman empruntera à la rhétorique séculière. Comment ces décisions sur le *Mahr* reflètent-elles les problèmes qui intéressent Holmes?

<sup>28</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law* (1897) (selections), dans *American Legal Realism* 15–24 (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (dir.), 1993).

<sup>29</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>30</sup> *M.(N.M.) v. M.(N.S.)*, 2004 CarswellBC 688; 2004 BCSC 346, 26 B.C.L.R. (4th) 80; Cour suprême de la Colombie-Britannique.

<sup>31</sup> *Kaddoura v. Hammoud*, (1998) O.J. No. 5054, 44 R.F.L. (4th) 228, 168 D.L.R. (4th) 503, 1998 CarswellOnt 4747, 83 O.T.C. 30 (Ont. Gen. Div.).

<sup>32</sup> *Aziz v. Aziz*, 127 Misc.2d 1013, 1013, 488 N.Y.S.2d 123 (Sup.Ct.1985).

<sup>33</sup> *Odatalla v. Odatalla*, 810 A.2d 93, 95 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2002).

La théorie de l'« homme mauvais » de Holmes offre un éclairage intéressant sur l'affaire *Odatalla*, une décision américaine d'un tribunal du New Jersey en 2002. Avec un cynisme apparent, monsieur Odatalla demanda aux tribunaux de *ne pas* exécuter le *Mahr*—prétendant que, selon ses convictions religieuses, seule une autorité islamique pouvait en décider<sup>34</sup>—, mais il a étrangement réclamé « une pension alimentaire et un partage équitable de certains bijoux, meubles, cadeaux de mariage et des dettes du couple<sup>35</sup> », ce qu'il n'aurait pas pu faire dans le cadre du droit islamique de la famille. La stratégie de monsieur Odatalla est celle de « l'homme mauvais » de Holmes en ce qu'il se sert du droit comme d'une stratégie pour obtenir ce qu'il veut, sur le plan économique et matériel, tout en minimisant l'importance du droit religieux (la morale de Holmes).

En se souciant uniquement de ce que la loi peut éventuellement *faire* pour lui, et non pas de ce qu'elle *est* abstraitement pour lui, il a présenté cet argument devant la cour de façon à ce qu'on l'oblige à payer *le moins possible*, et qu'il puisse en tirer le plus d'avantages possibles. Imaginons son raisonnement stratégique dans cette situation. Monsieur Odatalla a tenu compte des sanctions possibles et prévisibles que la loi pouvait lui imposer. La reconnaissance ou la non-reconnaissance de l'Islam en tant que religion, de lui-même en tant que croyant, et du *Mahr* en tant qu'institution religieuse était cruciale dans ses calculs. Est-ce que le mandat de la reconnaissance identitaire peut être payant?, s'est-il demandé. Sûrement pas; le *Mahr* peut être exécuté mais on aurait pu aussi lui interdire de profiter d'un partage équitable des biens familiaux. Est-ce que le mandat de la non-reconnaissance peut être payant? Sûrement pas; on peut l'obliger à payer une somme de 10 000 \$ au titre du *Mahr* sur la base d'une entente contractuelle préuptiale en plus du partage des biens de la famille. Considérant ces hypothèses complexes et tout à fait matérielles, monsieur Odatalla a présenté une position hybride efficace, à la fois religieuse et séculière, c'est-à-dire empruntant simultanément à la reconnaissance et à la non-reconnaissance : la non-exécution du *Mahr* pour des raisons religieuses; et « une pension alimentaire et un partage équitable de certains bijoux, meubles, cadeaux de mariage et des dettes du couple » pour des motifs séculiers. Sans doute a-t-il estimé que cette position permettait la maximisation économique.

Dans l'affaire canadienne *Amlani*<sup>36</sup>, la stratégie de l'« homme mauvais » sert à diriger l'attention sur le contexte des règles forgées par les parties elles-mêmes avant la décision d'exécuter le *Mahr*. En 2000, monsieur Amlani a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de reconnaître que le contrat de mariage passé lors de la célébration religieuse de son mariage ne représentait pas une « convention matrimoniale » selon l'article 61 de la *Family Relations Act*. Le *Mahr* ne devait donc pas être exécuté. Le contrat de mariage spécifiait cependant que monsieur Amlani devait « payer une

<sup>34</sup> *Id.*, 95.

<sup>35</sup> *Id.*, 94.

<sup>36</sup> *Amlani v. Hirani*, 2000 CarswellBC 2663.

somme convenue au titre du *Mahr* pour [son] épouse. Ceci devait s'effectuer en plus, *sans préjudice ou substitution*, de toutes [ses] obligations prévues par les lois du pays d'accueil<sup>37</sup> ». Ainsi déplacé et repositionné en Colombie-Britannique, le *Mahr* est désigné par le mari lui-même comme une institution différente et étrange par rapport à ce qu'il est dans le contexte du droit islamique de la famille, son point d'origine. En prévision d'une décision judiciaire (occidentale), le *Mahr* est ici coupé du régime des divorces *Talaq/Khul/Faskh*. D'une juridiction à une autre, la transposition s'est déjà amorcée : le *Mahr* intègre la complexité et la perversité du fait de courtiser avec les lois du pays d'accueil. Il s'ajoute à un régime bien établi de droit de la famille, celui du divorce sans faute et du partage équitable des biens familiaux. Il accepte de se définir lui-même comme une pénalité exceptionnelle pour le mari : dans ce cas particulier, le *Mahr* devient une dette de 51 000 \$ qui s'ajoute au partage équitable des avoirs familiaux.

Sur cette toile de fond d'un transfert juridique antérieur, monsieur Amlani s'est présenté devant la cour comme un homme religieux, revendiquant l'existence d'un *Mahr* purement religieux. Le rapport entre le « droit islamique »—tu obtiendras le *Mahr* et seulement le *Mahr* à condition que ce soit *moi* qui demande le divorce—et le « droit canadien »—tu peux demander le divorce *et* obtenir le *Mahr* *et* profiter du partage des biens—représente clairement pour l'« homme mauvais » la voie juridique la moins avantageuse. En fait, monsieur Amlani a en l'espèce choisi la voie *la plus* payante pour lui : le droit islamique *divorcé* des lois du pays d'accueil. Dans un tel régime et dans la situation particulière de cette affaire, monsieur Amlani n'aurait *rien* eu à payer. Il en est ainsi parce que sa femme s'est engagée dans ce que le droit islamique appelle le divorce *Khul* et qu'elle devait donc renoncer à 51 000 \$, ne pas réclamer de pension alimentaire ni de partage des biens<sup>38</sup>. La cour a rejeté cette définition impromptue en considérant qu'elle n'était pas donnée de bonne foi<sup>39</sup>. Non seulement monsieur Amlani avait pratiquement changé sa lecture du contrat d'origine pour son bénéfice personnel et économique, mais il avait aussi demandé à la cour de juger son cas à partir du principe qu'aucune loi du pays d'accueil ne s'appliquait. La cour pouvait-elle reproduire la conscience pratique du *Mahr* islamique? Pouvait-elle cristalliser les codes de conduite culturels entourant le *Mahr*? Pouvait-elle agir ainsi *en dépit* du contrat de mariage, comme s'il exprimait en quelque sorte une fausse volonté? Pour la cour, une telle interprétation ne pouvait se défendre<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> *Id.*, Par. 30. Ma traduction. C'est moi qui souligne.

<sup>38</sup> Monsieur Amlani a donc prétendu que « le montant du *Mahr* est une coutume traditionnelle du droit islamique conçue pour donner une compensation financière à l'épouse et aux enfants en cas de dissolution du mariage. Le droit religieux musulman ne permet pas à la femme de prétendre à une aide financière pour elle et pour les enfants, ni à aucun droit sur les biens. » *Id.*, Par. 28.

<sup>39</sup> *Id.*, Par. 30.

<sup>40</sup> « Madame Hirani dispose de recours civils. Si le paiement du montant du *Mahr* s'appliquait seulement en cas d'absence de recours civils, comme le suggère monsieur Amlani dans son

(b) *L'épouse musulmane (séculière ou religieuse) en tant que « mauvaise femme »?*

Dans la plupart des litiges conjugaux sous étude, l'épouse musulmane déclarait que rien dans le droit ou dans les politiques publiques n'empêchait la reconnaissance judiciaire et l'exécution des termes séculiers du *Mahr*. Après tout, le *Mahr* est un simple contrat. Il devrait être exécuté et lui être versé. C'est là l'argumentation présentée devant la cour dans les cas *M.(N.M.)*<sup>41</sup>, *Kaddoura*<sup>42</sup>, *Aziz*<sup>43</sup>, et *Odatalla*<sup>44</sup>. Parfois, cependant, pour répondre à l'argument islamique voulant qu'elle doive renoncer au *Mahr* parce c'est elle qui demande le divorce (*Khul*), l'épouse musulmane emprunte au religieux et décrit le droit islamique de façon très étonnante. Pour illustrer cette remarque, nous examinerons différents exemples des États-Unis, du Canada et de la France : *Akileh*<sup>45</sup>, *Dajani*<sup>46</sup>, *M.H.D. v. E.A.*<sup>47</sup>, *Arrêt de la Cour d'appel de Douai*<sup>48</sup> et *Vladi*<sup>49</sup>.

Pour comprendre le registre de la « mauvaise femme », il est fondamental de mesurer les gains et les pertes économiques prévus quand on préconise l'exécution ou la non-exécution du *Mahr* dans une situation donnée, selon le droit islamique et le droit occidental. Pour répondre à la clause de renonciation du *Mahr* en raison d'un divorce *Khul*, la « mauvaise femme » se trouve devant deux possibilités : soit elle prétend que la clause de renonciation ne fait pas partie du droit islamique de la famille (la voie religieuse), soit elle souligne que celle-ci est tellement discriminatoire qu'elle est contraire à l'ordre public, conformément aux règles du droit international privé (la voie séculière). J'examinerai ces possibilités dans l'ordre indiqué.

Dans les affaires américaines *Akileh* et *Dajani*, l'épouse musulmane a présenté une dimension particulière et fascinante du transfert juridique du *Mahr*. Dans *Akileh*, l'épouse a déclaré sous serment que le droit de la femme musulmane à recevoir la portion reportée du *Mahr* était « absolu et sans rapport avec la cause du divorce » et elle a souligné que la seule « exception était le cas de la femme qui trompe son mari et qui perd ainsi la somme qui lui était due<sup>50</sup> ». Elle a déclaré qu'elle ne connaissait pas d'autre exemple où l'on perd le *Mahr* reporté. De plus, le père de l'épouse a également déclaré à la barre des témoins que le *Mahr* reporté était « un droit absolu que la femme peut

---

interrogatoire préalable, les deux parties n'auraient eu aucune raison de passer un contrat de mariage. » *Id.*, Par. 31.

<sup>41</sup> *M.(N.M.) v. M.(N.S.)*, 2004 CarswellBC 688; 2004 BCSC 346, 26 B.C.L.R. (4th) 80 (British Columbia Supreme Court).

<sup>42</sup> *Kaddoura v. Hammoud*, (1998) O.J. No. 5054, 44 R.F.L. (4th) 228, 168 D.L.R. (4th) 503, 1998 CarswellOnt 4747, 83 O.T.C. 30 (Ont. Gen. Div.).

<sup>43</sup> *Aziz v. Aziz*, 127 Misc.2d 1013, 1013 488 N.Y.S.2d 123 (Sup.Ct.1985).

<sup>44</sup> *Odatalla v. Odatalla*, 810 A.2d 93, 95 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2002).

<sup>45</sup> *Akileh v. Elchahal*, 666 So. 2d 246 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

<sup>46</sup> Dans *re Marriage of Dajani*, 204 Cal.App.3d 1387 (1988).

<sup>47</sup> *M.H.D. v. E.A.*, Droit de la famille—1466, Cour d'appel du Québec, 23 septembre 1991, No 500-09-001296-896.

<sup>48</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Douai, 8 janvier, 1976: N. 76-11-613.

<sup>49</sup> *Vladi v. Vladi*, Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Trial Division, 1987 CarswellNS 72, 7 R.F.L. (3d) 337, 79 N.S.R. (2d) 356, 196 A.P.R. 356, 39 D.L.R. (4th) 563.

<sup>50</sup> *Akileh v. Elchahal*, 666 So. 2d 246, 248 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

réclamer à son mari quand elle le désire et spécialement au moment d'un divorce<sup>51</sup> ». De la même façon, dans *Dajani*, l'épouse musulmane a déclaré qu'elle avait droit au *Mahr* au moment du décès de son mari ou de la dissolution du mariage et ce, quelle que soit la forme de divorce adoptée. L'expert qu'elle cite comme témoin est un « avocat habilité à exercer en Californie et en Égypte qui a témoigné de la somme versée en argent liquide à l'épouse en cas de décès de son époux ou en cas de dissolution du mariage. Dans ce dernier cas, la somme est due, quelle que soit la partie qui ait demandé le divorce<sup>52</sup>. » Force est de constater que ces interprétations intéressées ne correspondent nullement au droit de la famille musulman tel que présenté précédemment.

Dans *M.H.D. v. E.A.*, une décision rendue par un tribunal québécois de première instance, la femme musulmane opte pour une argumentation séculière et convainc la cour que le droit islamique syrien ne devrait pas s'appliquer au Canada, parce que son exécution aurait un effet négatif sur les épouses musulmanes qui se prévalent elles-mêmes de la *Loi sur le divorce*<sup>53</sup>. Elle a soutenu que le *Mahr*, en tant qu'institution juridique, viole les principes de l'égalité formelle, car il exige que l'État occidental sanctionne une femme parce que c'est elle qui est à l'origine de la procédure de divorce, alors que la même règle ne s'applique pas au mari. Au nom de l'égalité, que le droit international privé place au cœur du principe de l'ordre public<sup>54</sup>, ce genre de tradition islamique discriminatoire devrait être officiellement et rigoureusement rejeté par le système juridique du pays d'accueil.<sup>55</sup> Dans *M.H.D. v. E.A.*, la cour a décidé que les principes de l'égalité des sexes devaient prévaloir. Par conséquent, elle a ordonné l'exécution du *Mahr* comme simple donation malgré le divorce *Khul*.

La même logique de l'« ordre public » a été utilisée avec succès par une femme musulmane dans une décision de la Cour d'appel française en 1976<sup>56</sup>, ainsi que dans *Vladi v. Vladi*<sup>57</sup>, une décision d'une cour de la Nouvelle-Écosse (Canada) qui a refusé d'exécuter le *Mahr* sur la base des principes de l'« égalité substantielle ». Dans *Vladi*, la cour a déclaré : « Pour dire les choses simplement, je n'appliquerai pas le droit matrimonial iranien parce qu'il est archaïque et hostile aux idées de la justice substantielle que l'on

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> Dans *re Marriage of Dajani*, 204 Cal.App.3d 1387, 1389 (1988).

<sup>53</sup> *M.H.D. v. E.A.*, Cour d'appel du Québec, Droit de la famille—1466, 23 septembre 1991, No 500-09-001296-896, Par. 34. Ici, mon étude ne porte que sur le jugement d'instance inférieure (non publié) dont les extraits sont cités dans l'analyse de la Cour d'appel du Québec. Je suis consciente du fait que cette décision a été, en droit, renversée; son intérêt n'en demeure pas moins apparent pour les fins limitées de l'illustration de la « femme mauvaise ».

<sup>54</sup> *Id.*, Par. 34.

<sup>55</sup> « Avec tout le respect que l'on doit aux croyances des autorités religieuses ainsi qu'à celles du mari, la cour est convaincue que ces traditions, coutumes et doctrines qui nous ont été présentées ne s'appliquent pas à la femme et que la cour doit considérer le mariage dont il est question seulement par rapport au Code civil du Québec. » *Id.*, Par. 27. Ma traduction.

<sup>56</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Douai, 8 janvier, 1976: N. 76-11-613.

<sup>57</sup> *Vladi v. Vladi*, Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Trial Division, 1987 CarswellNS 72, 7 R.F.L. (3d) 337, 79 N.S.R. (2d) 356, 196 A.P.R. 356, 39 D.L.R. (4th) 563.

tente d'appliquer dans cette province. [...] En Iran, une femme qui serait dans la même situation que madame Vladi aurait droit à une aide financière minimale ainsi qu'à une somme nominale au titre de ce qu'on appelle un *Mahr* ou « cadeau du matin ». Elle n'aurait par ailleurs aucune possibilité directe de revendiquer des biens qui sont au nom de son mari<sup>58</sup>. »

Dans ce qui ressemble fort à une tentative d'obtenir le maximum d'avantages matériels à partir de l'interaction entre le droit islamique et le droit occidental (les fins visées), l'épouse musulmane a recréé la portée de cet exercice de droit comparé en le subvertissant pour servir ses intérêts économiques (moyens). Dans *M.H.D. v. E.A.*, l'Arrêt de la Cour d'appel de Douai et Vladi, la stratégie de l'épouse aboutit à des solutions économiques tout à fait sympathiques : le rejet du *Mahr* attaché au divorce *Khul* (qui aurait été zéro en l'espèce en raison du fait que la femme demandait le divorce), d'une part, et le partage équitable du patrimoine familial<sup>59</sup>, d'autre part. À noter qu'à cela s'ajoute, dans *M.H.D. v. E.A.*, l'exécution du *Mahr* en tant que donation contractuelle. Le caractère distributif de ces décisions nous permet de poser un certain nombre de questions : l'épouse aurait-elle joué le rôle de la « mauvaise femme » s'il n'y avait pas eu d'argent en jeu dans le *Mahr* reporté? La distorsion qui affecte l'exécution du *Mahr* nous donne-t-elle des indications sur le degré de religiosité de la femme? Considérons-nous la possibilité qu'elle puisse éventuellement orienter *stratégiquement* ses croyances religieuses pour parvenir à un maximum de profit matériel? Considérons-nous la possibilité qu'elle ne soit pas *vraiment* croyante et que jamais nous ne le saurons véritablement? Considérons-nous la possibilité, alors qu'elle insiste sur le M majuscule (pour elle, M comme musulmane; pour nous, M comme multiculturalistes), qu'elle clame sa dévotion pour Allah à la seule fin d'obtenir une revanche terrible (faire payer son mari, par exemple, parce qu'il l'a quittée pour sa meilleure amie; l'humilier en obtenant un *Mahr* séculier sur lequel ils ne se sont jamais entendus, etc.)?

#### 4.0 L'angle de la distribution : le *Mahr* en tant que bonus et pénalité

Dans cette partie, je choisis l'angle de la logique distributive pour défendre l'idée que, dans la vie sociale des couples mariés musulmans, le *Mahr* n'est ni unitaire ni autonome, mais qu'il représente plutôt une institution fonctionnelle produisant une série de caractéristiques contradictoires que nous pouvons analyser. Grâce à cette interprétation distributive du *Mahr*, j'espère pouvoir suggérer une analyse axée surtout sur les effets sociaux du système judiciaire quand il cherche simplement à traduire le *Mahr* selon certains choix idéologiques, alors qu'en fait il le produit comme bonus ou pénalité. Dans ce qui suit, je présente six personnages féminins (Leïla) en fonction de principes et normes diverses émanant à la fois du religieux et du séculier. Toutes déploient le *Mahr* en termes stratégiques en fonction de leur position

<sup>58</sup> *Id.*, Par. 30. et Par. 11.

<sup>59</sup> Dans le cas de Vladi, cette approche signifiait une généreuse compensation de 246 500 \$. *Id.* Par. 46 et Par. 70.

respective. Ces personnages sont fictifs, bien que je les aie construits à partir de personnages réels provenant de récits autobiographiques<sup>60</sup>, de manifestes féministes<sup>61</sup>, de groupes de défense religieux<sup>62</sup>, de best-sellers<sup>63</sup>, etc. Je désire démontrer ainsi que mes six Leïla ressemblent à de vraies femmes qui vivent quelque part dans le monde réel. Tous ces scénarios reflètent également, directement ou indirectement, le raisonnement juridique ou la décision de cas donnés que j'ai étudiés au cours de mes recherches.

#### 4.1 L'exécution du Mahr

##### 4.1.1 Le Mahr en tant que pénalité pour l'épouse et bonus pour le mari

###### (a) Leïla, canadienne, féministe et présidente du Conseil canadien des femmes musulmanes

Leïla<sup>64</sup> est une citoyenne canadienne d'origine tunisienne qui, en 1982, a fondé le Conseil canadien des femmes musulmanes<sup>65</sup>, un organisme qui considère l'Islam comme « religion de paix, de compassion, de justice sociale et d'égalité<sup>66</sup> », tout en reconnaissant que « bien des interprétations et des pratiques du droit islamique ne sont pas toujours fidèles à ces principes<sup>67</sup> ». Leïla et son mari Samir se rencontrent à Toronto où ils travaillent tous deux pour la même entreprise. Ils sortent ensemble pendant quelques temps, puis ils décident de se marier à Tunis où habitent leurs deux familles. Samir donne à Leïla 100 dinars tunisiens au titre du *Mahr* immédiat le jour de leur mariage, conformément au droit tunisien. Bien qu'ils aient été heureux ensemble pendant les premières années de leur mariage, leur relation se dégrade lentement et Leïla se décide à demander le divorce.

Leïla se considère comme une féministe convaincue; elle est fascinée par les nombreuses femmes intelligentes et progressistes qui ont eu une influence sur la vie et sur les enseignements du Prophète Mohammed. Elle a elle-même été très influencée par la première femme du Prophète, Khadija, qui « possédait un

<sup>60</sup> Voir dans le texte, Leïla, pakistano-canadienne, journaliste aux écrits de refuznik lesbienne.

<sup>61</sup> Voir dans le texte, Leïla, française, membre de Ni Putes, ni Soumises.

<sup>62</sup> Voir dans le texte, Leïla, canadienne, féministe et présidente du Conseil canadien des femmes musulmanes.

<sup>63</sup> Voir dans le texte, Leïla, égyptienne allemande, « épouse étrangère ».

<sup>64</sup> Ce scénario n'est pas fondé sur la vie de la Présidente du Conseil canadien des femmes musulmanes, bien que je me sois servie de certaines informations que j'ai recueillies au fil des ans dans mon travail avec plusieurs femmes membres du Conseil. Ce scénario s'inspire des décisions suivantes, qui ont toutes adopté la logique interne du régime du droit islamique en appliquant la clause de renonciation du Mahr : *M.H.D. v. E.A.*, Cour d'appel du Québec, Droit de la famille—1466, 23 septembre 1991, No 500-09-001296-896; *I. (S.) v. E. (E.)*, Cour supérieure du Québec, 2005 CarswellQue 8765; *Akileh v. Elchahal*, In the Circuit Court of the Thirteenth Judicial Circuit in and for Hillsborough county, Florida Family Law Division, 7549M1285, Florence Foster, J.; dans *re Marriage of Dajani*, Superior Court of Orange County, No. D-246250, James J. Alfano, Sr., Judge. Ainsi, le *Mahr* n'est pas à exécuter parce que c'est la femme qui a demandé le divorce.

<sup>65</sup> Voir Conseil canadien des femmes musulmanes, <http://www.ccmv.com>.

<sup>66</sup> Conseil canadien des femmes musulmanes, *Review of the Ontario Arbitration Act and Arbitration Processes, Specifically in Matters of Family Law* (rapport non publié remis à Marion Boyd) (documentation de l'auteur) 1.

<sup>67</sup> Id.

commerce, faisait des affaires, avait des rapports avec l'ensemble de la société, employa le Prophète alors qu'il n'était encore qu'un jeune garçon et par la suite lui envoya elle-même une demande en mariage<sup>68</sup> ». Pour Leïla, il s'agit là d'un exemple clair et convaincant du fait que les femmes devraient avoir la possibilité de demander le mariage et d'y mettre fin unilatéralement et de demander le *Mahr* reporté quand elles le désirent, sans aucun rapport avec le divorce *Talaq*, *Khul* ou *Faskh*. Si le prophète Mohammed lui-même avait accepté cette procédure initiale de négociation, pourquoi les femmes des générations suivantes ne suivraient-elles pas le modèle qu'il avait instauré? Leïla est une adepte du retour en force de Khadija!

Bien que la tendance dans sa Tunisie natale soit au paiement d'un *Mahr* strictement symbolique, Leïla conçoit le *Mahr* comme une garantie personnelle contre la faillite financière en cas de divorce. Elle a donc insisté pour qu'une somme de 10 000 \$ au titre du *Mahr* reporté figure dans son contrat de mariage. Convaincue de la validité de l'héritage de Khadija, elle fait inscrire dans ce contrat un certain nombre de clauses féministes supplémentaires :

- le droit de réclamer le *Mahr* quand elle le voudra et quelle qu'en soit la raison;
- le droit de divorcer pour les deux époux, par consentement mutuel ou à la demande du mari ou de la femme;
- le droit à une pension alimentaire pour elle et pour ses enfants;
- le droit à un traitement adéquat pour les deux époux et l'engagement de ne pas se nuire l'un l'autre (absence du principe d'obéissance);
- le droit d'être payée pour l'allaitement maternel.

En tournant le dos aux conservateurs de sa communauté musulmane, y compris à des imams de Toronto très connus et très respectés, Leïla se présenta devant la cour presque sûre d'elle-même, en demandant l'exécution du *Mahr* au moment du divorce dans une perspective *religieuse féministe*. Elle espérait introduire une nouvelle notion, la non-existence du *Khul Mahr pour des motifs religieux*. Dans un geste de libération et de subversion, Leïla présenta le personnage de Khadija comme « l'image même de quelqu'un d'indépendant, d'affirmé, qui ne se conforme pas au modèle de la femme passive des sociétés musulmanes que nous avons été habitués d'entendre toute notre vie<sup>69</sup>. » Elle cita aussi l'exemple de la demande en mariage de Khadija au Prophète Mohammed pour révéler une approche matriarcale de l'Islam. Mais son point de vue original sur le droit islamique n'a pas été reconnu par la cour, qui a considéré qu'il y avait là un manque d'« expertise » et de « légitimité ». L'imam non Tunisien qui témoigna devant la cour s'empressa d'énoncer la vérité : Leïla devait renoncer au

<sup>68</sup> Benazir Bhutto, *Politics and the Muslim Woman, in Liberal Islam, A Sourcebook* 110 (Charles Kurzman ed., 1998).

<sup>69</sup> *Id.* Ma traduction.

*Mahr* parce c'était elle qui avait demandé le divorce et que les différentes clauses féministes du contrat de mariage étaient ridicules! La cour respecta le témoignage religieux et refusa d'exiger du mari qu'il verse le *Mahr* reporté à sa femme parce que c'était « elle qui avait choisi de demander le divorce<sup>70</sup> », même si, selon toute probabilité, Leïla aurait eu droit au *Mahr* si elle avait divorcé en Tunisie. La stratégie de Leïla d'invoquer la vie de Khadija pour défendre sa cause comportait des risques. Leïla les avait *mésestimés* et elle en paya fort le prix. Elle quitta le tribunal en état de choc, à la fois blessée et furieuse. Et sans un sou.

(b) *Leïla, égyptienne allemande, « épouse étrangère »*

Leïla<sup>71</sup> est mariée avec Samir depuis 15 ans. Bien qu'elle soit née en Égypte et de nationalité égyptienne, elle vit à Kreuzberg, un quartier de Berlin où vivent des musulmans turcs. Elle sort rarement de chez elle et hésite beaucoup plus à entrer en contact avec ses voisins que ses fils et son mari. À la maison, les hommes se rencontrent souvent pour parler politique, de la guerre en Afghanistan, de l'état lamentable dans lequel se trouve l'Irak, de l'entrée de la Turquie dans l'Union européenne. Pendant ce temps-là, les femmes font la cuisine, elles aident, elles font le ménage, telles des ombres silencieuses et étrangères. Récemment, Leïla a entendu parler de la nouvelle vague des critiques féministes formulées par des Allemandes de tradition musulmane, des femmes comme Seyran Ates, auteure de *The Great Journey Into Fire*<sup>72</sup>, et Necla Kelek, auteure de *L'épouse étrangère*<sup>73</sup>. Dans leurs travaux, ces femmes traitent de la violence quotidienne dans les mariages arrangés aussi bien que du comportement oppresseur et sexiste des hommes musulmans en Allemagne. Leïla est profondément attirée par ces analyses et par la voix pleine d'assurance et de promesses qu'elles font entendre. Elle se reconnaît dans l'image de l'« épouse étrangère », cette jeune femme musulmane que l'on a fait venir en Allemagne pour se marier, qui mène une vie de femme et de mère soumise et coupée du monde. Pour Leïla, ce livre est un ultimatum : soit elle se ralliera à la lutte pour les droits des femmes (et à d'autres conceptions de la liberté répandues en Allemagne et en Occident), soit elle restera pour toujours une épouse étrangère dont le droit à l'égalité est menacé. Leïla choisit la première formule. Elle quitte Samir, ses garçons, sa maison, avec la plus parfaite irresponsabilité<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> *Akileh v. Elchahal*, 666 So.2d 246, 248 (Fla. Dist. Ct. App. 1996). Ma traduction.

<sup>71</sup> Ce scénario est fondé sur OLG Bremen, FamRZ 1980, 606, une décision allemande datant de 1980, adoptée par la Cour supérieure régionale de Brême et sur le livre de Necla Kelek *The Foreign Bride*, qui a reçu le *Scholl Award*, un prix prestigieux en Allemagne.

<sup>72</sup> Seyran Ates, *Große Reise ins Feuer* (2003).

<sup>73</sup> Dans son livre, Kelek procède à une critique vigoureuse à la fois de ce que l'on appelle la société fondamentaliste musulmane, parce qu'elle perpétue une culture de l'esclavage des femmes, et de la société libérale allemande, parce que celle-ci adopterait une politique de non-intervention fondée sur la tolérance. Voir Necla Kelek, *Die fremde Braut : ein Bericht aus dem Inneren des türkischen Lebens in Deutschland*, (Köln : Kiepenheuer & Witsch, 2005)

<sup>74</sup> J'emprunte cette expression à Ralph Ellison, dans *The Invisible Man* 17 (1952), où il soutient que l'irresponsabilité est, pour les groupes dominés, une conséquence de leur invisibilité.

Tout en envisageant le divorce, Leïla est obsédée par le souvenir de sa sœur Fatima, restée en Égypte, qui s'est retrouvée sans ressources financières après avoir obtenu un divorce *Khul*. Maltraitée par son mari sur le plan affectif, Fatima n'avait pas les ressources financières nécessaires pour en faire la preuve et obtenir un divorce *Faskh*, ce qui explique qu'elle ait opté pour le divorce *Khul*, plus rapide et moins onéreux. La cour égyptienne décida que Fatima avait perdu le droit à une pension alimentaire et au *Mahr* reporté payé par son mari. Elle fut même contrainte de rembourser le *Mahr* qu'elle avait reçu au moment de son mariage. Cinq ans après cette décision, Fatima devait beaucoup d'argent à son ex-mari. Elle travaillait douze heures par jour comme femme de ménage juste pour pouvoir effectuer ses remboursements et payer le petit appartement qu'elle occupait au Caire avec sa fille.

Malgré l'expérience douloureuse de Fatima, Leïla ne craignait pas d'avoir à subir le même sort, car elle demandait le divorce en Allemagne où on lui avait dit que le droit du divorce était beaucoup plus favorable aux femmes. Devant l'impossibilité pour elle de survivre avec des moyens financiers extrêmement limités, Leïla se présenta au tribunal avec confiance, persuadée que les lois de l'État allemand sur les pensions alimentaires et le partage des biens lui garantiraient des allocations généreuses. Ce qu'elle *se trompait!* Leïla comprit assez vite que puisqu'elle n'était pas de nationalité allemande, ce serait le droit islamique égyptien qui s'appliquerait à son cas! Puisqu'elle n'avait pas droit selon la législation égyptienne de l'époque à une pension alimentaire post-divorce ou à sa part des profits générés par les biens de son mari, la cour décida que le *Mahr* remplaçait la pension alimentaire post-divorce ainsi que sa part du surplus des bénéfices de son mari! De plus, puisque c'était elle qui avait demandé le divorce, la cour décida qu'elle avait ainsi renoncé au *Mahr* reporté et qu'elle devait rembourser le *Mahr* immédiat qui lui avait été remis lors de son mariage. Leïla se sentit piégée dans une situation complexe et apparemment incompréhensible. Leïla a-t-elle été trompée en pensant qu'elle pourrait bénéficier elle aussi de la conception allemande de la liberté, comme le livre de Seran Ates le laissait penser si agréablement? Leïla est-elle condamnée pour toujours, en vertu de l'exécution des règles du droit international privé en Allemagne, à représenter cette figure tragique de l'épouse étrangère à laquelle elle avait tant espéré échapper?

#### 4.1.2 Le Mahr comme pénalité pour le mari et comme bonus pour l'épouse

(a) *Leïla, pakistano-canadienne, journaliste aux écrits de refuznik lesbienne*  
Leïla<sup>75</sup> se définit comme une refuznik lesbienne. Elle vit en Colombie-Britannique, au Canada. « La bonne nouvelle, c'est que je me trouvais dans

<sup>75</sup> Ce scénario est en partie fondé sur l'autobiographie de Irshad Manji, *Musulmane mais libre* (Paris, Grasset, 2004), un best-seller international qui a été publié dans 26 pays : voir <http://www.muslim-refusenik.com>. Toutefois, j'ai introduit dans cette histoire un grand nombre de faits relevant de la fiction, dont un premier mariage avec un homme. Il ne faut donc pas considérer cette histoire comme le récit de la vie de Irshad Manji. J'ai choisi cette perspective parce que je suis convaincue qu'elle illustre vraiment une part de la colère de

une partie du monde où je pouvais me livrer à cette exploration. Grâce aux multiples libertés qu'on m'accordait en Occident—de penser, de chercher, de parler, d'échanger, de discuter, de défier et d'être défiée pour se remettre en question—, j'avais l'assurance de pouvoir sonder ma religion à la lumière de mes recherches, ce que je n'aurais pu imaginer dans le cadre étriqué, microcosmique, de la madressa<sup>76</sup> ». Leïla se marie avec Samir à 18 ans et il la répudie trois ans plus tard, lorsqu'elle lui parle de son orientation sexuelle : « Je suis ouvertement lesbienne. J'ai choisi d'être 'out' parce que, ayant grandi dans un foyer misérable sous la tutelle d'un père qui méprisait la joie, je n'ai pas l'intention de saboter l'amour consensuel qui m'apporte de la joie dans ma vie d'adulte. J'ai rencontré ma première petite amie quand j'avais plus de vingt ans et, quelques semaines après, j'en ai parlé à ma mère<sup>77</sup>. » Leïla éprouve une infinie gratitude envers la société canadienne où une femme peut devenir lesbienne et même se marier, écrire des textes radicaux et provocateurs contre l'Islam<sup>78</sup> et choisir une vie différente en opposition aux désirs de ses parents.

Leïla devient folle de rage devant les partisans du multiculturalisme qui mythifient l'Islam et justifient la violence en la considérant comme un « trait culturel » : « Il faut que je sois honnête avec vous. À mes yeux, l'Islam pêche en eau trouble. Je fais tout ce que je peux pour ne pas perdre patience, angoissée comme je le suis par ce que nous préparent les ambassadeurs autoproclamés d'Allah. [...] Et lorsque j'évoque publiquement nos défauts, les mêmes musulmans qui dénoncent les stéréotypes en toutes circonstances me traitent de vendue. Vendue à quoi? À la clarté morale? À la simple politesse? À la civilisation? Oui, je suis directe. Il va falloir vous y faire<sup>79</sup>. » Leïla est en colère, gênée par le fait qu'autrefois elle a refoulé son homosexualité, qu'elle s'est mariée avec Samir, parce qu'on ne peut être à la fois « musulmane et lesbienne ». « Vous vous demandez peut-être qui je suis pour vous parler ainsi. Je suis une refuznik musulmane. Ce qui ne veut pas dire que je refuse d'être une musulmane. Je refuse simplement de rejoindre une armée d'automates au nom d'Allah<sup>80</sup>. » Leïla est très en colère. Elle décide de revendiquer l'exécution du *Mahr* devant les tribunaux séculiers pour une somme de 50 000 \$ en guise de revanche soigneusement calculée. Étant donné que « les parties ont décidé de se marier selon la tradition musulmane<sup>81</sup> », sachant « pertinemment qu'il s'agissait là d'une condition de l'exécution du *Mahr*<sup>82</sup> », la cour a choisi d'exécuter le *Mahr*. Leïla est

---

certain musulmans qui se considèrent comme des refuzniks. J'ai également intégré les décisions de deux affaires qui ont été jugées au Canada, à savoir : *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (S.C.) et *M.(N.M.) v. M.(N.S.)*, 2004 Carswell BC 688; 2004 BCSC 346, 26 B.C.L.R. (4th) 80.

<sup>76</sup> *Id.*, Manji, 37.

<sup>77</sup> *Id.*, 44.

<sup>78</sup> *Id.*, 35.

<sup>79</sup> *Id.*, 9–10.

<sup>80</sup> *Id.*, 12.

<sup>81</sup> *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (S.C.) (Cour suprême de la Colombie-Britannique), Par. 24.

<sup>82</sup> *Id.*

heureuse. Mais quelque chose de nouveau et de tout à fait surprenant la rend plus heureuse encore : non seulement on reconnaît le *Mahr* culturellement et on lui en accorde le bénéfice financier, mais il s'ajoute à une somme de 37 747, 17 \$, la part qui lui revient du partage des biens familiaux. Ce jour-là, Leïla a donc reçu 87 747, 16 \$, une pénalité exceptionnelle qui coûte cher à Samir.

## 4.2 La non-exécution du *Mahr*

### 4.2.1 Le *Mahr* comme pénalité pour l'épouse et comme bonus pour le mari

#### (a) Leïla, américaine, terroriste, reconnue coupable selon le *Patriot Act*

Le 25 septembre 2001, Leïla<sup>83</sup> est arrêtée et détenue sur la base d'allégations à l'effet qu'elle constituerait une menace pour la sécurité des États-Unis en raison de son engagement dans des activités terroristes liées à Al-Qaïda. Elle est reconnue coupable en vertu du *Patriot Act* peu de temps après. Tout juste mariée avec Samir, qu'elle a rencontré quelques mois avant son arrestation, Leïla reste en détention. Face aux soupçons infondés de liens avec des groupes terroristes qui pèsent sur elle, Leïla trouve la paix en lisant le Coran et en écrivant des lettres à Samir, son âme sœur. Pour elle, le *Mahr* symbolise la beauté et la pureté de l'amour de Samir, « comme un os dans le haut de la poitrine, comme les cartilages des côtes, une sorte de cadeau, comme une perle<sup>84</sup> ». Leïla est romantique. La semaine dernière, elle a reçu une lettre l'informant que Samir veut la répudier religieusement, sans plus d'explications. Samir se rend dimanche à la visite hebdomadaire et prononce irrévocablement les trois *Talaq*. Leïla est répudiée. Le cœur brisé, elle demande à un avocat californien de la représenter pour demander l'exécution du *Mahr* reporté, une somme symbolique de 1700 \$. On l'informe que la cour ne peut pas exécuter le *Mahr*. La cour a effectivement décidé que le contrat de mariage devait être considéré comme conçu pour faciliter le divorce, parce qu'à l'exception du *Mahr* immédiat, « l'épouse n'a droit de recevoir aucune des sommes sur lesquelles le contrat s'appuie à moins que le mariage ne soit dissout ou que le mari ne meure. Le contrat prévoit clairement que la femme tirera profit du divorce et ne peut être exécuté par un tribunal californien<sup>85</sup> ». Leïla est perplexe. Comment le *Mahr* peut-il lui assurer de profiter du divorce? Comment pourrait-il *clairement* le faire? C'est Samir qui a décidé de la divorcer! Le moins qu'elle puisse réclamer, c'est bien l'exécution du *Mahr* reporté, qui est d'abord une condition pour prononcer le *Talaq*! En déformant la fonction du *Mahr*, la cour a *pénalisé* Leïla.

<sup>83</sup> Ce scénario est fondé en partie sur *re Marriage of Dajani*, 204 Cal.App.3d 1387 (1988), une décision d'appel américaine rendue en 1988 en Californie.

<sup>84</sup> Ma traduction de « a bone in the upper part of the breast, or gristles of the ribs; or something presentable as a gift like a pearl », M. Afzal Wani, *The Islamic law on maintenance of women, children, parents and other relatives: classical principles and modern legislations in India and Muslim countries*, 1st ed., (Noonamy, Kashmir: Upright Study Home; New Delhi: Qazi Publisher & Distributors, 1995), à 193.

<sup>85</sup> *In re Marriage of Dajani*, 204 Cal.App.3d, 1390.

*(b) Leïla, allemande, une jeune professionnelle prometteuse et laïque*

Leïla est une jeune docteure allemande, considérée par ses collègues comme une étoile montante dans le milieu médical<sup>86</sup>. Elle est née en Iran et est arrivée à Cologne peu de temps après la Révolution islamique. Sa famille était très prospère et trop proche du Shah pour continuer à vivre en sécurité en Iran après l'arrivée de Khomeini. Elle n'a jamais obtenu la citoyenneté allemande. Leïla se considère comme une femme laïque, même si elle s'est mariée religieusement avec Samir qui a travaillé occasionnellement comme chauffeur de taxi. Ils ont notarié un contrat de mariage fixant une somme de 21 000 euros au titre de *Mahr* reporté. Leïla a demandé et obtenu le divorce devant la Chambre du droit de la famille allemande et a réclamé par ailleurs l'exécution du *Mahr* plus intérêts comme dette légale devant la Chambre du droit civil. Elle s'est présentée devant les tribunaux, très consciente de sa position privilégiée. Elle a réclamé la mise en exécution du *Mahr* sur le plan juridique, bien qu'elle ne l'ait jamais vraiment considéré comme faisant partie de son identité ou comme la marque de sa dévotion pour le Prophète Mohammed ou encore comme un signe d'(in)égalité sexuelle. De plus, le *Mahr* n'était pas censé la protéger sur le plan financier dans le cas d'un divorce *Talaq*, non seulement parce que c'était surtout elle qui faisait vivre le ménage, mais également parce que l'État allemand n'aurait pas reconnu le divorce religieux *Talaq*. Comprenant les différents angles de la structure du pouvoir de négociation entre Samir et elle-même, elle a cherché à utiliser le *Mahr* de façon subversive.

Elle voulait mettre son pouvoir à l'épreuve. Indirectement et de façon ambiguë, le *Mahr* déclencha toutes sortes de motivations chez elle. Est-ce que tout cela l'intéressait sur le plan érotique, sur le plan esthétique? Sur les deux plans? De son propre aveu, Leïla désirait s'exposer devant la cour : sentir qu'on la regardait, qu'on la découvrait, que publiquement on lui faisait jouer le rôle de la méchante. La cour dévoila son jeu : elle jugea que la mise en exécution du *Mahr* aurait créé un enrichissement injustifié par rapport au mari musulman et que cela aurait violé l'ordre public allemand. Elle refusa donc l'exécution.

*4.2.1 Le Mahr comme pénalité pour le mari et comme bonus pour l'épouse**(a) Leïla, française, membre de Ni putes, ni Soumises*

Pour imaginer la non-exécution du *Mahr* comme pénalité pour le mari et comme bonus pour la femme, pensons à Leïla<sup>87</sup> qui tente de divorcer pour fuir le climat d'hostilité qui règne dans sa vie conjugale. À dix-neuf ans, Leïla n'aurait jamais deviné ce que la vie allait lui réserver quand elle s'était mariée en Malaisie avec Samir, un ami de la famille. Encore jeune et

<sup>86</sup> Ce scénario est fondé en parties sur les cas allemands suivants : OLG Köln IPRax 1983, 73 (Cologne) et OLG Celle, FamRZ 1998, 374.

<sup>87</sup> Ce scénario est fondé en partie sur les décisions suivantes, en France et au Canada : Cour d'appel [CA] Douai, 8 janvier, 1976, N. 76-11-613, 1976 (Fr.); *Vladi v. Vladi*, Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Trial Division, 1987 CarswellNS 72, 7 R.F.L. (3d) 337, 79 N.S.R. (2d) 356, 196 A.P.R. 356, 39 D.L.R. (4th) 563.

célibataire, elle s'était sentie flattée de recevoir à la fois un *Mas Kahwin* (*Mahr*) assez élevé et la promesse d'une autre somme importante au titre du *Pemberian*. L'idée même du divorce lui semblait inconcevable à l'époque. Leïla et Samir déménagent en France sept ans plus tard pour permettre à Samir de poursuivre des études supérieures. Lassée de sa vie de ménagère, Leïla décide de suivre des cours du soir pour devenir secrétaire. Elle réussit très bien ses études et s'épanouit quand elle trouve un travail dans une organisation de femmes. Dès qu'elle commence à travailler, Samir devient de plus en plus jaloux et possessif. Il la maltraite physiquement et n'hésite pas à l'humilier en la traitant de « traînée occidentale ». Il ne cesse de faire des commentaires désobligeants, surtout en présence des proches et de la famille élargie, affirmant que la société française, séculière et corrompue, a fait subir un lavage de cerveau à Leïla.

Il entre en particulier dans une rage folle le jour où Leïla, par l'intermédiaire d'une collègue, fait la connaissance de *Ni Putes ni Soumises*<sup>88</sup>, une organisation féministe française fondée en 2002 et qui est reconnue par la presse et les parlementaires du pays. Un peu perplexe au début (le slogan de l'organisation est censé choquer et mobiliser), Leïla finit par devenir une membre active et engagée du groupe. Elle organise des conférences et intervient publiquement pour parler de ce qu'elle a subi en tant que femme musulmane en Malaisie. Elle n'a plus peur, ni chez elle, ni dans la rue. Leïla sait très bien que Samir ne prononcera jamais les trois *Talaq* et elle ne cherche même pas à négocier un divorce *Khul*. Elle se contente un jour de ne pas rentrer chez elle. Elle n'y remettra plus les pieds. Elle décide cependant de recourir aux tribunaux français pour y revendiquer la non-exécution du *Mahr*! Elle plaide que, justement parce qu'elle n'est ni pute ni soumise, on n'aurait jamais dû la soumettre à un traitement aussi dégradant que ce que représentent le *Mas Kahwin* et le *Pemberian*. Ces institutions étrangères devraient, sans l'ombre d'une hésitation, être déclarées contraires à l'ordre public français! Leïla gagna sa cause et en retira une grande fierté<sup>89</sup>. Considérant le *Mas Kahwin* et le *Pemberian* sur le même plan, la cour s'est fondée sur les principes du droit international privé pour déclarer d'une part que l'exécution du *Mahr* était contraire à l'« ordre public » et, d'autre part, pour appliquer les règles occidentales de l'équité, ce qui, en l'occurrence, signifiait l'attribution d'une jolie somme de

<sup>88</sup> « Ni Putes Ni Soumises » est un groupe de femmes musulmanes qui refuse la violence et la soumission. Il est devenu une véritable force dans tout le pays. « Ni Putes Ni Soumises » est une expression qui entend rappeler la tragédie vécue par Sohane Benziane, une jeune femme de 19 ans qui a été brûlée et assassinée par un garçon qu'elle connaissait dans un appartement abandonné d'une banlieue parisienne en octobre 2002. Le mouvement exprime ainsi sa colère devant la tolérance de la société française pour la violence et la stigmatisation dont souffrent les femmes musulmanes au nom de la tradition islamique dans les banlieues marginalisées. On trouvera la plate-forme de l'organisation à l'adresse suivante : <http://www.niputesnisoumises.com>

<sup>89</sup> Je fais référence ici, en particulier, à l'Arrêt de la Cour d'appel de Douai, 8 janvier 1976: N. 76-11-613.

253 000 \$. Selon le droit islamique de la famille, elle n'aurait pas touché un sou.

## **6.0 Conclusion**

À l'ère de la globalisation des marchés et des idées, où se recoupent et se chevauchent des systèmes juridiques divers au cœur d'une même nation, le droit comparé est appelé à se questionner sur la légitimité de ses prémisses méthodologiques et ontologiques. Ainsi, les thèmes de décolonisation, de reproduction sociale et de différenciation ethnique alimentent de plus en plus toute réflexion portant sur le droit comparé au sens traditionnel. Le présent article, qui s'inscrit dans l'étude de l'hybridation des normes juridiques et de l'internationalisation du droit, s'est intéressé à la protection du droit des femmes musulmanes par l'intermédiaire du droit contractuel, du droit international privé, du droit constitutionnel et du droit de la famille. Cette contribution constitue une fenêtre ouverte et intime sur l'interaction entre le droit islamique et le droit occidental et ajoute au débat actuel, qui anime tant les sciences sociales que le droit, sur l'intégration possible et souhaitable des règles juridiques islamiques par le biais des systèmes de droit occidentaux.

Ma préoccupation principale est d'évaluer les dilemmes qu'affrontent les femmes musulmanes vivant en Occident, alors qu'elles négocient, d'une part, avec les systèmes constitutionnel et juridique de la société dominante et, d'autre part, avec la communauté musulmane. Utilisant les règles du droit islamique de la famille, je suggère une méthodologie innovatrice pour développer une conception distributive du rôle des tribunaux qui révèle l'existence de contradictions, d'incohérences et d'effets pervers qui accompagnent de manière indissociable le voyage du *Mahr*. En outre, l'étude approfondie de la jurisprudence a présenté les règles juridiques occidentales non pas sous le prisme connu des systèmes nationaux (Canada, États-Unis, France et Allemagne), mais plutôt en référence à la communauté d'interprétation qui sous-tend l'acte judiciaire (le pluralisme juridique, l'égalité formelle et l'égalité substantielle). En l'espèce, le transfert internormatif et interjuridique du *Mahr* ne connaît pas une traduction « nationale » prévisible dans chacun des pays sous étude, mais emprunte plus souvent qu'autrement au cadre idéologique du juge pour se matérialiser. L'incertitude juridique qui anime le transfert juridique rend donc la spéculation stratégique des parties au litige des plus hypothétique.

Le personnage fictif de Leïla, décomposé en plusieurs figures comme la femme musulmane laïque, la féministe musulmane religieuse, la riche professionnelle musulmane, la femme musulmane pauvre et chef de famille, a servi à démontrer que dans l'exécution juridique du *Mahr* comme règle de droit, les décisions judiciaires ont des effets économiques asymétriques parmi différents groupes de femmes. Pour une première Leïla, l'exécution du *Mahr* entraîne un bonus; pour une autre, une pénalité. Pour une troisième Leïla, l'inexécution du *Mahr* constitue un bonus; pour une quatrième, il s'agit d'une pénalité. Chaque histoire place les dilemmes de Leïla et ses stratégies de négociation dans

différents contextes, situant les usages subversifs du *Mahr* en tant que victoire morale, vengeance personnelle ou acte de libération. De tels itinéraires complexes accompagnent le *Mahr* et nous rappellent trop bien que de vraies femmes dans leurs vies réelles ont leurs façons à elles de courtiser Dieu devant les tribunaux occidentaux. La propension structurelle du droit peut-elle exprimer cette complexité? Peut-elle la reproduire?

### Résumé

À travers la migration d'une institution juridique spécifique—le *Mahr* (une forme de dot), cet article s'intéresse à la manière dont le mariage musulman voyage vers le Canada, les États-Unis, la France et l'Allemagne, offrant une panoplie d'images, de contradictions et de considérations distributives dans le transit du droit de la famille musulman au processus adjudicatif occidental. J'insiste sur l'importance d'orienter le débat sur les conséquences judiciaires *distributives* telles que vécues par les femmes musulmanes plutôt que sur la théorie de la reconnaissance. Cet article présente une contribution méthodologique importante relativement au rôle de la politique identitaire et de l'(im)possibilité des transferts juridiques en droit comparé. Par sa fenêtre ouverte et intime sur l'interaction entre le droit islamique et le droit occidental, la présente étude jurisprudentielle révèle que le *Mahr ne peut* voyager en terre occidentale sans transplanter une interaction hautement complexe entre des parties dont les intérêts sont souvent opposés quant à sa reconnaissance. Une analyse distributive empruntant au réalisme juridique s'impose en la matière, en raison du fait que le *Mahr* est d'ordinaire utilisé par les parties comme outil de négociation relativement à leurs obligations contractuelles familiales. De plus, le droit islamique se déplace avec une multiplicité de voix et c'est cette hybridité complexe qui sera reçue et interprétée par les tribunaux occidentaux.

**Mots-clés:** *mahr*, contrat de mariage, droit musulman, distribution, femmes musulmanes, processus adjudicatif, pouvoir de négociation

### Abstract

Through the journey of one symbolic legal institution—*mahr* (a form of dowry)—the article follows the ways in which Islamic marriage has travelled to Canada, the United States, France, and Germany, offering a panoply of conflicting images, contradictions, and distributive endowments in transit from Islamic family law to Western adjudication. The author emphasizes the importance of ensuring that *distributive* consequences, rather than recognition, occupy a central place in the assessment of the legal options available to Muslim women in Western courts. This article represents an important methodological contribution to the debates over the role of identity politics and the (im)possibility of legal transplants in comparative law. The author's argument is that *mahr cannot* travel to Western liberal courts without carrying with it a very complex interaction among several parties whose interests are often opposed as to its recognition. A legal realist and distributive analysis of Islamic marriage is crucial, she argues, because *mahr* is often used by the parties as a tool of relative bargaining power in negotiating contractual obligations related to the family. Moreover,

Islamic law travels with a multiplicity of voices, and it is this complex hybridity that will be mediated through Western law upon adjudication.

**Key words:** *mahr*, marriage contract, Islamic law, distribution, Muslim women, adjudication, bargaining power

Pascale Fournier  
Professeure agrégée et Vice-doyenne à la recherche  
Faculté de droit civil  
Université d'Ottawa

