

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

LE DIVORCE EN DROIT RABBINIQUE

DANS SES RAPPORTS
AVEC LE DROIT LAÏQUE MODERNE

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de Docteur en droit

par

EMMANUEL BULZ

Licencié en droit de l'Université de Lyon

LA CHAUX-DE-FONDS - IMPRIMERIE COOPÉRATIVE

1954

Le Conseil de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la thèse de Monsieur Emmanuel Bulz, intitulée: Le divorce en droit rabbinique, dans ses rapports avec le droit laïque moderne.

Il ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 12 juin 1954.

Le Doyen de la Faculté de droit :
Frédéric SCHEURER.

LE DIVORCE
EN DROIT RABBINIQUE

A la mémoire de mes parents

Moses BULZ
fusillé à Belgrade le 12 août 1942

Bertha née FINGERHUT
fusillée à Belgrade le 27 août 1942

victimes de l'envahisseur

A ma femme

*A Noémie
Elisabeth
Michel*

INTRODUCTION

Aperçu sur les sources du droit rabbinique

Nous nous proposons d'aborder, dans cette étude, une branche du droit qui pourrait sembler à d'aucuns comme surannée et dépourvue de tout intérêt. Cela provient de ce que le droit hébraïque est très peu connu. Les ouvrages de droit comparé omettent souvent d'en faire même mention¹, bien que ce droit ait été un des principaux objets d'étude de celui qu'on appelle « le père du droit comparé » : John Selden². Pourtant l'intérêt qui s'attache à la connaissance du droit hébraïque est double : historique et comparatif.

Du point de vue historique, lorsque l'on recherche les origines des institutions juridiques qui nous gouvernent et des principes qui les animent, il est nécessaire d'interroger, à travers le christianisme, le judaïsme. Le fondateur de l'Ecole de Lyon, Edouard Lambert, s'en est très bien rendu compte lorsqu'il écrit que le « droit israélite » est certainement l'un des systèmes juridiques qui s'imposent le plus à l'attention de l'historien du droit comparé. Non seulement il présente une réelle valeur intrinsèque, mais il a exercé une influence notable, soit sur le droit canonique chrétien et, par son intermédiaire, sur le droit séculier de l'Europe médiévale (influence particulièrement visible sur les coutumes anglo-saxonnes du haut moyen âge), soit,

¹ C'est notamment le cas du récent ouvrage : *Traité du Droit comparé*, d'Arminjon, Nolde, Wolff, Paris, 1950-52.

² Selden John, juriconsulte anglais, 1584-1654 : *De Jure naturali et Gentium juxta disciplinam Ebreorum* 1640 ; *De Anno Civili et Calendario veteris Ecclesiae seu Reipublicae Judaicae* 1644 ; *Uxor Ebraica seu de Nuptiis et Divortiis veterum Ebreorum* 1646 ; *De Synedriis Veterum Ebreorum* 1650.

surtout, sur le droit musulman (organisation de la famille, formes ou conditions du mariage, etc.)¹.

Viollet souligne également² « que le droit canonique s'inspira, au début, de l'Ancien et du Nouveau Testament, des usages de la Synagogue. Richard Simon, dit-il, a exprimé très exactement cette pensée en disant : « Les origines de la discipline ecclésiastique ont été, la plupart, tirées de ce qui s'observait autrefois dans les synagogues des Juifs. Il n'est pas étonnant que les premiers chrétiens, qui étaient la plupart sortis d'entre les Juifs, et qui se trouvaient encore, le plus souvent, avec eux dans le Temple et dans les synagogues, aient retenu dans leurs premières assemblées, la même discipline qui s'observait parmi les Juifs, et les principes applicables à la discipline figurent naturellement au premier rang des règles canoniques apparentées donc avec les principes ou les usages hébraïques ».

Mais en dehors de sa valeur historique, le droit hébraïque, dont le droit rabbinique, élaboré par les rabbins du Talmud, est la partie la plus étendue et la plus importante, demeure un droit actuel. De là provient son intérêt comparatif. Il diffère en cela des autres systèmes juridiques de l'antiquité, car tout en étant un droit ancien, historique, il est encore un droit moderne et vivant. Il est vrai que son champ d'application s'est rétréci de plus en plus au cours des siècles et, plus particulièrement, depuis l'émancipation des Juifs dans les différents pays, mais il s'applique encore toujours à un grand nombre de personnes. D'autre part, grâce au jeu des principes du droit international privé, le droit rabbinique peut voir son application s'étendre au-delà des territoires dans lesquels il est normalement en vigueur. Ce sera le cas des Juifs, ressortissant d'un Etat qui les soumet à leur législation confessionnelle et domiciliés dans un pays qui reconnaît la loi nationale des étrangers en matière de statut personnel.

Mais nous verrons ultérieurement quelle est l'étendue de son domaine actuel, auparavant venons-en aux sources du droit hébraïque, ou judaïque, en général. Les principales parmi ces sources sont :

1. La Bible ;
2. Le Talmud ;
3. Les Codes rabbiniques.

¹ Ed. Lambert : *La Fonction du Droit civil comparé*, introduction, Paris, 1903, p. 277 et Brissaud : *Manuel d'Histoire du Droit français*. Ed. 1904, p. 109 et p. 645.

² P. Viollet : *Histoire du Droit français*, Paris, 1886, p. 25.

La Bible est la première source d'information pour celui qui veut s'initier au droit judaïque, le plus vieux document législatif qu'il puisse aborder. Elle est pour l'Israélite croyant le livre par excellence, le livre saint et révélé qui contient la Loi donnée par Dieu aux Israélites et qui doit régir chaque acte de la vie.

La Bible juive ne contient que les livres que les chrétiens désignent par le nom d'Ancien Testament; elle se divise en trois grandes parties:

1. Le Pentateuque;
2. Les Prophètes;
3. Les Hagiographes.

Lorsque l'on parle de la Bible au point de vue législatif, c'est surtout à la première partie qu'on pense. Le Pentateuque porte, en effet, dans le judaïsme le nom de « Thora », c'est-à-dire la doctrine, la loi et il représente le premier document législatif proprement dit. Il est vrai que droit et croyance, loi civile et loi religieuse sont étroitement mêlés dans ce livre, mais le judaïsme, doctrine religieuse, ne fera à aucun moment, dans sa législation, de distinction entre ces différents éléments et n'établira entre eux aucune ligne de partage.

La tradition juive, autant que chrétienne, attribue cette loi à Moïse. Il y apparaît comme son auteur et le premier législateur des Hébreux; d'où cette autre dénomination: « la Loi de Moïse ». Par contre, la critique biblique moderne a émis des hypothèses différentes, souvent très osées, sur l'origine du Pentateuque, mais du point de vue où nous nous plaçons le problème de l'auteur importe peu. Qu'il nous suffise de constater que la « Loi de Moïse » est le plus ancien document de la législation judaïque que nous possédions et qu'il remonte à une époque très ancienne.

Dans les différents livres du Pentateuque (Genèse, Exode, Lévitique, Nombres et Deutéronome), nous trouverons les premières règles et les principes fondamentaux du droit judaïque.

Par exemple :

Dans l'Exode, chapitres 21-23: Les principales lois civiles et pénales.

Dans le Lévitique: Les empêchements au mariage (chap. 18); la peine capitale (chap. 20).

Dans les Nombres: L'adultère et l'épreuve des eaux amères (chap. 5); les bases du régime successoral (chap. 27); le principe de

la conservation des biens dans la famille (chap. 36, v. 7); les meurtres (chap. 35).

Le Deutéronome est le dernier livre du Pentateuque. C'est la partie la plus importante en tant que source du droit judaïque. Nous y trouvons: La répétition du Décalogue; les lois sur l'esclavage (chap. 16); sur le témoignage (chap. 19, v. 15); le droit d'aînesse; le divorce (chap. 24, v. 1-4); le lévirat (chap. 25, v. 5) et encore beaucoup d'autres lois.

L'importance de la Loi de Moïse, appelée couramment « Thora », a toujours été très grande au sein du judaïsme, car c'est en elle que les rabbins de tous les siècles — ne se considérant eux-mêmes que comme des commentateurs de la Loi — rechercheront le « jus », le droit. Ils invoqueront sans cesse son autorité et s'efforceront de justifier leurs opinions en matière législative en s'appuyant constamment sur un verset de la Bible. Grâce à des règles ingénieuses d'interprétation, connues sous le nom d'herméneutique, une foule de nouvelles dispositions légales seront déduites du texte sacré, mais considérée comme se trouvant implicitement dans le texte. Même s'il arrivait que des véritables innovations fussent introduites, c'est en invoquant la Loi de Moïse qu'on osera les proposer et les soutenir.

C'est que la Thora est la « loi écrite », supérieure de ce fait à une autre source de droit: la « loi orale » qui s'était développée parallèlement à la première au cours des âges en donnant, dans la pratique courante, à la parole écrite, le mouvement et la forme d'adaptation aux exigences de la vie. Les origines de la loi orale, comme droit coutumier ou interprétatif, remontent certainement très haut, ce qui permet à la tradition juive de lui attribuer le même caractère révélé qu'à la loi écrite. Certes « la conception d'une tradition orale d'origine sinaïtique, écrit le grand-rabbin Julien Weill ¹, soulève des objections au point de vue historique et scientifique; mais elle est caractéristique de la doctrine juive, foncièrement unitaire dans sa diversité ». La tradition juive considère, en effet, que la loi orale, tout en complétant la loi écrite, en découle naturellement et ne fait que développer ce qui y est implicitement contenu.

Toutefois, l'ère de croissance et de développement intense de la loi orale correspond surtout à l'époque du Second Temple (515 av. —

¹ Julien Weill: *La Foi d'Israël*, Paris, 1926, p. 30; M. le rabbin E. Gugenheim, professeur à l'Ecole rabbinique de France, ne partage pas les opinions que nous émettons ici.

70 ap.). Lorsqu'au retour de la captivité de Babylone, les Judéens voulurent réorganiser leur nation, ils s'aperçurent vite que les lois bibliques, de la Thora, étaient loin de suffire à tous les besoins de la pratique et de la vie journalières. Alors, dès Esdras, au temps surtout des Macchabéens, puis au cours du premier siècle avant l'ère chrétienne, les Scribes (Soferim), ceux qui plus tard porteront le nom de Rabbi (Maître), se livrèrent avec zèle à un travail explicatif et exégétique qui devait compléter, élargir et développer la Loi de Moïse. Ainsi s'était formé, en plus du code de la loi écrite, un vaste ensemble de coutumes orales ; dispositions nouvelles appuyées néanmoins sur l'autorité de la Bible et dégagées d'elle par déduction.

Pendant très longtemps leur enseignement se faisait oralement et, afin de ne pas être confondues avec leur source, d'essence supérieure, ces dispositions ne devaient pas être fixées par écrit. Mais à la longue, quand ces interprétations, coutumes et traditions étaient devenues trop nombreuses pour être retenues de mémoire, et surtout quand elles ont fini par diverger, au point de troubler toute direction de la collectivité israélite, les autorités religieuses les ont recueillies et procédé à leur rédaction. De plus, la situation politique de l'Etat juif devenait, avec l'arrivée des Romains, de plus en plus précaire jusqu'à ce qu'il cessât d'exister au début de l'ère chrétienne (70 après). Pour préserver la législation coutumière et orale de l'oubli qui la menaçait et de la déformation du temps, il fallait donc la mettre par écrit. C'est ce que fit le Patriarche Rabbi Yehouda Hanassi, chef spirituel de la communauté juive en Palestine, au début du III^e siècle après l'ère chrétienne. Il n'était pas le seul à procéder à cette compilation par écrit des lois qui jusqu'alors se transmettaient oralement, mais son œuvre fut la plus importante et éclipsa toutes les autres. Elle reçut le nom de Mischna (Enseignement).

La Mischna n'a pas l'aspect d'un code moderne, c'est un recueil qui rapporte les opinions des rabbins sur les matières légales et religieuses. Les avis de la minorité se dégagent d'une discussion dans la « maison d'étude » sont également mentionnés et les décisions de la majorité rapportées anonymement, au nom des « Sages ». Droit et religion sont intimement liés bien que, par ailleurs, la recherche d'un classement se fasse sentir. La matière est classée en six « Ordres », chacun divisé en traités, chapitres et paragraphes. Le troisième des ordres, intitulé « Séder Naschime » – « Des Femmes », traite du mariage, du divorce et de tout ce qui se rattache aux rapports

mutuels des époux. Les rabbins qui avaient collaboré à la rédaction de la Mischna et dont les opinions sont consignées dans ce code furent ensuite connus sous le nom de « Tannaïm », c'est-à-dire « Enseignants ».

La *Guémara* vient à la suite de la Mischna. En effet, le travail de rédaction ne fut pas plus tôt achevé que déjà des nouvelles discussions commençaient autour de lui. On n'avait pas pu, pas plus que pour le Pentateuque, le rendre assez complet pour prévoir tous les cas concevables. D'autre part, malgré la situation politique très précaire des Juifs en Palestine sous la domination romaine et dans la diaspora babylonienne, une intense activité spirituelle ne cessa jamais de s'y manifester. Les écoles ou académies dirigées par des maîtres connus sous le nom de « Amoraïm » — interprètes — furent le centre de cette activité.

A leur tour, les articles de la Mischna furent étudiés, commentés interprétés et discutés, sous différents points de vue et pendant plusieurs siècles, jusqu'au moment où d'autres autorités religieuses en aient transcrit les procès-verbaux des séances dans des nouveaux recueils, plus volumineux que la Mischna elle-même, et appelés : « *Guémara* », c'est-à-dire enseignement traditionnel.

Les deux documents, Mischna et *Guémara*, forment ensemble le Talmud (Etude). Il existe deux rédactions du Talmud : l'une qui émane des écoles de Palestine est appelée Talmud de Jérusalem. Celui-ci fut achevé dans la seconde moitié du IV^e siècle ou au début du V^e après l'ère chrétienne. L'autre rédaction, désignée sous le nom de Talmud de Babylone, fut achevée à la fin du V^e siècle.

Le Talmud de Babylone, plus complet, plus clair aussi que celui de Palestine, est celui dont l'autorité a prévalu dans le judaïsme. Elaboré dans les académies de la Babylonie Parthe, il contient aussi bien des décisions sur les cas rapportés devant les cours de justice rabbiniques que des discussions théoriques portant sur les questions légales, hypothétiques ou réelles, traitées dans les écoles. Comme cette élaboration s'étendait sur plusieurs siècles, la masse des questions traitées est devenue au cours des temps immense. L'ensemble des problèmes purement juridiques et légaux prirent alors le nom de « Halakha » : façon de marcher, d'où manière de vivre, règle juridique. Mais il y a dans le Talmud, en plus, tout ce qui n'appartient pas à la discussion légale et ne concourt pas à l'explication de la règle juridique ou religieuse ; cette partie s'appelle « Aggada » : récit.

Elle n'embrasse pas seulement l'homélie, la prédication et l'exégèse édifiante de la Bible, tout ce qui parle au cœur pour le toucher, à l'esprit pour le persuader ; mais on y retrouve l'histoire, réelle ou légendaire, des notions sur les sciences les plus variées, mathématiques, astronomie, physique, médecine, histoire naturelle. C'est la partie qui n'implique pas le caractère de légalité, qui ne fait pas loi.

Cécil Roth a très bien caractérisé la forme du Talmud en ces quelques phrases : « Par sa forme le Talmud — que ce soit celui de Babylone ou de Palestine — est un continuel commentaire de la Mischna, écrit dans un araméen qui sent le terroir, alternant avec l'hébreu ». On cite, en effet, un paragraphe de la Mischna et l'on reproduit la discussion à son propos pour indiquer à la fin du débat que l'opinion de tel Rabbi a été acceptée comme halakha. « Mais ce code ne sert que de point de départ. Le lecteur est véritablement transporté dans les écoles. Il assiste aux duels oratoires des maîtres de la Loi, tentant de ramener le problème à un cas analogue. Il y a des interruptions pertinentes, et parfois impertinentes. On raconte une anecdote sur quelque Rabbi du passé dont le nom a été évoqué au cours de l'argumentation... Et le lecteur est ainsi entraîné, à travers une dialectique acérée, des légendes richement ornées, d'étranges fragments de connaissances scientifiques et un folklore fantastique, jusqu'à ce qu'il soit brusquement ému par quelque aphorisme immortel : « Le monde est suspendu au souffle des enfants qui vont à l'école » ; « L'autel lui-même pleure lorsqu'un homme renvoie la compagnie de sa jeunesse » ; « Si tu possèdes la sagesse, tu possèdes tout — si tu ne possèdes pas la sagesse, tu ne possèdes rien » ; « Tu aimeras Dieu de tout ton cœur, même avec tes plus bas instincts ». ¹

Avec la rédaction du Talmud (autour de 500 après), l'époque talmudique n'est pas encore close. Les académies babyloniennes sous la direction des « Saboraïm » (opinants), puis des « Gueonim » (excellences) entreprirent et menèrent à bien la tâche de faire prévaloir la jurisprudence du Talmud et son enseignement dans toutes les communautés juives de la dispersion. Aussi, lorsque avec l'avènement des Arabes, ceux-ci empêchèrent toute activité spirituelle juive dans le Pays des Deux Fleuves, l'enseignement et l'étude du

¹ Cecil Roth, *Histoire du Peuple Juif*, Paris, 1948, p. 146 s. Cf. aussi l'étude remarquable, *Le Talmud*, d'Arsène Darmesteter dans *Aspects du Génie d'Israël*, Cahiers du Sud, Paris, 1950.

Talmud avait depuis longtemps franchi les mers. En Italie, en Allemagne, en France, au Maroc des nouvelles écoles ont surgi qui avaient repris le flambeau de la science talmudique éteint en Babylonie. C'est là que de nombreux commentaires furent créés, dont le plus important est celui de Rabbi Chelomo ben Yitshaq, connu sous le nom de Rachi, de Troyes (1040-1105).

Codification du Talmud

La vaste compilation qu'est devenu le Talmud, véritable « mer talmudique »¹, où se sont déversés dix siècles de pensée juive (de 500 avant à 500 après l'ère chrétienne environ), n'était guère maniable dans la pratique juridique et religieuse quotidienne. Tout esprit synthétique en était absent; il n'avait rien d'un code et ressemblait plutôt à une encyclopédie. La façon dont s'est développé ce droit, sans aucun contrôle extérieur d'une autorité étatique et dépourvu de toute contrainte matérielle, était pour beaucoup dans la forme exagérément analytique qu'il a adoptée². Aussi exigeait-il un nouvel effort de remise en ordre de la vaste matière législative; tâche entreprise par les *codificateurs* qui ont su dégager de manière systématique la norme juridique.

¹ Expression chère aux docteurs même du Talmud: « Yam ha-Talmoud ».

² Sur cet aspect de la législation talmudique s'est exprimé de façon heureuse M. G. Boissonade (Rabbinowicz: *Législation civile du Talmud*, 1873. Première partie, *Ketouboth*, p. 117. « La législation talmudique, dit-il, est imprégnée d'un esprit général d'équité que les talmudistes avaient puisé dans les Livres saints, et d'une extrême délicatesse dans l'analyse des espèces. Mais cette délicatesse va trop souvent jusqu'à la subtilité et l'on regrette que les efforts des rabbins n'aient tendu à la généralisation, à la synthèse, à l'établissement des principes dirigeants. C'est un peu de cette façon que procédaient les jurisconsultes romains dans leurs *Responsa*, *Disputationes*, *Quaestiones*; mais les principes généraux y dominaient toujours et l'on a pu facilement extraire de leurs ouvrages les *Regulae Juris* qui terminent le Digeste. Peut-être les talmudistes considéraient-ils leur œuvre comme un simple complément de la loi mosaïque qui renfermait, à leurs yeux, les principes généraux. Mais nous avons de la peine à trouver un corps de droit civil dans les livres mosaïques.

» Ne soyons cependant pas trop sévères, ajoute M. G. Boissonade, pour les talmudistes, qui n'avaient pas, comme les jurisconsultes romains, une suite de lois positives qu'il ne restait plus qu'à interpréter, des préteurs trouvant dans le « jus edicendi » l'autorité nécessaire pour compléter ou corriger la loi, enfin des empereurs toujours prêts à légiférer, quand des lacunes restaient à combler ou des innovations à introduire. Les talmudistes ne purent que conserver et éclairer les traditions et la persécution les empêcha souvent de se concerter pour arriver à une plus grande unité d'interprétation. »

Le premier qui s'était attelé à cet énorme travail fut le célèbre théologien et maître de la Synagogue, vivant en Espagne, Moïse ben Maïmon, connu sous le nom de Maïmonide (1135-1204). Il publia, entre autres ouvrages, son « Mischné Torah » (répétition de la Loi), dans lequel, après avoir filtré le Talmud et les recueils connexes de la tradition juive, il classa et exposa méthodiquement toutes les matières de la loi écrite et orale, en commençant par la théologie et l'éthique, sans négliger les lois civiles, politiques et même les règles du calendrier juif. Ce fut la première étape de la codification, remarquable par sa structure, la classification et la clarté du style. La matière fluide du Talmud était dominée et solidifiée dans des règles claires et précises et mise à la portée de tous.

Mais cette entreprise n'était pas la seule. Un peu plus d'un siècle plus tard un autre rabbin, Aschère ben Yehiel de Tolède (1250-1328), composa un abrégé de toutes les questions juridiques contenues dans les différents traités talmudiques. Son fils, Jacob ben Aschère (mort en 1340), s'en était servi comme base d'un code méthodique du même genre que celui de Maïmonide. Il l'appela « Les Quatre Rangées » (« Arbaa Tourim »), car il divisa la matière législative en quatre parties, dont la troisième « Eben Haézer » (« La Pierre du Secours »), est consacrée au droit de la famille.

Toutefois, l'œuvre codificatrice la plus importante fut accomplie par Joseph Caro (1488-1575). Très jeune encore, il commença par annoter et par commenter « Les Quatre Rangées » de Jacob ben Aschère. Plus tard, il en composa, dans la ville de Safed, un résumé, complété par des additions tirées du gigantesque commentaire qu'il en avait fait lui-même. Il l'intitula « Choulkhan Aroukh » (« La Table Préparée »), indiquant par là que le festin était commencé et qu'il ne restait plus à l'invité qu'à se servir.

Bien que suivant le plan et les divisions des « Quatre Rangées », l'ouvrage de Joseph Caro est encore plus complet et plus systématique que ceux de ses prédécesseurs. C'est le célèbre « Choulkhan Aroukh » qui a joué un rôle très important dans la formation de la vie juridique et religieuse des Juifs jusqu'aux temps modernes. Il n'avait été préparé, ni discuté par aucune assemblée de rabbins, aucune autorité constituée ne l'avait approuvé, mais il avait été constitué avec tant de soin et d'impartialité, il a résumé avec tant de fidélité, de clarté et de méthode l'ensemble de la pratique religieuse et de la jurisprudence juives, qu'il est devenu le Code rabbinique par excellence.

Imprimé pour la première fois en 1567, revu par le rabbin Moïse Isserlès (Cracovie 1530-1572) qui y intégra sous la forme de notes complémentaires les usages des Juifs de Pologne et l'enseignement des maîtres allemands et français, le Choulkhan Aroukh, avec la « Nappe » (Mappa) fourni par Isserlès, devint le code civil et religieux de la dispersion juive.

Depuis l'émancipation des Juifs et l'apparition des législations laïques, la plupart des Etats modernes ont soumis leurs citoyens israélites à la loi générale et les ont soustraits, de ce fait, à la législation juive. Mais cette situation n'est pas du tout générale et, de nos jours encore, de nombreux Israélites sont régis, à titre civil, par la loi rabbinique telle qu'elle a été fixée dans le Code de Caro.

Celui-ci étant le dernier stade de la codification rabbinique, nous nous en tiendrons dans notre travail à ce code pour la détermination des règles applicables en matière de divorce rabbinique. Mais, pour une meilleure compréhension du sujet, nous examinerons auparavant l'évolution du mariage israélite ainsi que les étapes antérieures de la législation sur le divorce telles que nous les trouvons dans la Loi mosaïque, la Mischna et le Talmud.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Le mariage israélite selon les sources biblico-rabbiniques

La conception qu'une société se fait du divorce et la place qu'elle lui octroie dans ses institutions dépendent surtout de l'idée qu'elle a du mariage en général. Aussi, en traitant dans ce travail du divorce en droit rabbinique, ne nous semble-t-il pas superflu de consacrer un chapitre préliminaire au mariage israélite d'après les législations biblico-talmudiques et à son évolution à travers le temps. Nous étudierons, en une première partie, le mariage de l'époque biblique et l'examinerons, ensuite, à la lumière des sources législatives ultérieures, créées par les rabbins.

I. LE MARIAGE DANS LA BIBLE

a) *Généralités*

Si nous interrogeons les moralistes, les prophètes et les poètes bibliques, nous constaterons que l'idée qu'ils se font du mariage s'élève au plus haut degré de rigueur et de pureté. « Alors l'Eternel-Dieu dit: « Il n'est pas bon que l'homme soit isolé; je lui ferai » une compagne qui lui soit assortie... » L'Eternel-Dieu organisa en une femme la côte qu'il avait prise à l'homme, et il la présenta à l'homme. Et l'homme dit: « Celle-ci, pour le coup, est os de mes » os et chair de ma chair; celle-ci sera nommée Ischa (femme, littéralement: hommesse), parce qu'elle a été prise de Isch (homme). C'est » pourquoi l'homme abandonne son père et sa mère, s'attache à sa » femme, et ils deviennent une seule chair. » (Genèse II: 18, 22-24.)

L'écrivain biblique considère donc: Que le mariage est une institution divine ayant pour but le bonheur; que l'homme et la femme forment le complément nécessaire l'un de l'autre; qu'ils ne font qu'un seul tout; que la femme n'est pas l'esclave de l'homme mais son égale en dignité; que le mariage ne doit point se rompre ¹.

Le prophète Malachie estime que le mariage est un contrat entre deux êtres égaux en droits, contrat sacré, car Dieu en est témoin (Malachie 2: 14-16). Osée ne croit pouvoir donner une idée plus forte et plus éclatante des rapports entre Dieu et son peuple qu'en les comparant à la pérennité du lien conjugal (Osée 2: 21). Le poète chante en termes de choix l'amour conjugal (Proverbes 5: 18-19). Qui ne connaît le portrait magnifique de la « femme vaillante », en l'honneur de laquelle l'auteur des Proverbes a tiré les plus beaux accords de sa harpe? (Proverbes 31: 10-31.)

Mais en est-il de même sous le rapport du droit? Lorsque nous nous tournons vers le droit strict, fondé le plus souvent sur d'anciennes coutumes, nous constatons des relations familiales basées sur d'autres considérations.

Matriarcat: La Bible contient, en effet, de nombreux indices qui font allusion à des très vieilles institutions sociales. Ainsi, peut-on affirmer qu'il existe des traces de matriarcat établi chez les ancêtres de l'Israël historique. Le matriarcat, rappelons-le, est l'état social où l'enfant compte dans la souche maternelle et non paternelle. C'est la mère qui détermine la parenté; elle n'est pas sous la puissance d'un mari, mais sous la tutelle des parents mâles. Le frère de la mère est le chef de la famille et il a la position juridique du père dans le régime patriarcal.

L'existence du matriarcat semble être prouvée par les indications suivantes qui se retrouvent encore à l'époque historique: La mère donne souvent le nom à l'enfant nouveau-né (Gen. 19: 37); or, cette coutume serait une survivance de la période matriarcale lorsque la mère seule connaissait son enfant, puisque la polyandrie était licite. Une autre survivance était l'offense suprême causée à quelqu'un en injuriant sa mère (I Sam. 20: 30). On a trouvé aussi une trace de l'ancien matriarcat dans le fait que la tente paraît avoir d'abord appartenu à la femme (Gen. 31: 33; 14: 67). La Bible a souvent soin

¹ Cf. M. Mielziner: *The Jewish Law of Marriage and Divorce* (Cincinnati, 1901), page 15.

de préciser la parenté en ligne maternelle (Gen. 43: 29; Cant. 1: 6; Juges 8: 19). Enfin, la parenté uniquement établie en ligne maternelle explique qu'anciennement des unions d'un beau-fils avec sa belle-mère, ou entre frères et sœurs consanguines mais non utérines n'étaient nullement prohibées. Abraham dit en effet de Sara: « Elle est ma sœur, fille de mon père, mais non fille de ma mère » (Gen. 20: 12). Le mariage était également possible entre Amnon et Tamar, enfants du même père, mais de mère différente (II Samuel, 13: 4-14).

Toutefois, dans les sources transmises, le droit matrimonial biblique porte entièrement le cachet patriarcal; cela ressort de la désignation même du mari par le terme « baal »: maître, alors que la femme est la « beoulat baal »: en puissance de mari. A l'époque historique, l'Israélite se représentait, d'ailleurs, ses ancêtres des périodes nomades comme ayant eu l'organisation foncièrement patriarcale qui était celle de la société de son temps.

Polygamie: Alors que le matriarcat comportait la polyandrie, le régime patriarcal impliquait la polygamie. Les traces de polygamie dans la législation biblique sont incontestables, bien que celle-ci semble représenter l'exception par rapport à la monogamie.

Le rédacteur biblique tient à la monogamie qu'il considère comme originelle. Dans le récit de la création, il représente Dieu créant une seule femme pour un seul homme. Avant Lamec la monogamie lui paraît avoir été de règle, puisqu'il relève le procédé de Lamec épousant deux femmes (Gen. 4: 19). Les personnages bibliques: Caïn, Noé et ses fils, Nahor, Lot, Abraham, Isaac, n'ont chacun qu'une femme.

Cependant la polygamie n'est nulle part défendue et elle était, en fait, fréquemment pratiquée dans l'antiquité hébraïque, témoin Esau (Gen. 26: 34; 28: 9), témoin Jacob (Gen. 29: 20 ss.). La loi mosaïque parle souvent d'une « rivale », d'une femme aimée que l'on oppose à la détestée (Deut. 21: 15-17). Le Lévitique (18: 18) défend d'épouser deux sœurs en même temps, ce qui laisse supposer qu'il est permis d'avoir deux femmes pourvu qu'elles ne soient pas sœurs.

Un facteur important limitait, toutefois, la pluralité des épouses: le facteur économique. Il fallait être riche pour avoir beaucoup de femmes. Les chefs de tribus, comme Gédéon (Juges 9: 2), les rois pouvaient se permettre un tel luxe, mais dans le peuple la polygamie

restait très limitée. Elle ne dépassait guère la bigamie, en général, et parfois sous la forme d'un mariage monogame, en sus duquel l'époux avait une concubine qui gardait le rang d'esclave. C'était surtout le cas lorsque la femme était stérile. Elle déléguait alors sa servante à son époux laquelle lui prêtait, en quelque sorte, sa fécondité. Ainsi, Sara prie Abraham d'aller vers Hagar, « peut-être, dit-elle, aurai-je des enfants par elle » (Gen. 16: 2); de même Rachel veut avoir des enfants par Bilha (Gen. 30: 3).

Si les Hébreux pratiquaient donc la polygamie au cours de la période antique¹, la monogamie existait néanmoins concurremment avec la coutume de posséder plusieurs femmes. Mais la femme, prenant de plus en plus conscience de sa dignité d'épouse et se sachant de même condition que son mari, devait contribuer à l'établissement progressif de la monogamie². Bientôt une préférence se marquera pour l'union d'un seul homme avec une seule compagne, et le moraliste déclarera: « L'homme quittera son père et sa mère, il s'attachera à sa femme et ils ne formeront qu'une seule et même chair » (Gen. 2: 24). A mesure que nous avançons dans le temps, la monogamie l'emporte graduellement et finit par devenir la règle générale³.

b) *But du mariage*

Le but du mariage israélite est la fondation d'une famille et, surtout, la procréation et la multiplication de l'espèce (Gen. 1: 28). La famille hébraïque n'a jamais cessé d'apprécier, comme la plus haute bénédiction, la postérité qui lui était donnée, surtout la postérité masculine. La descendance d'Abraham sera aussi nombreuse « que les étoiles du ciel et le sable de la mer ». Le Psalmiste dira: « Comme des flèches dans la main d'un guerrier, tels sont les fils de la jeunesse: Heureux l'homme qui en a rempli son carquois! »

¹ Période dont le *terminus ad quem* peut être placé à l'époque d'Esdras et de Néhémie, V^e siècle avant l'ère chrétienne.

² Cf. Starke, *La Famille dans les différentes Sociétés*, Paris, 1899, p. 66: « La monogamie est le résultat de l'exigence de la femme d'être la première dans la maison du mari, de sorte que les autres femmes ne deviennent que ses maîtresses et soient inférieures à elle en honneur et en autorité. L'épouse dont la famille était de même condition que celle de l'époux n'accepte pas de se trouver subalterne dans la maison. » Voir aussi l'exemple de Sara, dans la Bible, qui ne veut plus tolérer sa rivale (Gen. 21: 10).

³ Cf. Ps. 128; Eccl. 9: 9; Prov. 31: 10 ss.; Sir. 25: 1, 8; 24, 1, 12, 14; Tob. 1: 9; 7: 19; Talmud Bab., Sabbath 25b; 118b; Ibid. Ketouboth 103a, etc.

(Ps. 127: 4). La femme préfère la mort à la stérilité (Gen. 30: 1). Si un homme meurt sans laisser de descendance son « nom est éteint » tant que le frère ou le proche parent n'épouse pas sa veuve pour « susciter une semence » à ce disparu¹. Comme signe de bénédiction particulière pour un peuple vaut le fait de ne pas compter ni homme ni femme stériles (Deut. 7: 14). Le célibat passe pour un désordre, tant au point de vue moral: « il n'est pas bon que l'homme soit seul » (Gen. 2: 18), qu'au point de vue de la saine nature des choses: « ce n'est pas pour qu'elle soit un désert que Dieu a créé la terre, mais pour qu'elle soit habitée » (Isaïe 45: 18). La stérilité volontaire est réputée crime et mérite la plus sérieuse répression, comme l'atteste l'histoire d'Onan (Gen. 38: 9-10).

c) Formation du mariage

Nous trouvons dans la Bible des traces d'union par rapt ou capture, notamment dans un épisode rapporté au livre des Juges (21: 17 ss.). Les Israélites ayant juré que nul d'entre eux ne donnerait sa fille pour épouse à un Benjaminite, les hommes de la tribu de Benjamin s'embusquent dans les vignes et enlèvent les jeunes filles de Silo, sorties pour danser dans les vignobles. Le Deutéronome (20: 10; 21: 10-14) parle de la femme prisonnière de guerre que l'on peut épouser. Le législateur s'efforce, toutefois, [d']adoucir ce que l'antique coutume pouvait avoir de barbare, en ménageant à la fois les sentiments familiaux et la dignité de la captive. Celle-ci doit prendre le deuil et pleurer son père et sa mère, un mois durant. Alors seulement le mari peut s'approcher d'elle. Que si dans la suite elle cesse de lui plaire, il doit la laisser partir libre et ne pas la vendre comme esclave.

L'on rencontre également un autre mode d'union conjugale, c'est le mariage appelé « Sadiqa » d'après le terme arabe, puisqu'il était connu des Arabes préislamiques. Dans ce type de mariage, la femme restait au milieu de ses parents et élevait ses enfants dans son propre clan, tandis que le mari venait la visiter temporairement (Juges 8: 31; 9: 1; 14: 5-9)².

¹ C'est la coutume dite du « lévirat » du latin *levir*: beau-frère.

² Comparer ce mariage avec celui dit *sine manu* chez les Romains où la femme n'entrait pas dans la famille de son mari. Si elle était *sui juris*, elle le restait et gardait tous ses biens. Si elle était *alieni juris*, elle ne tombait pas sous la puissance de son mari et restait sous celle de son *paterfamilias*.

Mais ces deux modes d'union conjugale étaient, à l'époque historique, exceptionnels. Généralement on négociait le mariage entre familles et le mari acquérait la femme au moyen du « mohar », somme d'argent qu'il versait au père ou aux frères de la jeune fille¹. La fixation du montant à payer revenait au père (Gen. 34: 12), mais un prix moyen de 50 sicles paraît avoir eu cours (Deut. 22: 29 en regard d'Exode 22: 15). La somme était payée lors des fiançailles. En conséquence, c'étaient les fiançailles et non le mariage qui, juridiquement, faisait de la jeune fille l'épouse du mari. Ceci explique la rigueur de la loi envers la fiancée infidèle (Deut. 22: 23). Le « mohar » peut être remplacé par une prestation; ce « mariage de service » est certainement encore plus ancien que le mariage-achat. C'est ainsi, on le sait, que Jacob sert Laban sept années pour chacune de ses filles (Gen. 29: 18 ss.). Dans certains cas, le service consiste en un exploit guerrier (Josué 15: 16; Juges 1: 12ss., 1 Sam. 18: 25), ainsi voyons-nous le roi Saül qui désire se débarrasser de David exiger de lui comme mohar pour sa fille Mikal cent prépuces de Philistins (1 Sam. 18: 25).

Dans les familles d'élite le père reversait le prix d'achat à la fille pour lui constituer une dot. Le fait que Laban ne l'ait pas fait à l'égard de ses filles leur fait dire: « Il nous a traitées comme des étrangères puisqu'il nous a vendues » (Gen. 30: 15). Cet usage s'est généralisé plus tard, à un degré de civilisation plus élevé, et la somme versée par le mari s'est transformée en douaire, exigible par la femme à la rupture de l'union conjugale et destiné à la garantir contre l'arbitraire et les négligences du mari.

Le mariage israélite n'est donc pas un lien contractuel, en ce sens que les deux contractants y participeraient dans des conditions égales à peu près. La femme qui est d'abord propriété de ses parents, et représente pour eux un certain capital, devient par le versement du prix d'achat, compensation de la valeur de travail que la jeune fille représentait au sein de la famille, la propriété de son mari; nous sommes en présence du mariage-achat.

En dehors du « mohar », prix d'achat, le fiancé offrait des présents pour sceller la nouvelle alliance. « Éliézer tira ensuite des objets d'or et d'argent et des habits, et il les donna à Rebecca, et il fit aussi des

¹ Cf. le mariage romain *cum manu* qui se faisait *coemptio*: par l'achat. Achat véritable à l'origine, devenu fictif plus tard. Donc, même évolution que dans le mariage israélite, comme nous le verrons.

cadeaux à son frère et sa mère », lisons-nous dans la Genèse (24: 53; 34: 12) à propos du mariage d'Isaac.

De son côté, la jeune fille, dans les familles aisées, recevait une dot, parfois d'une valeur assez élevée, consistant en terre (Josué 15: 18; Juges 1: 25). Elle amenait aussi une ou plusieurs servantes qui restaient exclusivement en sa possession et dont elle disposait à sa convenance (Genèse 24: 24, 29).

Mais le paiement du « mohar » ne constituait pas encore la conclusion parfaite du mariage, il en était seulement le premier acte qui liait les futurs époux d'une manière très étroite. C'était le début légal de l'union conjugale qui faisait des futurs époux des « fiancés », selon l'expression de la Bible¹, mais des fiancés *sui generis* et non pas dans le sens moderne de cette notion. A beaucoup d'égards, ils étaient en effet considérés comme légalement mariés. Le fiancé est appelé gendre (Genèse 19: 4); la fiancée est qualifiée d'épouse (Deut. 22: 23). Etant réputée en puissance de mari, la fiancée adultère encourt la peine de mort, ainsi que son complice (Deut. 22: 23 ss.). Les fiançailles ne peuvent être rompues que par la mort de l'un des conjoints ou par la transmission d'un libelle de répudiation.

Le deuxième acte de la conclusion légale du mariage se déroulait après un délai plus ou moins long, mais ne dépassant généralement pas une année, c'était la conduite de l'épousée dans la chambre nuptiale², située dans la maison du mari. Cette cérémonie de la *deductio uxoris in domum mariti* marquait que désormais la femme était placée sous l'autorité maritale, son accomplissement constituait un acte essentiel du mariage. Elle était d'ordinaire accompagnée de rites populaires, de danses et manifestations joyeuses, mais sans aucune consécration religieuse officielle. Des réjouissances avaient lieu souvent pendant plusieurs jours, même une semaine (Gen. 29: 22; Juges 14: 12, 17). Après la consommation du mariage, la vierge (bethoula) devient « beoulate baal », en puissance de mari (Gen. 20: 3; Deut. 22: 22).

¹ « Aroussim » signifie bien fiancés.

² Représentée plus tard symboliquement par le dais nuptial (Houppe), voir plus loin les dispositions du droit rabbinique.

d) Conditions de fond de validité du mariage

1. *L'âge.* — La Bible ne nous fournit aucune donnée précise au sujet de l'âge requis pour se marier. Aux origines du droit hébraïque, la puberté et la nubilité étaient probablement fixées pour chaque individu d'après son développement physique. Aussi, la Mischna et le Talmud, fidèles interprètes de la tradition orale juive, ne s'en rapportent-ils à aucun texte particulier pour fixer la législation en cette matière. C'est l'apparition de certains signes physiques qui indiquent la puberté du jeune homme et la nubilité de la jeune fille.

2. *Le consentement.* — Quelques fois l'on consultait les jeunes gens sur leurs intentions. Ainsi lisons-nous à propos de Rébecca : « Alors ils dirent : « Appelons la jeune fille et consultons-la ». Et ils appelèrent Rébecca et lui demandèrent : « Veux-tu aller avec cet homme ? » Et elle répondit : « J'irai » (Genèse 24 : 57, 58). Mais le consentement des époux n'était certainement pas déterminant. En raison du caractère absolu de la puissance paternelle dans la haute antiquité, le consentement du père était beaucoup plus important. Il pouvait même primitivement marier sa fille avant qu'elle fut pubère, ou la vendre comme esclave-concubine (Exode 21 : 7). Nous voyons, en outre, le père choisir d'autorité une femme pour son fils (Genèse 24 : 3 ; 38 : 6). Éliézer, serviteur d'Abraham, négocie le mariage d'Isaac avec Laban et Bathuel, frère et père de Rébecca, sans que les jeunes gens se soient même vus. « Voici Rébecca à ta disposition, lui disent-ils, prends-la et pars » (Genèse 24). La jeune fille n'est consultée que postérieurement.

L'erreur sur la personne ne semble jouer aucun rôle, elle n'annule pas le mariage, comme le montre l'attitude de Jacob devant la substitution de Léa à Rachel. Malgré son indignation contre la supercherie de Laban et malgré son peu de sympathie pour Léa, il ne demande pas la rupture du mariage.

e) Les empêchements

1. *Empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance.* — La notion d'inceste ne se développe chez les Hébreux que peu à peu. Elle n'existe pas à l'origine et, dans les temps primitifs, les mariages entre proches sont chose naturelle. Ce ne sont que les descendants de la même mère, et probablement la mère et le fils, qui ne pouvaient se

marier entre eux (Genèse 20: 12). Avec le progrès de la conscience morale, l'idée d'inceste se dégage de plus en plus. Le législateur biblique marque expressément qu'il obéit à des motifs d'ordre moral en instituant les prescriptions sur l'inceste (Lévitique 18: 3, 24-30). Sa grande préoccupation est d'empêcher Israël de tomber dans le dévergondage païen. Il estime que les rapports sexuels entre proches seraient destructifs de l'affection respectueuse qui doit exister entre parents et de la source même de la moralité, qui a son fondement le plus sûr dans la pureté des mœurs familiales¹.

La loi vient donc apporter des restrictions à la coutume primitive. Le Deutéronome interdit l'union avec la femme du père (27: 20), avec la sœur et la demi-sœur (v. 22), avec la belle-mère (mère de la femme) (v. 23). Le Lévitique renchérit sur ces défenses: sont proclamées illicites les rapports avec la mère (18: 7), avec la belle-mère, femme du père, marâtre (v. 8), avec la belle-mère, mère de la femme (20: 14), avec la bru (18: 15), avec la belle-fille (fille de la femme) (18: 17), avec la petite-fille (fille de ses enfants ou fille des enfants de la femme) (18: 10, 17), avec la sœur et la demi-sœur (consanguine ou utérine) (18: 9, 11); avec deux sœurs simultanément (18: 18); avec la tante, sœur du père ou sœur de la mère (18: 12, 13), avec la tante, femme de l'oncle paternel (18: 14); avec la belle-sœur, femme du frère (18: 16). La fille n'est pas mentionnée, mais il faut admettre que si le mariage de la belle-fille et de la petite-fille est interdit, il en est à plus forte raison de même du mariage avec la fille.

Il est, par contre, licite d'épouser sa nièce (fille du frère ou fille de la sœur), la veuve du fils de la sœur, la veuve de l'oncle maternel, la sœur de la femme quand celle-ci ne vivait plus (Lév. 18: 18).

La loi rabbinique a étendu les empêchements au mariage à un nombre plus grand de personnes, dont nous verrons la liste ultérieurement.

2. *Empêchements provenant de la différence de conditions sociales ou d'origine.* — Une prohibition spéciale frappe le mariage entre un Israélite et les individus issus d'une union incestueuse ou adultérine, le « mamzér ». Leurs descendants même ne peuvent épouser une femme israélite et un Israélite ne peut épouser une telle femme. Mais ils peuvent se marier entre eux. On considérerait comme une mésalliance l'union d'un Israélite avec un individu qui devait l'existence au péché (Deut. 23: 3).

¹ Cf. Michaëlis, Mosaisches Recht II, 240; Talmud Babyl., Yoma 67b.

Le mariage des prêtres était entouré d'interdictions encore plus étroites. Ils ne devaient épouser ni la « zônah », femme de mauvaises mœurs; ni la « halala », femme née de l'union d'un prêtre avec une femme à lui défendue; ni la « gherouscha », femme répudiée (Lév. 21: 7). Le grand prêtre avait seulement le droit d'épouser une vierge (Lév. 21: 13, 14).

D'autre part, il fut interdit aux Hébreux de se marier avec les descendants des peuplades cananéennes, trouvées en Palestine lors de leur conquête; avec les Moabites, les Amonites, les Egyptiens et les Edomites ¹.

f) Effets du mariage

1. *Rapports entre époux.* — La femme tombe par le mariage sous la puissance du mari, il est son maître (baal). Sa suprématie empiète même sur la liberté de décision religieuse de sa femme. Ainsi la validité des vœux formulés par la femme est soumise au bon plaisir du mari (Nombres 30).

Mais sa situation dans la maison de son mari est meilleure que dans la maison de son père. Alors que le père peut vendre sa fille comme esclave, cette pratique est interdite au mari, même s'il s'agit d'une ancienne captive (Deut. 21: 14).

Si l'épouse est une « femme vaillante », le mari lui laisse la direction de la maison et même des affaires, tandis qu'il se tient au portail dans le conseil des Anciens (Prov. 31: 10 ss.). On voit le mari prendre en considération les conseils de sa femme et faire passer ses désirs avant les siens (Gen. 21: 10-23). Elle fait valoir son influence lors du mariage de ses enfants (Gen. 27: 46). Le décalogue ordonne d'honorer la mère autant que le père (Exode 20: 12; Lév. 19: 3).

De nombreux textes, dont la citation nous entraînerait trop loin, nous montrent que la femme jouissait d'une assez large indépendance et que sa condition s'améliorait à mesure que l'on avançait dans le temps. « Il y avait, dit Renan ², des femmes maîtresses d'elles-mêmes, disposant de leurs biens, choisissant leur mari, accomplissant tous les actes d'une existence virile, y compris le prophétisme et la poésie. »

¹ Cf. dans l'ancien droit romain la prohibition du mariage entre patriciens et plébéiens, supprimée par la loi Canuleia (309/445).

² Renan, *Histoire du Peuple d'Israël*, I, p. 308.

2. *Devoirs entre époux.* — Le mari doit à la femme subsistance, habillement et intimité conjugale (Exode 21: 10). La femme doit au mari fidélité. La polygamie étant légalement admise, le mari ne commet l'adultère qu'autant qu'il a des relations avec une femme mariée (Lév. 18: 20; Deut. 22: 22), ou avec une jeune fille fiancée, laquelle est assimilée à la femme mariée. La femme, par contre, devient adultère dès qu'elle a commerce avec un autre homme que son mari.

A l'origine l'adultère est puni de mort (Lév. 20: 10; Deut. 22: 22-24). Plus tard, l'adultère n'emporte plus d'autre peine que le divorce (Jérémie 3: 8). Mais ce qui rendait rare une condamnation pour adultère, c'est qu'il fallait, en premier lieu, une constatation du flagrant délit: « Si un homme est trouvé cohabitant avec une femme en puissance de mari » (Deut. 22: 22); et il fallait, en second lieu, deux témoins ayant constaté le flagrant délit. « Si un homme a eu avec elle un commerce charnel à l'insu de son époux, et qu'elle ait été clandestinement déshonorée, nul cependant ne déposant contre elle, parce qu'elle n'a pas été surprise... » (Nombres 5: 13). « Un témoignage isolé ne sera pas valable contre une personne, quel que soit le crime ou le délit, quelque faute que lui soit imputée; c'est par la déposition de deux témoins, ou de trois, qu'un fait sera établi » (Deutéronome 19: 15).

3. *Effets quant aux enfants.* — Le mariage fait tomber les enfants qui en naissent sous la puissance paternelle du mari. Mais une solidarité étroite lie les parents aux enfants (Ex. 20: 6; Lév. 21: 9). De nombreux passages de l'Écriture attestent l'amour profond des parents pour leurs enfants (Gen. 37: 35; II Samuel 19: 1) auquel devait répondre une profonde piété filiale. Les enfants doivent entourer les parents des soins les plus pressés et leur témoigner la déférence la plus respectueuse. Le respect des parents est, aux yeux du législateur hébreu, un des devoirs fondamentaux, car il forme une des plus solides assises de l'ordre social; aussi met-il cette obligation en bonne place dans le Décalogue (Exode 20: 12; Deut. 5: 16).

g) Conclusion

Faut-il conclure de ce qui précède que les relations conjugales chez les Hébreux étaient uniquement fondées sur les règles de droit, reflet de vieilles coutumes, telles que nous venons de les exposer?

La réponse nous est donnée par les innombrables textes des moralistes et des prophètes qui confèrent à l'union entre l'homme et la femme un contenu religieux et moral et en font un contrat sacré dont Dieu lui-même est le témoin (Malachie 2: 14).

« Il n'est pas douteux, écrit Bertholet, qu'un authentique amour conjugal ait fleuri en Israël. Fut-il jamais chanté en accents plus beaux que ces paroles du Cantique des Cantiques: « L'amour est fort » comme la mort, la passion est impitoyable, comme le cheol¹, les » grandes eaux ne sauraient éteindre l'amour. Des fleuves ne le » submergeraient pas. »² Ce poème est relativement récent, mais, pour les temps plus anciens, nous connaissons, outre le cas touchant d'Elkana, si tendrement attaché à sa femme Hanna qui, quoique stérile, lui est plus chère que dix fils (I Sam. 1: 8), l'exemple mémorable du prophète Osée: sa vie a eu un grand amour, quelque indigne que se soit montrée celle qui en fut l'objet. Pour des natures capables de sentiments si profonds, le mariage ne peut être que monogame; sous cette forme, il reflète même, aux yeux du prophète, l'union de Dieu et de son peuple (Osée 2: 14; Jér. 2: 2; Isaïe 50: 1)..... Il s'ensuit que la femme fut considérée avec un respect puissamment accru. »³

II. LE MARIAGE DANS LE JUDAÏSME POSTBIBLIQUE

Lorsque nous parlons du judaïsme postbiblique, nous prenons comme *terminus a quo* l'époque de la première rédaction de la loi orale, la Mischna, à la fin du II^e siècle après l'ère chrétienne. Il faut, en effet, attendre jusqu'aux docteurs de la Mischna pour découvrir des modifications importantes dans le droit matrimonial hébraïque; modifications rapportées dans ce code, mais passées, sans doute, dans les mœurs avant la destruction du second temple de Jérusalem (70 après).

Il s'agit donc du mariage selon les sources rabbiniques: Mischna, Talmud et codifications ultérieures⁴.

¹ La demeure souterraine des morts.

² Cantique 8: 6.

³ Alfred Bertholet, *Histoire de la Civilisation d'Israël*, Paris, 1929, p. 180.

⁴ Voir supra, introduction.

a) Généralités

Polygamie. — La polygamie était en régression constante depuis l'antiquité israélite. Dans le Talmud nous trouvons déjà l'opinion que le mari ne doit pas épouser une seconde femme, tant qu'il ne s'est vu obligé de répudier la première ¹. Cette opinion montre que la polygamie n'était plus en cours, bien que formellement elle ne fut pas encore interdite. Il faut attendre le XI^e siècle, époque à laquelle le synode rabbinique de Worms, sous la présidence de Rabbénoù Guerschôm de Metz, défendit légalement la polygamie.

Mais l'ordonnance du célèbre synode n'atteignit pas toutes les communautés juives. Le judaïsme européen l'accepta d'autant plus facilement que, depuis des siècles déjà, la polygamie était bannie des mœurs juives. Mais les Juifs orientaux, vivant dans les pays arabes où la polygamie était de tout temps légalement admise, ne se sont pas soumis à la décision de Rabbénoù Guerschôm et continuent encore jusqu'à nos jours à nous offrir quelques rares exemples de polygamie ².

¹ Or, il ne pouvait le faire sans invoquer une cause valable.

² André Chouraqui, *La Condition juridique de l'Israélite marocain*, Paris, 1950, p. 158, nous apporte un témoignage actuel à ce sujet. Il écrit: « Nous avons mentionné les influences musulmanes qui expliquent le maintien en Afrique du Nord d'une pratique (la polygamie) répudiée par les Israélites européens depuis un millénaire.

» En Afrique du Nord, si la polygamie est autorisée par la loi, les takanot de Castille (ordonnances rabbiniques émanant des communautés juives castillanes) l'avaient supprimée depuis longtemps des mœurs, faisant de la monogamie une des conditions de la Ketubah (acte de mariage): « Tant que l'épouse prénommée » sera vivante et tant que durera le mariage entre les deux époux, il est interdit au » mari d'épouser une autre femme. Au cas où il passerait outre, il sera dès lors » tenu de payer à l'épouse susnommée toutes les sommes portées dans son contrat » de mariage à titre de douaire légal, apport ou augment, et de lui remettre immé- » diatement un acte de répudiation en due forme afin qu'elle puisse être libre de » convoler en secondes noces. »

» En principe, la seule condition requise pour contracter un second mariage lorsqu'il n'est pas interdit par la Ketubah, est la justification par le mari de la possibilité d'entretenir deux femmes; les tribunaux rabbiniques n'accordent toutefois l'autorisation d'un second mariage que dans le cas où le premier a été stérile pendant plus de dix ans.

» En fait, aussi bien chez les Juifs d'origine berbère que chez les Espagnols, la polygamie est extrêmement rare; elle a complètement disparu dans les familles évoluées et d'une façon générale les rabbins la déconseillent énergiquement. Les cas de polygamie légitime sont pratiquement négligeables au Maroc.

» Malgré la rareté du fait, il serait erroné de croire que la polygamie légale peut exister sans danger. Prise en suspicion par les rabbins, méprisée des Juifs les plus évolués, elle reste toujours, tant que son existence ne pourra être légalement

b) But et sens du mariage

Le droit rabbinique, en tant que législation religieuse qui s'appuie sur les textes bibliques, insiste particulièrement sur le caractère religieux du mariage¹. Il en fait un devoir religieusement obligatoire pour l'homme, le premier de tous les commandements que Dieu ait adressés à l'humanité. Le mariage a un double but: assurer la pérennité de l'espèce humaine (« croissez et multipliez », Genèse 1: 22); apporter à chacun des conjoints assistance et affection (« il n'est pas bon que l'homme soit seul », Genèse 2: 18). Il apparaît comme une source précieuse de bénédictions dont se prive le célibataire, lequel se rend de plus coupable d'infraction à la volonté divine.

En entrant dans le mariage, l'homme s'engage à remplir les devoirs qui sont imposés par la religion et qui font de l'union conjugale quelque chose de beaucoup plus élevé qu'un simple contrat. Toutefois, le mariage n'a jamais été considéré comme un sacrement dans le sens du droit canonique du catholicisme et partant indissoluble.

Le Talmud abonde en apophtegmes en l'honneur du mariage dont nous ne voulons citer que le suivant: « Celui qui ne se marie pas vit sans joie, sans bénédiction, sans bien ».²

c) Formation du mariage

Nous avons vu qu'à l'époque biblique le mariage se concluait en deux temps et deux cérémonies distinctes: les fiançailles accomplies par le paiement du « mohar », le mariage proprement dit, réalisé par la conduite de la femme dans la maison du mari et la consommation du mariage. A l'époque de la Mischna et du Talmud (II^e-X^e siècle après l'ère chrétienne), ce mode de conclusion était encore

combattue, un ferment de dissolution dans les familles. Le maintien de la loi mosaïque sur ce point serait exploité, non par les Juifs les plus religieux, mais par les individus les moins intéressants moralement, qui se prévaudront de cette possibilité qui leur est ouverte d'échapper à leur devoir véritable envers leurs épouses.

» Tant que celles-ci seront à la merci d'une telle décision, elles ressentiront durement leur situation inférieure au foyer et ne pourront acquérir l'équilibre, la conscience libre et la dignité auxquels elles aspirent plus profondément à mesure qu'elles s'éveillent aux exigences de la morale contemporaine. »

¹ Caro, *Eben Haézer* 1: 2 et Talmud Babyl., *Yebamoth* 65b.

² Talmud Babyl., *Yebamoth* 62b.

en cours bien que le paiement du prix d'achat fût devenu purement symbolique. Mais à mesure que les conditions de vie primitives envisagées par le droit mosaïque furent dépassées, le fait de lier étroitement les fiancés l'un à l'autre jusqu'au mariage définitif semblait très gênant. Aussi, les codificateurs du moyen-âge réunirent-ils les deux institutions, l'acquisition et la conduite primitives, en une seule cérémonie divisée en deux parties. C'est sous cette forme que le mariage est pratiqué aujourd'hui dans le judaïsme.

La première partie de la cérémonie nuptiale porte toujours le nom primitif de « fiançailles » (éroussine). Elle s'accomplit grâce à l'acquisition symbolique de la femme par le mari; celui-ci acquiert la femme de façon qu'elle lui soit « consacrée » et interdite à tout autre homme ¹.

Selon la Mischnah ² l'acquisition peut se faire de trois manières:

1. Par la remise d'un objet de valeur (késéf). C'est uniquement ce mode de « consécration » de la femme au mari qui s'est maintenu dans la pratique. L'objet de valeur doit être remis à la jeune fille ou à son père si elle est mineure. La fixation par la Mischna de cet objet à la plus petite monnaie en cours (perouta), montre bien qu'il ne s'agissait plus que d'un achat symbolique. A partir du moyen-âge l'usage s'est établi de remettre à la fiancée, en tant qu'objet de valeur, un anneau d'or.

2. Par la remise d'un écrit (chetar) dans lequel le jeune homme s'engage à épouser la jeune fille. Cette forme est tombée en désuétude depuis que l'acquisition par objet de valeur est devenue prépondérante.

3. Par la cohabitation sexuelle (bia). Cette forme de mariage naturel (copula carnalis) a dû être employée fréquemment dans la haute antiquité et la Mischna en parle encore comme d'un moyen légal d'acquisition de la femme. Mais le Talmud blâme déjà ce procédé comme contraire à la morale et cite le rabbin Abba Arékha qui punissait de bastonnade celui qui y recourait ³.

De nos jours, la remise de l'anneau d'or s'étant généralisée, celle-ci n'a de signification légale que si elle est accompagnée de la formule suivante, prononcée par le fiancé: « Voici, tu m'es consacrée

¹ Talmud Babyl., Kiddouchine 2b.

² Mischna, Kiddouchine I, 1.

³ Talmud Babyl., Kiddouchine 12b.

par cet anneau, selon la loi de Moïse et d'Israël ». Elle doit, en outre, avoir lieu devant deux témoins ayant capacité.

Pratiquement cet acte légal du mariage se déroule dans un lieu de culte, devant un rabbin qui le fait précéder de la récitation de deux bénédictions. La première est prononcée sur une coupe de vin qui sert de symbole à la joie purifiée par l'acte religieux. La seconde bénédiction contient l'hommage à Dieu qui « a sanctifié le peuple d'Israël par l'institution du mariage » qui, lui aussi, doit purifier le plaisir des sens en l'élevant à la dignité d'un acte religieux. Cette première partie de la cérémonie se termine par la lecture du contrat de mariage (ketouba) qui est un document spécifiant en termes généraux les obligations du mari à l'égard de la femme.

La seconde partie de la cérémonie du mariage, qui était différée dans l'ancien temps d'un an après les fiançailles, se déroule aujourd'hui en même temps que la première. C'est le mariage proprement dit : « nissouïne », mot-à-mot « prise » de la femme qui remplace l'ancienne conduite dans la chambre nuptiale. De cette chambre il ne reste plus qu'un dais symbolique au-dessous duquel sont placés les époux pendant le déroulement de toute la cérémonie et qui figure leur réunion, leur rapprochement définitif.

Le rabbin récite, sur une seconde coupe de vin, sept bénédictions qui célèbrent Dieu comme « le créateur du bonheur, de la joie, de l'époux et de l'épouse » et appelle les faveurs divines sur le nouveau couple. Les époux boivent alors à la même coupe, signe de l'union de leurs vies et de leurs destinées.

Toute cette cérémonie doit être publique, c'est-à-dire se dérouler devant dix hommes majeurs. Au sortir du dais (houppa), le mariage est considéré comme accompli et commencent pour les époux les devoirs et les droits réciproques du mariage.

d) *Conditions de fond requises pour la formation du mariage*

1. *Capacité matrimoniale.* — La capacité de contracter un mariage suppose la capacité juridique en général dont sont privés, en principe, les sourds-muets, les malades mentaux et les mineurs, leur volonté étant incertaine. Toutefois, la jurisprudence des rabbins a admis la validité du mariage contracté par un sourd-muet à condition qu'il puisse se faire comprendre par gestes¹.

¹ Caro, Eben Haézer 37.

2. *Majorité matrimoniale.* — D'après le Talmud, l'âge convenable pour se marier est fixé à 18 ans¹. Mais l'âge légal est considéré être celui qui coïncide avec la puberté et se manifeste par le développement physique de l'individu (*habitus corporis*). Il est fixé, en règle générale, à 13 ans pour les jeunes gens, 12 ans et 6 mois pour les jeunes filles².

Une fois cet âge atteint, le consentement des parents n'est pas exigé légalement et un mariage contracté, au mépris de leur opposition, bien que réprouvé moralement, n'en est pas moins valable. Mais en considération du respect dont furent entourés les parents, de tels mariages devaient être extrêmement rares³.

3. *Consentement des époux.* — La conclusion valable du mariage exige le consentement des époux. Le côté original du droit rabbinique réside toutefois dans le fait que la preuve du consentement n'est pas dans une déclaration formelle des parties. Le mari prouve son consentement par la récitation de la formule rituelle lors de la remise de l'anneau nuptial, tandis que la femme le prouve par son acquiescement tacite et par l'acceptation du même anneau. La femme est simultanément sujet et objet du contrat.

La non-exigence du consentement formel et manifeste, par déclaration expresse des époux, témoigne de l'ancienneté du mariage israélite et de son caractère primitif de mariage-achat.

Le consentement est considéré comme vicié lorsqu'il y eut violence exercée sur l'un des époux⁴ ou erreur sur la personne physique; le mariage est alors nul⁵.

e) *Empêchements au mariage*

1. *Empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance.* — La loi rabbinique a considérablement étendu les empêchements au mariage en partant des prohibitions bibliques. Voici le tableau de ces empêchements:⁶

¹ Mischna, Aboth 5: 13.

² Talmud Babyl. Niddah 44.

³ Maïmonide, Ischouth III, 12; Caro, Yoré Déa 240, al. 25.

⁴ Caro, Eben Haézer, 62, 1.

⁵ Ibid. 32, 4.

⁶ Cf. M. Mielziner, op. cit., page 41.

A. Parenté

a) En ligne ascendante

- | | |
|------------|---|
| 1. La mère | La grand-mère paternelle et
maternelle |
|------------|---|

b) En ligne descendante

- | | |
|--------------------|---|
| 2. La fille | La petite-fille du fils ou de la
fille |
| 3. La petite-fille | |

c) En ligne collatérale

- | | |
|-------------------------|--------------------------|
| 4. La sœur ou demi-sœur | |
| 5. La sœur du père | La sœur du grand-père |
| 6. La sœur de la mère | La sœur de la grand-mère |

B. Alliance

a) Par le fait de son propre mariage

- | | |
|---|---------------------------------|
| 7. La mère de la femme | La grand-mère de la femme |
| 8. La fille de la femme | La belle-mère, mère de la femme |
| 9. La petite-fille de la femme | |
| 10. La sœur de la femme (tant que
vit la femme divorcée) | |

b) Par le fait du mariage d'un proche

- | | |
|---|---|
| 11. La femme du père (marâtre) | La belle-mère (marâtre) du père
ou de la mère |
| 12. La femme du frère du père | la femme du frère de la mère; la
femme du frère utérin du père |
| 13. La femme du fils | La femme du petit-fils ou
arrière-petit-fils |
| 14. La femme du frère (sauf en
cas de lévirat) | |

2. *Empêchements résultant de considérations morales.* — Un homme ne peut pas reprendre la femme qu'il a répudiée, si, après avoir été l'épouse d'un autre, elle est redevenue libre par suite du divorce avec son second mari ou du décès de celui-ci (Deutéronome 24: 4; Jérémie 3: 1)¹.

L'homme convaincu ou fortement soupçonné d'adultère ne peut pas épouser sa complice, qu'elle devienne veuve ou qu'elle soit divorcée².

Celui qui s'est trouvé mêlé, à titre de juge ou de témoin, à une affaire de divorce ne doit pas se marier avec la femme divorcée, s'il est prouvé que son intervention a pu être influencée par le désir d'épouser cette femme. De même, celui qui vient témoigner de la mort d'un mari absent n'est pas admis à épouser la veuve³.

3. *Empêchements résultant de considérations nationales ou religieuses.* — Les prescriptions bibliques concernant l'individu issu d'une union incestueuse ou adultérine (*mamzér*) sont maintenues par le droit rabbinique. Quant à l'interdiction d'épouser les descendants des peuplades cananéennes, elle est étendue à toutes les autres nations étrangères en tant qu'elles sont de religion différente. C'est un empêchement qui repose sur la différence de religion, mais non pas sur la différence de race. Rien ne s'oppose, en effet, au mariage d'un Israélite avec un prosélyte, quelle que soit son origine. En ce qui concerne le mariage des prêtres, nous en avons vu la réglementation dans les prescriptions bibliques.

4. *Mariage antérieur non dissous.* — Depuis que la polygamie a été légalement abolie par le Synode de Worms (début XI^e siècle), la conséquence logique de cette défense devrait être qu'un premier mariage non dissous rendit absolument nul un mariage subséquent. Mais la législation rabbinique, marquée des vestiges de l'ancien droit

¹ Voir *infra*, p. 53.

² La défense pour la femme adultère d'épouser son complice existait aussi dans le Droit romain, Justinien prévoit même son internement dans un couvent (par influence d'un idéal chrétien). L'empêchement de « complicité d'adultère » a été repris dans l'article 298 du Code civil français. Dans le cas d'un divorce admis en justice pour cause d'adultère l'époux coupable ne pouvait se marier avec son complice. Cette disposition a été abrogée en France par la loi du 15 décembre 1904. Une disposition analogue se trouve dans le Code civil autrichien, article 67. Cf. Caro, Eben Haézer, 11: 1. Talmud Babyl., Yebamoth 24b; Ibid. Sota 25.

³ Caro, Eben Haézer, 12: 1, 2; Talmud Babyl., Yebamoth 25a.

biblique, distingue suivant le cas où c'est l'homme ou la femme qui contracte le second mariage. Si c'est la femme, le second mariage est de toute évidence nul¹, mais si c'est l'homme, le second mariage est valable, en tant du moins qu'il impose au mari l'obligation du divorce immédiat d'avec sa seconde femme. Pour le mari, l'on exige donc un acte contraire annulant le second mariage.

Des conférences rabbiniques plus récentes ont toutefois assimilé les deux cas, déclarant dans l'un comme dans l'autre le divorce inutile. Pratiquement un mariage antérieur non dissous constitue un empêchement absolu à la conclusion d'un second mariage, du moins en ce qui concerne les juifs qui n'habitent pas les pays arabes, et c'est l'immense majorité².

5. *Empêchements temporaires.* — Certains empêchements ont pour caractère commun d'être purement temporaires. Ainsi une veuve ne peut contracter un nouveau mariage qu'après un délai de trois mois à dater de la mort du mari. Le même délai est imposé à la femme divorcée à dater du jour où elle a reçu le libelle de répudiation. Il a pour objet d'éviter la « confusion de part », c'est-à-dire l'incertitude sur la paternité³.

Ce délai très court par rapport aux délais imposés par les législations modernes s'explique par la disposition suivante: Si une grossesse est constatée au cours du délai d'attente chez la femme veuve ou divorcée, elle ne peut se remarier qu'après la délivrance. Si la femme nourrit, elle ne peut s'engager dans des nouveaux liens que vingt-quatre mois après la naissance de l'enfant, c'est-à-dire jusqu'au jour du sevrage. Dans les deux cas c'est l'intérêt de l'enfant qui est en vue⁴.

En cas de deuil d'un proche, l'on ne doit se marier qu'au bout d'un mois. Un veuf ne peut convoler en secondes nocces que lorsque

¹ Caro, Eben Haézer 17: 1 et 1: 10 glose 3.

² Voir infra p. 22, 33 concernant la polygamie et note N° 2.

³ Talmud Babyl., Yebamoth 41 et Caro, Eben Haézer 13: 1. Dans le droit romain il n'y avait primitivement que le *tempus lugendi*, temps de pleurer de dix mois pour la veuve seulement. La législation d'inspiration chrétienne du Bas-Empire interdit le remariage, après divorce comme après décès, pendant douze mois, pour éviter les doutes sur la paternité, *turbatio sanguinis*. Ce « délai de viduité » a été repris par tous les droits néolatins qui le fixent, pour la plupart, à 300 jours. Le droit germanique connaît aussi ce délai (Suisse: 300 jours). Mais le droit anglo-américain ne connaît pas le délai de viduité.

⁴ Caro, op. cit. 13: 3, 11. Talm. Babyl., Yebamoth 42.

trois fêtes de pèlerinage se sont écoulées après la mort de sa femme. Toutefois, s'il a des enfants en bas âge du premier mariage, ce délai peut être abrégé¹.

On ne peut se marier ni le sabbat ni les jours de fête religieuse².

f) Nullité du mariage

La sanction civile préventive des règles relatives à la formation du mariage est, en droit moderne, l'opposition, tandis que la sanction répressive est la nullité. Le droit rabbinique ne connaît pas l'opposition, mais il connaît la notion de nullité. Toutefois, cette notion est peu précisée et l'on a souvent recours au divorce obligatoire pour dissoudre une union entachée d'irrégularité plutôt que d'invoquer la nullité. On considère que même si l'acte juridique a une validité douteuse, il faut un acte contraire pour en supprimer les effets.

La seule règle claire concernant la nullité du mariage est celle relative au mariage contracté avec une femme au degré de parenté prohibé par les lois bibliques (Lévitique, ch. 18). Une telle union est nulle de plein droit. Par contre, le mariage avec une femme au degré prohibé par les extensions rabbiniques exige une dissolution par divorce obligatoire. Est-ce pour conserver la validité du mariage et en maintenir les effets jusqu'à la découverte du vice dont il est entaché? C'est possible, mais ce n'est dit explicitement nulle part. Il nous semble plutôt que le manque de sanctions civiles en droit rabbinique provient du fait qu'en tant que législation d'ordre religieux ce droit se réfère à une autorité supra-terrestre. Il suffit donc, dans l'esprit du législateur, d'énoncer ce qui n'est pas licite, d'établir des défenses pour que le sujet du droit soit tenu de s'y soumettre, étant donné qu'une sanction divine s'y attache; la sanction humaine étant superflue.

g) Effets du mariage

1. *Les droits et les devoirs des époux.* — Les principales clauses qui énoncent les droits et les devoirs des époux sont contenues dans l'acte de mariage dont l'établissement est obligatoire lors de sa conclusion. C'est ce qu'on appelle « Ketouba », c'est-à-dire écrit.

¹ Caro, *Yoré Déa*, chap. 392, § 1 et 2.

² Id. *Eben Haézer* 64: 5.

L'usage d'établir la « Ketouba » et de la transmettre à la femme ne paraît pas remonter au-delà des premiers temps de la Mischna (III^e siècle après), mais plusieurs des articles qui s'y inscrivent étaient entrés dans les conditions habituelles du mariage avant cette époque ¹.

Ces articles sont au nombre de neuf et s'inscrivent dans l'acte selon l'ordre suivant:

1. Promesse du mari d'honorer sa femme, de la nourrir et, généralement, de subvenir à tous les besoins de celle-ci, selon ses facultés et ses moyens; de plus, si elle tombait en captivité, de payer sa rançon.

2. Attribution par le mari à sa femme d'un douaire d'une valeur déterminée.

3. Promesse du mari de remplir le devoir conjugal.

4. Evaluation de la dot et des apports de la femme.

5. Attribution par le mari à sa femme d'un augment de douaire.

6. Hypothèque pour tous les biens de la femme, sa dot, ses apports, son douaire, son augment de douaire, sur les biens présents et futurs du mari, hypothèque valable tant avant qu'après la mort de ce dernier.

7. Promesse de laisser aux enfants mâles l'héritage exclusif du douaire de leur mère, sans préjudice des droits qu'ils peuvent avoir, concurremment avec les enfants d'un autre lit, à la succession paternelle.

8. Stipulation qu'après la mort du mari, s'il laissait des filles, il serait pourvu à leur entretien sur la succession paternelle, aussi longtemps qu'elles ne seraient ni mariées, ni parvenues à l'âge légal de la majorité.

9. Droit pour la veuve de continuer d'habiter le domicile conjugal, où il sera pourvu à son entretien jusqu'au jour où elle réclamera son douaire.

Toutes ces clauses, à l'exception des 4^e, 5^e et 6^e, correspondent à des droits absolus, en ce sens que, si l'une d'elles avait été omise, les tribunaux ne l'en considéreraient pas moins comme existante.

¹ Cette époque est admise par plusieurs auteurs, dont E. Weill dans *La Femme juive*, p. 33. Nous ne pensons pas que la « Ketouba » soit d'origine mosaïque puisqu'on discute même dans le Talmud sur ses origines; cf. traité Ketoubboth 10a et 56a, ainsi que *Jüdisches Lexikon*, vol. 3 s. v. Ketubba.

D'une manière générale, pour toutes les obligations du mari envers sa femme, soit pour celles qui sont mentionnées dans la « Ketouba », soit pour celle dont la mention ne s'impose pas, telle l'obligation du mari de payer les frais d'inhumation de sa femme, celle de lui ériger un monument funéraire, la loi commune suffit, à défaut d'un écrit, pour garantir les droits de l'épouse, comme ceux des orphelins et de la veuve.

Quant aux droits du mari, ils sont les suivants:

1. Le droit à tout ce que la femme gagne par son travail.
2. Le droit à tout ce qu'elle pourrait acquérir par l'effet du hasard: trésor, trouvaille, etc.
3. Le droit à l'usufruit de tous les biens que la femme a apportés dans le ménage et de ceux qu'elle reçoit dans la suite par héritage, legs, donation.
4. Le mari est le seul héritier de sa femme.

Le droit au produit du travail de la femme est considéré être une compensation de l'obligation pour le mari de l'entretenir. Si elle renonce à cet avantage, elle peut garder pour elle le fruit de son travail. Cette latitude est laissée à la femme, mais sans que pour cela la réciproque soit accordée au mari. Le mari ne saurait, en effet, être autorisé à refuser à sa femme ce qu'il faut à son entretien, en prétendant lui abandonner le produit de son travail¹.

Les devoirs de la femme sont:

1. La femme doit s'occuper de son ménage, ne pas rester oisive même si elle possède des servantes, car « l'oisiveté mène au péché ». Quant aux soins matériels qui incombent à la mère envers ses jeunes enfants, le Talmud s'est borné à lui en prescrire un seul: celui de nourrir elle-même son enfant².

2. La femme doit suivre son mari. C'est la règle générale, mais le droit rabbinique introduit des exceptions pour des raisons de convenance, de santé, de difficultés de toute nature qui dispensent la femme de suivre son mari. Une exception singulière est celle adoptée par la législation rabbinique en faveur de celui des époux, mari ou femme, qui désirerait se fixer en Palestine, soit qu'il y

¹ Caro, Eben Haézer 69: 4.

² Ibid. 80.

demeurât déjà et qu'il désirât y rester, soit qu'il voulût même s'y rendre. Dans ce cas le sentiment de la piété que la Terre sainte inspire à l'Israélite et le fait qu'y demeurer est une faveur l'ont emporté sur toute autre considération. Que la chose soit conforme ou non à leurs intérêts ou à leurs convenances, mari ou femme qui demanderait à habiter la Terre sainte devra être écouté. Si une proposition dans ce sens venait de la part de la femme et que le mari refusât de l'accepter, celle-ci pourrait réclamer le divorce et ne serait point privée de son douaire¹.

Cette disposition, formelle pourtant, n'a toutefois pas été appliquée pratiquement. On invoquait généralement le danger qu'il y aurait d'entreprendre un long voyage, ce qui devait empêcher un époux de contraindre l'autre à le suivre, même en Terre sainte.

Les droits de la femme sont impliqués dans les obligations du mari dont nous avons parlé.

2. *Les biens de la femme.* — En ce qui concerne les biens de la femme, ils sont répartis en trois catégories :

a) Les biens dotaux, dont le mari a l'usufruit et qu'il doit restituer, en cas de dissolution du mariage, dans leur état premier et avec leur valeur primitive. Ces biens sont dits « tson barzél », cheptel de fer (pecus ferreum; la laine du troupeau symbolise l'usufruit, le fer la substance permanente).

b) Les biens paraphernaux (nikhsé melogue), appartenant à la femme avant le mariage ou acquis depuis. Le mari en a également l'usufruit, mais non pas la responsabilité; si ces biens souffrent dommage ou perte, le mari n'est tenu d'aucun dédommagement. Les premiers biens sont inscrits et estimés dans l'acte de mariage, les seconds ne le sont pas.

c) Les biens strictement privés de la femme qui lui ont été donnés par son mari ou par une autre personne à condition que le mari n'exerce aucun pouvoir sur eux. Ces biens, que l'on peut qualifier de réservés, restent sous l'administration de la femme qui en dispose entièrement.

¹ Ibid. 75.

h) Conclusion

« Le mariage israélite, écrit Ludwig Blau ¹, conserve historiquement le caractère du mariage-achat, tout en ayant dans la réalité cessé de l'être depuis deux millénaires. Dans le mariage-achat le consentement de la femme n'était pas nécessaire, tandis qu'à l'époque talmudique ce consentement devint une condition indispensable pour toute jeune fille majeure. Cependant le caractère d'achat a persisté dans l'ancienne terminologie ² comme dans l'usage de remettre à la jeune fille une pièce d'argent ou un objet de valeur lors des fiançailles. La haute considération que la femme reçut dans la vie juive — considération mise particulièrement en lumière par le Cantique des Cantiques, dans les louanges des Proverbes, dans la conception des rapports de Dieu et d'Israël par les prophètes et les sages comme une union conjugale et dans d'innombrables belles sentences talmudiques — n'arriva pas à effacer le caractère primitif du mariage-achat. Ses rudiments sont visibles dans l'acte de mariage et, dans une plus grande mesure encore, dans l'acte de répudiation; les formes du mariage et du divorce en portent l'empreinte jusqu'à nos jours. Mais ce serait mal comprendre l'esprit du peuple juif qui verse constamment du vin nouveau dans de vieilles outres que de considérer, lors de l'appréciation du mariage israélite, uniquement l'outre et non pas plutôt son contenu.

» La pratique montrait une image toute différente et bien plus belle que la théorie. La législation du mariage subsista en droit strict, mais ses duretés s'exprimèrent plutôt dans des formules juridiques que dans la vie. »

¹ Ludwig Blau, *Die Jüdische Ehescheidung und der Jüdische Scheidebrief*, Budapest, 1911, p. 13.

² La Mischna, Kiddouchine 50: 1 emploie le terme « nikhéte »: « La femme est acquise par trois moyens... ».

CHAPITRE PREMIER

Le divorce selon la législation mosaïque

En parlant du mariage, nous avons constaté que de nombreux passages des livres mosaïques ainsi que d'autres textes bibliques définissent le mariage comme l'union de l'homme et de la femme pour ne constituer à l'avenir qu'« une seule chair » et dans le but d'assurer leur postérité pour la gloire de leur Créateur. Cette haute idée de l'union profonde que crée le mariage devait, en principe, constituer un obstacle à sa rupture et l'on pourrait conclure que le divorce n'a été pratiqué que très rarement chez les Hébreux. Mais la réalité ne semble pas être telle; il y a loin des hautes visées sociales et morales du législateur biblique à la rudesse des mœurs d'un peuple primitif qu'étaient les Israélites. « Le divorce, écrit Salomon Munk ¹, moralement désapprouvé par les paroles de la Genèse, est cependant permis sous le point de vue du droit... »

Avec la législation biblique nous entrons, en effet, dans le régime de la réglementation légale du divorce chez les Hébreux, alors que précédemment il était régi par la coutume patriarcale, très libérale pour le mari comme nous pouvons le voir par les vestiges de ce droit coutumier conservés dans l'Écriture. Bien que cette législation soit extrêmement sommaire, elle a néanmoins le mérite d'être la première législation écrite en la matière.

En voici l'énoncé dans les versets suivants du Deutéronome (24: 1):
« Quand un homme aura pris une femme et cohabité avec elle; si elle cesse de lui plaire, parce qu'il aura remarqué en elle quelque chose de malséant, il lui écrira un libelle de divorce, le lui mettra en main et la renverra de chez lui.

¹ S. Munk, *Palestine*, Paris, 1881, p. 205.

» Si, sortie de la maison conjugale, elle se remarie et devient l'épouse d'un autre homme, et que ce dernier, l'ayant prise en aversion, lui écrive un libelle de divorce, le lui mette en main et la renvoie de chez lui; ou que ce même homme, qui l'a épousée en dernier lieu, vienne à mourir, son premier mari, qui l'a répudiée, ne peut la reprendre une fois qu'elle s'est laissée souiller, car ce serait une abomination devant le Seigneur: or, tu ne dois pas déshonorer le pays que le Seigneur, ton Dieu, te donne en héritage. »

C'est le principal passage concernant notre sujet. En l'abordant, une considération s'impose avant même de l'avoir analysé. Sa forme indique l'existence du divorce antérieurement à la législation mosaïque. Tout le passage doit être considéré comme une seule loi qui interdit le remariage entre le mari et la femme divorcée après que celle-ci ait été l'épouse d'un autre homme et non pas comme une loi instituant le divorce. Le texte se base sur une expérience déjà existante et décrit une institution établie dans les mœurs; il décrit ce qui se passe habituellement sous les yeux du législateur¹.

« Le législateur ne fait que régler un droit déjà existant, écrit Munk², que les Hébreux, comme les anciens Arabes, exerçaient probablement avec une grande légèreté. » Il n'introduit pas le divorce mais reproduit la coutume en vigueur, en y mettant des conditions qui devaient le rendre moins facile. Le trouvant employé quelquefois, il en restreint la liberté; il en comprime l'action, ou la funeste possibilité; parce que le devoir du législateur est d'empêcher par tous les moyens en son pouvoir ce qui est moralement mauvais; mais ne pouvant empêcher tout le mal possible, il laisse à la conscience et à la morale intérieure leur influence respective³.

Ceci dit, étudions les différents problèmes qui se posent ordinairement à l'occasion d'un divorce.

a) *Les causes*

Nous parlons jusqu'à présent de « divorce », mais une question surgit immédiatement, dès que l'on aborde la dissolution du mariage du vivant des époux selon le droit mosaïque: peut-on parler à ce propos de divorce dans le sens moderne de ce mot?

¹ Cf. L. Blau, op. cit. p. 16.

² S. Munk, op. cit. p. 205.

³ J.-D. Michaelis, *Mosaïches Recht*, Frankfurt am. M., 1774, vol. 2, § 119.

Le divorce se caractérise, dans les législations modernes, en premier lieu, par l'intervention d'un tiers, le juge, qui prononce la dissolution du mariage en vertu de son autorité et par jugement. Nous avons, en plus, l'habitude de trouver dans le droit actuel, pour la plupart, des causes de divorce précises et limitées, dont l'une d'entre elles au moins doit être réalisée pour qu'un divorce puisse être prononcé. Rien de pareil dans la législation biblique. Nous nous trouvons devant une formule vague et souple: « Quand une femme vient à déplaire à son mari, parce qu'il a trouvé en elle quelque chose de malséant, il peut la renvoyer. »

En ce qui concerne le premier point, la dissolution du mariage semble donc dépendre uniquement du mari. Nous sommes, dans ce cas, en présence d'une dissolution par volonté unilatérale, c'est-à-dire d'une répudiation. Cependant le législateur n'admet pas que l'époux répudie sa femme sans aucune cause, il lui faut invoquer une raison valable. Or, c'est là que se pose, à propos du texte que nous venons de citer, le problème suivant: Comment devons-nous comprendre l'expression imprécise du texte hébraïque: « *ervath davar* », rendue par « *aliquam foetidatem* » dans la Vulgate et par « quelque chose de malséant », « quelque chose de honteux » dans nos versions françaises? C'est de cela, en effet, que la femme doit se rendre coupable pour mériter d'être répudiée.

Nous allons voir plus loin comment les interprétations rabbiniques ont répondu à la question. Pour le moment, qu'il nous suffise de dire que, prise à la lettre et au sens strict, cette expression ne viserait que l'adultère ou, au moins, une action déshonorante. Mais à considérer les cas de répudiation cités par la Bible, nous sommes obligés d'admettre que la formule « quelque chose de malséant » devait avoir un sens très large et pouvait désigner aussi bien un défaut physique qu'une imperfection morale.

Toutefois, si la loi exige une cause, c'est sans aucun doute que celle-ci devait être prouvée devant une autorité de justice et seulement dans ce cas le mari avait le droit de dissoudre son mariage en renvoyant sa femme moyennant un certain nombre de formalités.

Mais comment se fait-il que la loi deutéronomique, imprégnée par ailleurs de hautes idées morales et sociales, n'accorde explicitement qu'au mari le droit de répudiation? Cela tient, à ce qui nous paraît, aux coutumes qui régnaient encore à l'époque de sa promulgation. Car à côté de la conception très élevée du mariage, telle

qu'elle est exprimée dans le vieux récit de la création; à côté de l'authentique amour conjugal, tel qu'il est chanté dans le Cantique des Cantiques, le droit familial est encore régi par la vieille coutume patriarcale. L'ancien mode d'acquisition de la femme, par le versement d'une somme d'argent ou par la prestation de services, subsiste, ne fût-ce que d'une manière symbolique. Il s'insinue dès lors dans le mariage un rapport de propriété dont l'institution de la répudiation unilatérale est l'expression. Le mari-proprétaire se voit accorder la faculté de se dessaisir de l'objet de son acquisition. Cependant le législateur entoure cette répudiation de certaines précautions afin que le mari ne renvoie pas sa femme par pur caprice.

Mais au lieu de limiter les causes de répudiation, la loi biblique n'a, au contraire, énuméré restrictivement que les cas dans lesquels le mari perd son droit de renvoyer sa femme. En dehors des circonstances visées par elle, le mari peut répudier sa femme pour toute raison sérieuse.

b) *Cas où le mari perd la faculté de répudiation*

La loi prévoit deux circonstances qui font perdre au mari le droit de répudier sa femme; lorsque:

1. Le mari accuse sa femme de n'être pas vierge et que cette accusation se trouve être mensongère.

2. Lorsqu'un homme abuse d'une jeune fille vierge et qu'on le force de l'épouser.

La répudiation est, en premier lieu, défendue au mari qui a outragé sa femme par une fausse accusation de non-virginité. Le Deutéronome dit à ce sujet (22: 13-19):

« Si un homme, ayant épousé une femme et cohabité avec elle, la prend en haine, invente contre elle des prétextes d'accusation et répand sur son compte un bruit calomnieux, en disant: « Cette » femme, je l'ai épousée; et en m'approchant d'elle, je ne l'ai point » trouvée vierge », le père et la mère de la jeune fille se nantiront des preuves de sa virginité, qu'ils produiront devant les anciens de la ville, au tribunal..

» Alors les anciens de cette même ville se saisiront de l'homme et le châtieront; et ils le condamneront à payer cent sicles d'argent, qu'ils remettront au père de la jeune fille, parce qu'il a émis un bruit

calomnieux sur une vierge d'Israël; de plus, elle restera sa femme, il ne pourra la répudier de sa vie. »

Dans le cas précité, le mari a probablement voulu répudier sa femme sans avoir eu des raisons sérieuses, puisqu'il a été obligé d'en inventer. Or, si le mari peut apprécier l'opportunité d'une répudiation, il ne doit cependant pas outrager sa femme par une accusation calomnieuse. Pour avoir donc manifesté sa mauvaise foi dans l'appréciation des défauts de sa femme, la faculté de répudiation lui sera enlevée. Le mari-calomniateur voulait, d'autre part, se dispenser ainsi du paiement du « mohar », prix d'achat de la femme. C'est pourquoi il subira une double peine; il perdra le droit de répudiation et devra, en plus, payer le double du prix d'achat ordinaire, tel le voleur qui dans la législation hébraïque était condamné à indemniser la victime en lui restituant le double du produit de son vol¹.

L'intérêt de ce cas réside encore dans le fait qu'il nous montre l'existence d'un for, « les anciens de la ville », auquel l'on doit s'adresser pour se faire rendre justice. Il devait en être de même, sans doute, pour le mari qui invoquait des raisons en vue de se séparer de sa femme et peut-être, comme nous allons le voir, pour la femme qui voulait provoquer une répudiation.

La deuxième circonstance où un homme perd la faculté de répudiation est lorsqu'il a été obligé d'épouser une femme pour l'avoir violée alors qu'elle était vierge:

« Si un homme, rencontrant une fille vierge non fiancée, la surprend et abuse d'elle, et qu'il soit pris sur le fait, l'homme qui a eu commerce avec elle donnera au père de la jeune fille cinquante sicles d'argent, et elle deviendra sa femme, parce qu'il l'a violée; il ne pourra la répudier de sa vie. » (Deut. 22: 28-29.)

Il s'agit ici du viol et non pas de la séduction. Le coupable doit épouser la fille outragée et payer au père le « mohar ». Il semblerait, d'après un passage parallèle concernant le séducteur, que le père n'a même pas le droit de refuser sa fille, car elle ne pourra pas trouver facilement un autre mari. Le cas du séducteur est prévu dans le livre de l'Exode (22: 16-17) en ces termes:

« Si un homme séduit une vierge non encore fiancée et cohabite avec elle, il devra l'acquérir pour épouse. Que si son père refuse de la lui accorder, il paiera la somme fixée pour la dot des vierges. »

¹ Exode 22: 3.

Mais assurer à l'auteur d'un viol le mariage avec sa victime, ne serait-ce souvent le récompenser au lieu de le punir de son forfait? Peut-être même l'y encourager? Il nous paraît logique que le mariage en question que le coupable est forcé d'accepter, en tout état de cause, le père de la victime, comme la victime elle-même, doit pouvoir le refuser. De même le bon sens veut qu'on ne prenne pas, dans les deux cas, les mots: « il ne pourra la répudier de sa vie » dans une rigueur absolue. Le législateur n'a pu, en effet, exiger du mari qu'il gardât sa femme, dût-elle s'exposer aux reproches les plus graves. L'historien Josèphe Flavius nous le confirme en ces termes: « Si la jeune fille est déclarée innocente, elle cohabitera avec son accusateur, sans qu'il ait le moindre droit de la congédier, à moins qu'elle ne lui en fournisse de graves raisons et telles qu'elle ne puisse y contredire. »¹

Ces deux dispositions, l'accusation calomnieuse de non-virginité et le viol, sont déjà caractéristiques par la limitation qu'elles apportent aux droits du mari.

c) *Formes de la répudiation*

Les formalités auxquelles est soumise la répudiation sont, selon la loi deutéronomique, extrêmement sommaires. Une seule phrase contient toute la procédure: « Il lui écrira un libelle de divorce, le lui mettra en main et la renverra de chez lui. » Ces dispositions succinctes constituent cependant déjà, selon toutes probabilités, une restriction à l'antique droit patriarcal qui autorisait le mari à renvoyer sa femme sans aucune formalité, par une répudiation verbale, prononcée sous le coup d'une saute d'humeur. Mais outre la garantie qu'elles donnent à la femme contre une répudiation précipitée, les formalités lui procurent également l'avantage de lui faire tenir la preuve de sa libération et de la faculté conquise par elle de se remarier.

« Comme l'art d'écrire n'était pas alors très répandu parmi les Hébreux, dit Munk², le mari était obligé de s'adresser à un lévite ou à quelque autre érudit; il lui fallait aussi des témoins pour signer l'acte. Toutes ces formalités l'empêchaient d'agir dans un premier accès de colère, et les personnes étrangères qui devaient nécessairement intervenir, pouvaient essayer de réconcilier les époux. »

¹ Josèphe Flavius, *Antiquités juives*, 4, 7: 246.

² Munk, op. cit. p. 205.

d) Effets de la répudiation

La répudiation a pour conséquence la cessation du mariage et de toutes les obligations qui en résultent. Le premier effet est la séparation absolue d'habitation. Si la femme continuait à habiter avec son mari, ils étaient encore censés être mari et femme et pour la renvoyer effectivement, il fallait une seconde lettre de divorce. Les termes hébraïques « sépher keritoute », traduits littéralement par « lettre de scission », veulent indiquer que la séparation doit être complète.

La loi mosaïque se tait sur les effets matériels de la répudiation, mais en quittant la maison conjugale la femme avait certainement le droit d'emporter ce qui lui avait appartenu et qu'elle avait apporté dans le ménage. Elle avait, en outre, selon la tradition orale, droit à un douaire constitué par le mari lors de la conclusion du mariage¹. La faculté donnée à la femme de reprendre ces biens était certainement le frein le plus efficace contre la mauvaise volonté du mari.

e) Empêchements résultant de la répudiation

La répudiation entraîne deux empêchements dont l'un frappe la femme seulement, l'autre les deux époux. Le premier se trouve dans l'interdiction faite au prêtre d'épouser une femme répudiée: « Une femme prostituée ou déshonorée, ils ne l'épouseront point; une femme répudiée par son mari, ils ne l'épouseront point: car le pontife est consacré à son Dieu » (Lévitique 21: 7). Cette disposition paraît tenir au fait que la femme répudiée est généralement déconsidérée; on l'assimile, dans ce verset, à la femme prostituée ou déshonorée. Alors que le législateur biblique recommande si instamment la veuve aux sentiments charitables du peuple, il n'a pas un mot en faveur de la femme répudiée qui pouvait se trouver dans une situation non moins précaire. Mais c'est là, nous semble-t-il, encore une manière de blamer la répudiation à travers la femme répudiée. Il s'attache à celle-ci un soupçon de culpabilité qui la rend indigne de devenir l'épouse d'un prêtre. Car, si la loi civile, qui tient compte des nécessités sociales, qui transige avec les mœurs du temps, autorise la répudiation, la religion et la morale font tout leur possible pour l'empêcher.

¹ Talmud Babyl., Yebamoth 65.

Le second empêchement est énoncé dans le texte deutéronomique que nous avons cité, savoir que si la femme s'est remariée avec un autre et qu'elle redevienne libre par un nouveau divorce ou par suite de la mort de son deuxième mari, le premier mari ne peut plus contracter d'union avec elle, « alors, dit l'Écriture, qu'elle s'est laissée souiller, car ce serait une abomination devant l'Éternel... » Cette prescription respire peut-être, moins la réprobation du convol, que la crainte de voir un divorce momentané dissimuler un adultère. Il est vrai qu'elle semble aggraver le mal de la répudiation en le rendant irréparable, mais elle tend, au fond, surtout à le conjurer¹.

Il est intéressant de signaler que cet empêchement « des époux ayant divorcé et voulant se remarier » était reproduit dans l'ancien article 295 du Code civil français. Le texte de 1804 disait notamment : « Les époux qui divorcent pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir », alors que le texte de la loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce en France après sa suppression, en 1816, énonçait : « Les époux divorcés ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. » Sous cette dernière forme, la disposition devait, dans l'esprit du législateur français, déjouer une combinaison trop ingénieuse, ourdie pour amener dans un ménage peu scrupuleux les avantages obtenus par une union intérimaire, ce qui devait être, vraisemblablement, aussi un des motifs du législateur biblique. Le texte primitif voulait faire jouer le ressort d'une crainte préventive, en déclarant aux époux divorcés qu'ils ne pourront plus se réunir. Une loi du 4 janvier 1930 a définitivement supprimé cet empêchement.

f) *Répudiation unilatérale ou bilatérale?*

L'examen de la répudiation selon les textes de la législation mosaïque nous montre que ce droit, issu de l'ancienne coutume

¹ Munk, op. cit. p. 205, note 3, dit à ce sujet : « Le législateur hébreu fait peut-être allusion à un usage singulier qui existait chez les anciens Arabes et qui a été consacré par l'islamisme. Selon la loi musulmane, lorsqu'une femme a été répudiée complètement, c'est-à-dire lorsque la formule de divorce a été prononcée, à trois époques différentes pour une femme libre, et à deux pour une esclave, le mari ne peut la reprendre qu'après qu'elle a été mariée avec un autre (Coran, chap. 2, v. 230). » Aussi recourt-on parfois à un second mariage momentané, pour que le premier époux puisse satisfaire l'humeur volage qui le porte à reprendre l'épouse répudiée.

patriarcale¹, appartenait surtout au mari. Il s'agissait donc d'une rupture unilatérale et la loi ne semble, à première vue, admettre que le renvoi de la femme, au moyen de certaines formalités et dans des cas qui ne sont pas nettement déterminés. Quant à la question de savoir si la femme pouvait exiger la répudiation ou répudier son mari lorsque celui-ci refusait de remplir les obligations découlant du mariage (Exode 21 : 10), la Bible n'en parle pas.

Ludwig Blau prétend pourtant² que l'on ne peut répondre tout à fait négativement à cette question. Il cite à l'appui de son opinion le texte d'un contrat de mariage contenu dans le papyrus d'Assouan, de l'an 440 avant l'ère chrétienne, et provenant d'une colonie juive installée en cet endroit dès le septième siècle avant. Ce texte, qui est le plus ancien document extra-biblique et la plus vieille interprétation de la loi deutéronomique que nous ayons, contient, selon Blau, la preuve du droit de la femme de provoquer la répudiation, du moins dans certaines communautés israélites. Nous y lisons en effet :

« Demain ou un autre jour, Mibtahiya comparaitra devant la communauté et dira: « Je hais mon mari As-Hor » (c'est-à-dire je veux divorcer): elle paiera alors le prix de sa haine et remettra à As-Hor cinq sicles et deux dinars d'argent et tout ce qu'elle a apporté, jusqu'à un fil, elle l'emportera et pourra aller où elle voudra sans mot ni dispute. »

« Demain ou un autre jour, As-Hor se présentera devant la communauté et dira: « Je hais ma femme Mibtahiya », il perdra le douaire et elle emportera tout ce qu'elle avait apporté jusqu'à un fil et elle pourra aller où elle voudra, sans contestation et sans parole. »

D'après ce document, la femme possède incontestablement le droit à une sorte d'instance en divorce. Car même si nous ne pouvons pas préciser les mots de comparution devant la communauté, nous apercevons une autorité à laquelle elle peut s'adresser et un embryon de procédure qui lui permet d'agir. Or, le papyrus d'Assouan, attestant les mœurs d'une colonie juive dont l'origine remonte au VII^e siècle avant l'ère chrétienne, constitue le témoignage d'une des plus anciennes applications de la loi deutéronomique. Il permettrait donc de présumer que, dès les origines de cette loi, il existait une

¹ Lambert, op. cit., p. 237 ss. et S. Munk, op. cit. p. 205.

² L. Blau, op. cit. p. 20 ss.

possibilité pour la femme d'exiger sa libération, ou bien que le mari pouvait par le contrat de mariage accorder ce droit à sa femme, comme l'atteste le papyrus d'Assouan.

Le même point de vue est exprimé par Michaelis qui dit qu'« une épouse lésée dans ses droits pouvait faire prononcer par des juges sa répudiation... ». Cette répudiation forcée était la sanction demandée par la loi, et pour que cette loi ait un sens, il faut bien qu'il y eût un moyen légal de l'obtenir. C'était la répudiation judiciaire ¹.

Quoi qu'il en soit, nous pouvons conclure que, de façon générale, la rupture du mariage, bien que tolérée en droit, a été toujours réprouvée moralement. Preuve en est l'apostrophe du prophète Malachie contre la facilité qu'on met à rompre les liens qui doivent unir l'homme et la compagne de sa jeunesse. Le dernier prophète biblique rejoint ainsi l'auteur de la Genèse et la morale judaïque reste fidèle à elle-même, en prêchant la plus haute pureté de la vie conjugale et l'unité close pour toujours de deux êtres qui sont entrés dans le lien du mariage. « Il s'attachera à sa femme et ils ne formeront qu'une seule et même chair », avait proclamé l'écrivain de la Genèse. A quoi faisant magnifiquement écho, le dernier prophète s'écrie : « parce que l'Eternel est témoin entre toi et la femme de ta jeunesse, que tu as trahie, elle qui est ta compagne, la femme unie à toi par une alliance... Veillez donc sur vous-mêmes, et que personne ne trahisse la femme de sa jeunesse. Car je hais la répudiation, dit l'Eternel, Dieu d'Israël ².

¹ Michaelis, op. cit., vol. 2, § 120, p. 313.

² Malachie, 2: 14-16.

CHAPITRE II

La législation rabbinique du divorce d'après la Mischna et le Talmud

a) *Evolution de la répudiation mosaïque*

Avec la Mischna et le Talmud nous arrivons au premier stade de ce que l'on peut appeler proprement la législation rabbinique du divorce, ces deux compilations législatives étant l'œuvre des rabbins¹. Les efforts déployés par ces docteurs de la loi en vue de commenter, développer et adapter chaque disposition de la « loi écrite » devaient inévitablement les amener à l'étude d'un problème aussi important que celui du divorce. Ils consacrèrent à la question un traité spécial du Talmud, appelé « guittine », c'est-à-dire « des divorces », qui témoigne de leur grande capacité de dialecticiens. Les problèmes qui concernent la confection et la transmission du libelle de répudiation, les formalités à observer occupent dans cet ouvrage une place prépondérante. Mais on y aperçoit également que dans la pratique de la répudiation antique des changements importants se manifestent, bien que l'on cherche à sauvegarder toujours la théorie de l'ancienne loi.

Comment aurait-il pu en être autrement ? Depuis l'époque biblique les mœurs avaient notablement évolué, les circonstances historiques et politiques profondément changé. Le contact des civilisations grecques et romaines, dont la Palestine devint la sphère d'influence, se fit largement sentir dans tous les domaines. Le travail des docteurs ne reste pas à l'abri des influences étrangères. « Pendant qu'ils édifient le code sur la base solide de la Mischna, une nation voisine,

¹ Voir sur leur formation notre introduction, supra, p. 15.

dont il n'ont que trop bien connu la formidable puissance, travaille à une œuvre à peu près semblable, et avec une force incomparable et un merveilleux génie, élève le monument sur lequel s'étaiera le droit de l'Europe moderne, le *Corpus Juris civilis*. Comment échapper à l'influence que pouvait exercer sur eux cette législation romaine dont ils devaient, les tout premiers, admirer la rigueur et le formalisme ? Aussi, le droit civil talmudique est-il empreint, dans presque toutes ses parties, de l'esprit du droit romain. On y retrouve jusqu'à des formules et des expressions qui lui sont empruntées. Des parties entières de la législation, les lois sur l'esclavage, sur la prescription, par exemple, pour lesquelles le Pentateuque ne fournissait aucune indication ou esquissait à peine l'ombre d'une théorie, sont presque complètement inspirées de la législation romaine. Mais tous ces emprunts se modifiaient sous la main des docteurs ; l'esprit juif transformait tous ces éléments étrangers auxquels il imprimait son caractère particulier ; et de ce vaste creuset où, depuis trois siècles, venaient se fondre les matériaux de diverses origines apportés par les écoles devait sortir l'œuvre profondément une et homogène de la législation talmudique. »¹

L'évolution la plus importante consistait, sans doute, dans le fait d'avoir reconnu à la femme le droit formel de demander la dissolution de son mariage. Les docteurs de la Mischna et du Talmud consacrent, en effet, ce droit de la femme de se soustraire au joug d'un mari qui lui est devenu insupportable en accordant aux deux conjoints la faculté de rompre une association, source de souffrances et parfois de scandales. Cependant, pour qu'une telle évolution fût possible, il fallait en trouver la justification non seulement dans les exigences des mœurs, mais dans la parole même de la législation mosaïque qui reste pour toujours « la Loi », contenant implicitement toutes les déductions possibles. Ainsi les rabbins devaient-ils déduire le droit en question du texte suivant, tiré du livre de l'Exode (21 : 7-11), qui a trait à la vente par le père de sa fille mineure :

« Si un homme vend sa fille comme esclave, elle ne quittera pas son maître à la façon des esclaves. Si elle déplaît à son maître, qui s'était proposé de la prendre pour femme, il facilitera son rachat ; mais il n'aura pas le pouvoir de la vendre à une famille étrangère, après lui avoir été infidèle.

¹ Arsène Darmesteter, *Le Talmud, dans Aspects du Génie d'Israël, Cahiers du Sud*, Paris, 1950, p. 24.

» Que s'il la destine à son fils, il agira envers elle selon le droit des filles. S'il prend une autre femme, il ne retranchera rien pour la première à la nourriture, au vêtement, et au droit conjugal.

» Et s'il ne fait pas pour elle ces trois choses, elle pourra sortir sans rien payer, sans donner de l'argent. »

D'après cette loi, le père pouvait vendre sa fille comme esclave, mais le maître, semble-t-il, promettait implicitement, par le fait même de son acquisition, de l'épouser ou de la donner en mariage à son fils. Dès que cette femme fut élevée de son rang de servante au rang d'épouse, elle possédait certains droits dont les trois énumérés : nourriture, habillement et intimité conjugale. Si le mari les lui refusait, elle pouvait s'en aller « sans donner de l'argent », c'est-à-dire sans rançon. Mais comme il n'était certainement pas dans la nature des choses qu'une ancienne esclave puisse sortir sans autre du pouvoir de son maître, elle devait être en mesure de s'adresser à une autorité judiciaire, peut-être aux « anciens de la cité », pour la protection de ses droits.

La déduction rabbinique du droit de la femme de demander sa répudiation est fondée sur le même cas et se trouve exprimée dans un très vieux texte législatif¹ : « Lorsque le mari ne remplit pas envers sa femme les obligations énoncées par la loi, y lisons-nous, elle peut s'en aller libre, sans rançon, mais *non pas sans lettre de répudiation.* » Or, il va de soi que la répudiation, elle ne l'obtiendra qu'en la demandant aux tribunaux qui ont seuls qualité d'obliger le mari de la lui accorder.

En tout cas, la jurisprudence rabbinique ultérieure est formelle à cet égard ; si la plainte de la femme est fondée, le tribunal rabbinique doit se charger d'y faire droit. Le mari est forcé d'octroyer à sa femme le libelle de répudiation ; on l'oblige, par des moyens dont nous reparlerons, de procéder à cette remise. Car — c'est là un point à souligner — c'est toujours le mari qui est censé répudier sa femme, même lorsqu'elle l'est sur sa propre demande et contre le gré de son mari.

On peut, certes, objecter que dans une telle éventualité la volonté du mari n'est pas libre, alors que la loi exige qu'il transmette la lettre de répudiation par un acte volontaire. Mais là intervient un raisonnement qui permet d'esquiver l'objection. Comme il était indispensable

¹ Mekhilta, section 3.

d'élaborer une procédure qui permette à la femme d'agir contre son mari, une fois le principe admis qu'elle pouvait s'adresser au tribunal, les docteurs de la loi, fins casuistes, se sont fait le raisonnement suivant :

« Nous ne voulons pas obliger le mari à donner l'acte de répudiation contre sa volonté. Mais nous posons comme principe que tout Israélite doit agir conformément à la loi religieuse et en a effectivement l'intention. Or, cette loi dispose que, dans le cas donné, la femme a le droit de recevoir son acte de répudiation. De ce fait, la remise du dit acte devient une obligation, religieuse et civile, pour le mari. Son refus de s'exécuter provient d'une mauvaise disposition qui l'incite à contrevenir à la loi et le pousse à agir de manière répréhensible. Aussi est-ce notre devoir de l'aider à se débarrasser de cette mauvaise disposition afin qu'il agisse conformément à la loi. Nous atteindrons ce but en lui imposant des sanctions pour avoir désobéi à nos ordonnances et, par ce moyen, sa mauvaise disposition le quittera et il sera en mesure de libérer sa femme en accord avec l'exigence de la loi. » D'une manière toute formelle, le mari transmettra donc l'acte de répudiation volontairement ¹.

Le grand codificateur du Talmud, Maïmonide ², exprime encore plus logiquement cet avis : « On ne peut prétendre, dit-il, que quelqu'un est contraint que si on le force d'accomplir un acte dont il n'est pas tenu de par la loi (torah), par exemple, de consentir à une vente ou à une donation. Mais celui dont s'est emparé le « mauvais instinct » pour le pousser à ne pas accomplir une obligation religieuse, ou pour l'inciter à commettre une transgression religieuse, si on le contraint, par voie légale, jusqu'à ce qu'il accomplisse ce qui lui incombe ou jusqu'à ce qu'il s'abstienne d'une chose défendue, celui-là n'agit pas sous le coup d'une violence. C'est lui-même qui s'est contraint dans sa mauvaise volonté. »

Ce raisonnement est sans faille, car ce qui est légalement obligatoire ne peut pas faire l'objet d'une contrainte. Chacun est tenu de s'y conformer et l'autorité légale doit veiller à ce que l'on n'y déroge pas. Or, depuis que la demande de la femme est devenue légale, le fait d'obliger le mari à se prêter à la procédure n'est pas une contrainte. Mais pourquoi, alors, ne pas prononcer la dissolution du mariage

¹ L. Blau, op. cit. p. 39.

² Maïmonide, Mischné Torah, Hilkhot Guérouchine, II: 20.

de *plano*, par jugement et sans intervention du mari? C'est que la loi mosaïque plane au-dessus de toute la procédure, elle est formelle: «Il lui écrira un libelle de divorce, le lui mettra en main et la renverra de chez lui », dit-elle, et en dehors de ces formalités il n'y a rien à faire.

Par le biais de ces déductions, l'on ne fit donc pas violence à la lettre de l'ancienne loi mosaïque et la théorie du droit exclusif du mari de répudier sa femme était maintenue. Mais, en pratique, la répudiation accordée à la suite de la demande de la femme, par ordre du tribunal, se rapprochait d'une sorte de divorce judiciaire. Nous pensons donc pouvoir parler dorénavant de la dissolution du mariage en droit rabbinique comme d'un divorce. Son accomplissement exige, en effet, l'intervention d'un tribunal et l'action peut en être engagée par l'un ou l'autre des époux. Toutefois, le terme divorce doit être compris dans un sens très large dont nous serons amené à définir, ultérieurement, le contenu en le comparant avec la notion du divorce moderne.

L'octroi à la femme du droit de demander le divorce constitue une étape importante de l'évolution de la répudiation mosaïque. Une fois cette étape atteinte, les causes pour lesquelles le divorce pouvait être prononcé au profit de la femme devenaient, grâce à la jurisprudence rabbinique, de plus en plus nombreuses. Nous en examinerons la liste définitive selon le Code de Caro, dernière étape de la codification rabbinique.

b) *Controverse des écoles talmudiques sur les causes du divorce*

Avant de se fixer définitivement à l'époque talmudique, le droit du divorce fut l'objet d'une célèbre controverse, surtout quant aux causes, entre deux écoles: l'école de Hillél et l'école de Chammaï, du début du I^{er} siècle ¹.

¹ Hillél, appelé souvent Hillél l'Ancien, ou Hillél le Grand, était un des plus grands docteurs de la loi et chef d'une école à Jérusalem, entre 40 avant et 10 après J.-C. L'école fut appelée par les «sages»: Béth Hillél, c'est-à-dire Maison de Hillél. Il était renommé, par opposition à Chammaï, pour sa bonté, sa tolérance et sa tendance à atténuer la rigueur des lois.

Chammaï, docteur de la loi, contemporain de Hillél, chef de l'école: Béth Chammaï (Maison de Chammaï), qui fut presque toujours en opposition avec celle de Hillél. Il était connu pour sa sévérité et sa dureté qui contrastait avec l'indulgence et la douceur de Hillél, dont les opinions prévalurent pour la plupart. (Cf. Edmond Fleg, *Anthologie juive*, Paris 1951, p. 665 et 699.)

Les deux docteurs de la loi, Hillél et Chammaï, professaient des opinions sensiblement différentes en la matière. L'école de Chammaï n'admettait le divorce qu'en cas d'adultère. Cette opinion reposait sur une interprétation stricte du texte deutéronomique qui attribuait aux termes « quelque chose de honteux », « quelque chose de malséant » le sens d'immoralité sexuelle¹. Par contre, d'après l'école de Hillél, plus libérale dans l'interprétation des prescriptions bibliques, le mari avait une très grande latitude dans l'appréciation des défauts de sa femme².

Un siècle plus tard, la controverse durait encore. Ainsi, Rabbi Akiba, qui mourut sous le règne d'Adrien, excusait le mari qui avait trouvé une femme plus belle que la sienne. Akiba invoquait, comme les hillélistes, le Deutéronome, et il y lisait, à son tour, deux cas de répudiation et non pas un seul: 1. Si l'épouse ne trouve pas grâce aux yeux de son époux; 2. S'il découvre en elle quelque chose de honteux³. Mais Eliezer, fils de Hyrkanos (mort au début du II^e siècle après), de l'école de Chammaï, s'élevait avec force contre ces facilités et condamnait même le divorce d'une manière générale.

L'écho de la discussion dans les maisons d'étude a retenti jusqu'aux près des auteurs évangéliques dont les enseignements ont exercé, par l'intermédiaire du christianisme, une influence capitale sur l'évolution de l'institution du divorce depuis l'antiquité jusqu'à l'époque moderne. Le texte le plus important se trouve chez l'évangéliste Matthieu, où l'on voit Jésus, contemporain de deux antagonistes, Hillél et Chammaï, adopter le point de vue de l'école de Chammaï:

« Les pharisiens l'abordèrent, et dirent, pour l'éprouver: « Est-il » permis à un homme de répudier sa femme pour une cause » quelconque? » Il répondit: « N'avez-vous pas lu que le Créateur, » au commencement, fit l'homme et la femme et qu'il dit: « C'est » pourquoi l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à » sa femme, et les deux deviendront une seule chair? » Ainsi ils ne » sont plus deux, mais ils sont une seule chair. Que l'homme donc » ne sépare pas ce que Dieu a joint. » — « Pourquoi donc, lui dirent-

¹ Les termes hébraïques « ervath davar » évoquent, en effet, l'idée adultère par le mot « erva » qui signifie: nudité, partie honteuse, sexe. Mais accolé (par l'état construit) au mot « davar »: chose, ils reçoivent une signification plus large de, littéralement, honte d'une chose, c'est-à-dire chose bonteuse.

² Cf. Mischna, Guittin IX, 10.

³ Cf. texte deutéronomique, cité infra p. 46.

» ils, Moïse a-t-il prescrit de donner à la femme une lettre de divorce
» et de la répudier ? » Il leur répondit : « C'est à cause de la dureté
» de votre cœur que Moïse vous a permis de répudier vos femmes ;
» au commencement, il n'en était pas ainsi ¹. Mais je vous dis que
» celui qui répudie sa femme, *sauf pour infidélité*, et qui en épouse
» une autre, commet un adultère. »

Les passages parallèles (Marc 10: 2-12, Luc 16: 18), sauf Matthieu 5: 31-32, contredisent l'enseignement exprimé dans le texte que nous venons de citer et semblent prêcher l'indissolubilité absolue du mariage, surtout celui de Luc (16:18):

« Quiconque répudie sa femme et en épouse une autre commet un adultère, et quiconque épouse une femme répudiée par son mari commet un adultère. »

Mais ces textes évangéliques paraissent exprimer l'opinion de Paul telle que nous la trouvons dans l'Épître aux Corinthiens (I Corinthiens 7: 10-11):

« A ceux qui sont mariés, j'ordonne, non pas moi, mais le Seigneur, que la femme ne se sépare point de son mari (si elle est séparée, qu'elle demeure sans se marier ou qu'elle se réconcilie avec son mari), et que le mari ne répudie point sa femme. » ²

La sagacité des théologiens chrétiens s'est également exercée sur ces textes. Les uns ont cru y trouver l'exigence de l'indissolubilité absolue du mariage, les autres l'admission du divorce pour le cas d'adultère, mais ces conceptions n'ont pas influencé l'évolution du divorce rabbinique dont la référence principale demeure la loi mosaïque.

En ce qui concerne les divergences d'opinion entre les deux écoles de Hillél et de Chammaï, nous devons encore ajouter que si elles sont fondées sur l'interprétation différente du texte biblique, elles tenaient également, en grande partie, à la place que chacune attribuait aux mœurs de l'époque. L'école de Chammaï était pour la limitation traditionnelle des causes du divorce; limitation qui fit des progrès constants depuis l'intervention célèbre du prophète Malachie (V^e siècle avant J.) ³; tandis que les disciples de Hillél,

¹ Nous pensons que la parole « au commencement, il n'en était pas ainsi » est dite à tort. Nous avons montré dans le premier chapitre que le législateur biblique n'a pas introduit la répudiation, mais qu'il a consacré la coutume préexistante.

² Cf. aussi Romains VII: 2.

³ Vide *supra*, p. 55.

cédant au courant des mœurs de leur temps, admettaient le renvoi de la femme pour la cause la plus futile. Il ne faut, en effet, pas oublier que la Palestine se trouve à l'époque sous la domination romaine. Or, le droit romain de l'époque impériale, période à laquelle cette discussion se déroule, autorisait le divorce d'une manière très large et sans même exiger le consentement réciproque des parties; la répudiation unilatérale était possible de la part de la femme aussi bien que du mari.

Mais comme l'admission libérale des causes pouvait dégénérer en abus, le législateur rabbinique dut prendre des mesures pour enrayer le mal. Il le fit en garantissant et en sanctionnant d'une façon de plus en plus énergique les reprises et les créances de la femme répudiée, ce qui obligeait le mari à songer aux conséquences matérielles fâcheuses de la rupture qu'il se disposait à consommer, en interdisant le divorce dans certains cas et en multipliant les formalités de la procédure.

c) *Les dix règles du divorce*

Outre la discussion entre les docteurs de la loi qui jette une lumière sur l'évolution du divorce rabbinique, nous trouvons dans le traité talmudique *Guittine* l'énoncé des dix règles essentielles du divorce que les rabbins ont déduites du texte deutéronomique cité plus haut: ¹

Première règle: Le divorce, réalisé par la transmission d'un libelle, d'un écrit, doit être un acte volontaire du mari.

Le texte deutéronomique dit en effet: « Quand un homme aura pris une femme et cohabité avec elle, si elle cesse de lui plaire... » (mot à mot, ne trouve pas grâce à ses yeux; donc aux yeux de cet homme). On déduit de là que la transmission du libelle de divorce, appelé communément « guëtt » ², doit être un acte volontaire du mari, et du mari seulement. Si le divorce a lieu sans l'acte volontaire du mari, le « guëtt » n'est pas valable.

C'est le mari qui doit donc donner ordre formel au scribe de dresser l'acte. Il doit agir, en principe, dans la plénitude de sa liberté et en toute connaissance de cause. Toutefois, si la femme peut

¹ Résumées par Maïmonide, *Mischné Tora*, Guérouchine 50: 1.

² Mot dont le sens général est « acte » et qui désigne en hébreu rabbinique le libelle de divorce.

invoquer des causes légales pour lesquelles le mari est obligé de lui rendre sa liberté, le tribunal rabbinique pourra lui appliquer des mesures de coercition afin d'obtenir son assentiment à l'acte à accomplir. On appelle cette procédure « guêtt forcé » (guêtt meoussé), car le tribunal fait pression sur la volonté du mari jusqu'à ce qu'il déclare: « je le veux bien », c'est-à-dire qu'il accepte de déclencher la procédure et de se prêter à ses formalités.

Primitivement la femme pouvait être répudiée même sans son consentement¹. Tel était le principe déduit de la législation mosaïque qui ne parle pas du consentement de la femme. Dans la pratique, toutefois, cette disposition était déjà tombée en désuétude à l'époque talmudique, pour être formellement supprimée au début du XI^e siècle par une célèbre assemblée rabbinique. Le synode de Worms, convoqué par Rabbénou Guerschôm ben Yéhouda, établit, une fois pour toutes, la défense de recourir au divorce si la femme n'accepte pas volontairement le libelle que le mari doit lui transmettre.

Deuxième règle: Le divorce doit se faire au moyen d'un écrit.

« Il lui écrira un libelle de divorce », dit le verset; on en déduit les règles de confection de l'écrit (guêtt).

« Il écrira », le verbe est au singulier, il n'y aura donc qu'un seul scribe, non pas deux.

« Il » c'est le mari. Il faut que ce soit le mari lui-même qui écrive, ou, plus exactement, qui donne l'ordre d'écrire.

Le scribe n'a pas le droit d'écrire ni les témoins de signer l'acte sans avoir reçu l'ordre formel du mari². Celui-ci ne peut pas déléguer à une autre personne le pouvoir de donner à sa place cet ordre³.

L'écrit sera confectionné sans surcharges, sans ratures ni interlignes, avec de la bonne encre et, de préférence, sur parchemin; tout cela afin d'éviter des confusions possibles.

Troisième règle: L'acte sera écrit au nom et à l'intention de la femme.

Le mot « lui » dans le verset: « il lui écrira », désigne la femme. C'est donc pour elle que doit être écrit le guêtt et à son nom.

On indiquera d'une façon précise, par tous ses noms et surnoms, la femme à laquelle le divorce s'adresse, le nom de son père, l'endroit où elle se trouve, sinon la validité de la procédure devient douteuse.

¹ Mischna, Yebamoth 112b; Talmud Babyl. Guitine 49b.

² Talmud Babyl., Guitine 71b.

³ Ibid, 66b.

Même les préparatifs de la confection de l'acte doivent être faits à l'intention de la femme touchée par le divorce.

Quatrième règle: Nécessité d'une rupture totale.

Les termes du verset: « libelle de divorce » sont indiqués par l'expression hébraïque « sépher keritoute » qui signifie littéralement: lettre de scission, de séparation (de la racine « karath », couper, trancher). Ils montrent donc qu'il faut une rupture totale. Le mari ne peut, par conséquent, assortir le libelle de divorce d'une condition qui lierait la femme pour toujours; qu'il dise, par exemple, « je te donne ce guètt à condition que tu ne boives pas de vin, ta vie durant ». Mais il peut y ajouter une condition suspensive et même potestative.

Cinquième règle: Le libelle de divorce doit être transmis et donné par le mari.

Le verset dit « il donnera », on en déduit que le mari doit transmettre en personne l'écrit constatant le divorce, ou en charger un mandataire dûment habilité.

C'est toujours le mari qui est « l'agent », c'est-à-dire celui qui donne le divorce même si la femme l'obtient par décision du tribunal rabbinique.

Le mari doit payer la confection du guètt, car il est tenu de « donner » l'acte, c'est-à-dire en transférer la propriété à la femme. La matière sur laquelle on écrit le guètt doit donc appartenir au mari. Exceptionnellement, toutefois, la femme peut payer les frais d'établissement de l'écrit.

Sixième règle: Le libelle du divorce doit être remis à la femme.

Le verset biblique dit: « il lui mettra (le libelle) dans la main ». Il s'ensuit que le mari, ou son mandataire, doit remettre l'acte dans les mains de la femme, avec prise en possession de sa part et remise effective de la part du mari.

Septième règle: Le renvoi de la femme doit être effectif.

« Qu'il la renvoie », dit la loi mosaïque. Le Talmud en déduit que la formule par laquelle le mari renvoie sa femme doit être claire et sans équivoque. Il ne devra pas dire, par exemple, « je ne suis plus ton mari » mais plutôt « je te renvoie, tu n'est plus ma femme ».

Huitième règle: La remise du libelle doit être possible dès sa confection.

« Il lui écrira un libelle de divorce et le lui mettra en main », énonce le texte du Deutéronome. Il faut donc que le guêtt une fois écrit, on puisse immédiatement le donner à la femme. C'est pourquoi on ne doit pas écrire l'acte sur un objet non détaché du sol. On ne saurait le détacher de la terre après son achèvement, car c'est mettre un intervalle de temps entre la confection de l'acte et sa remise, ce qui semble être contraire à la lettre de ce texte: « il lui écrira... et le lui mettra... ».

Neuvième règle: La formule de la remise doit être claire.

Le verset dit: « il lui donnera un libelle de divorce ». Il faut donc que le mari donne l'acte de telle sorte qu'il n'y ait pas de méprise de la part de la femme sur l'objet qu'elle reçoit. Elle doit se rendre compte que c'est bien son acte de divorce. Aussi le mari doit-il prononcer au moment de la remise une formule claire, comme: « voici ton guêtt », ou bien une phrase indiquant clairement qu'il s'agit de la remise d'un libelle de divorce.

Dixième règle: Il faut une cause pour divorcer.

« Parce qu'il aura remarqué en elle quelque chose de malséant » dit le verset deutéronomique. Le divorce ne peut donc avoir lieu sans cause.

Nous venons de voir la discussion entre l'école de Hillél et l'école de Chammaï pour déterminer, en s'appuyant sur ce texte, les causes du divorce. A la suite de cette controverse, ces causes ont été élaborées graduellement et nous allons en voir la liste définitive dans le Code de Caro. Elles sont nées, peu à peu, des nécessités pratiques, de la conception toujours plus claire qu'on se faisait des rapports entre conjoints et constituaient, en même temps, des mesures de réaction contre la suprématie maritale.

Mais avant de passer à l'examen du code qui constitue le stade définitif de la législation rabbinique, nous devons souligner qu'à l'époque talmudique aussi, comme à l'époque biblique, le divorce était toujours désapprouvé du point de vue religieux et moral. L'histoire témoigne du fait qu'on n'en abusait jamais, car le haut idéal de la vie conjugale, le caractère religieux du mariage, enseignés par les rabbins dominaient entièrement la société israélite, régie par des conceptions religieuses. Ainsi, suivant Rabbi Méir (II^e siècle), il ne fallait jamais accueillir une demande en divorce sans que le

rabbin adressât au mari qui la présentait l'exhortation suivante: « Savais-tu, quand tu prononçais le vœu de te séparer de ta femme, que peut-être tu transgressais la loi qui dit: « Ne te venge pas, ne garde pas rancune; ne hais pas ton prochain dans ton cœur; aime ton prochain comme toi-même; que ton frère vive avec toi... »? Songes-tu que demain on répètera en tous lieux que tu as l'habitude de répudier tes femmes; que tes filles sont les filles de cette femme que son mari a renvoyée. Ah! elle doit être bien coupable pour avoir mérité pareille disgrâce. »¹

Rabbi Élarazar (I^{er} siècle) réproouve le divorce en ces termes: « L'autel se couvre de larmes, à cause de celui qui renvoie la compagne de sa jeunesse »².

Rabbi Yohanan dit: « Dieu hait celui qui renvoie sa femme »³.

Et le traité talmudique *Guittine*, qui s'occupe de la question du divorce, se termine par le verset du prophète Malachie: « Je hais le divorce, dit l'Eternel »⁴.

¹ Mischna, Nedarim 9: 4.

² Talm. Babil. *Guittine* 90b.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

CHAPITRE III

La législation définitive du divorce rabbínique

Le Code de Joseph Caro, le « Choulkhan Aroukh »¹, contient dans sa partie « Eben Haézer » (La Pierre du Secours) la réglementation définitive de la législation rabbínique du divorce. Bien que ce document législatif date du XVI^e siècle, on s'y réfère encore de nos jours pour fixer un point du droit rabbínique. Aussi nous tiendrons-nous essentiellement à ce code dans l'exposé de notre matière en adoptant la division tripartite classique :

- A. Des causes du divorce.
- B. De la procédure du divorce.
- C. Des effets du divorce.

A. LES CAUSES DU DIVORCE

Le Code de Caro adopte l'opinion de l'École de Hillél quant à l'admission large des causes du divorce. Les termes bibliques « ervath davar », « quelque chose de malséant », indiqués comme motif de répudiation dans le droit mosaïque ont joué, dans le droit rabbínique, le même rôle que la notion d'« injures graves » dans la jurisprudence française moderne². Ils ont permis d'englober sous cette qualification

¹ Cf. supra, p. 19.

² Les tribunaux français ont depuis toujours fait preuve d'une largesse excessive dans l'appréciation des « injures graves » et ont fait entrer sous cette dénomination toutes sortes de manquements qui légalement ne constituent même pas une cause de divorce et que le législateur voulait même éviter (impuissance, erreur sur une qualité de la personne, tentative d'adultère, condamnation correctionnelle, etc.).

différents manquements de la femme, comme l'adultère, la mauvaise conduite, la négligence dans le ménage, le fait de contrevenir aux règles de la décence ou d'une prescription religieuse, etc.

Mais bien que la qualification biblique « quelque chose de malséant » ne se rapporte qu'aux fautes de la femme, nous ne sommes plus du tout, dans le Code de Caro, en face d'une répudiation unilatérale. L'interdiction faite par Rabbénou Guerschôm¹ d'imposer à la femme l'acceptation du libelle de divorce fait que l'antique répudiation s'est transformée en un genre de divorce par consentement mutuel, avec toutefois cette particularité qu'il ne s'agit nullement d'un accord mutuel des époux en vue de la rupture du lien conjugal même sans l'existence d'une cause. On entend plutôt par consentement mutuel que la femme doit, en tout état de cause, être consentante, dans ce sens qu'elle accepte librement de se prêter aux formalités de la remise du « guëtt », sans quoi le divorce ne serait pas valable.

Mais si l'on exige le consentement des parties, à quoi servent les causes du divorce, pourrait-on objecter. C'est que la procédure du divorce rabbinique, comme nous allons le voir, se déroule aujourd'hui, généralement, en deux phases successives: la première qui est purement civile et judiciaire doit décider de la véracité de la cause invoquée et de l'admission de la demande; la seconde qui est entourée d'un formalisme religieux consiste à faire dresser et transmettre le « guëtt », acte de divorce.

Le Code de Caro admet, d'autre part, les dispositions élaborées dans le Talmud, selon lesquelles la femme peut également provoquer l'instance en divorce pour certaines causes déterminées. Ces causes ne sont, en effet, pas les mêmes que celles qui permettent au mari d'agir contre son épouse, car elles sont le produit d'une longue évolution juridique. Nous en traiterons en premier lieu, après avoir passé en revue, au préalable, les cas d'interdiction de divorce et les causes rendant le divorce obligatoire.

¹ Cf. supra, p. 64.

I. CAS D'INTERDICTION DE DIVORCE

En parlant de la législation mosaïque, nous avons constaté que celle-ci ne permettait pas toujours au mari de répudier sa femme. Le Code de Caro, fondé sur la Loi de Moïse, maintient, bien entendu, ces dispositions.

1. Le divorce est interdit au mari qui a outragé sa femme par une fausse accusation de non-virginité. Exception faite, toutefois, du cas où cette femme aurait ultérieurement commis l'adultère.

2. Le mari ne peut pas renvoyer la vierge à laquelle il a fait violence, car la Loi deutéronomique la lui impose¹. Mais ce mariage n'est imposé, bien entendu, qu'au coupable seul; le père et la jeune fille outragée sont libres de repousser cette union, ce qui arrivait sans doute le plus souvent.

3. La loi rabbinique interdit au mari de divorcer d'avec son épouse lorsqu'elle est atteinte d'aliénation mentale. La raison de cette interdiction est plutôt formelle, parce que la femme n'a pas la capacité requise pour l'acceptation du « guêtt ».

4. Le mari ne peut pas divorcer d'avec sa femme lorsqu'elle est tombée en captivité, soit comme prisonnière de guerre, soit qu'elle ait été emmenée par des brigands. Il doit, au contraire, l'aider par tous ses moyens à recouvrer sa liberté pour la faire rentrer au foyer. Ce cas devait se produire souvent dans l'ancien temps et même au moyen âge pour que le code en prévoie l'éventualité.

5. Si un homme devient sourd-muet au cours de son mariage, il ne peut valablement donner le « guêtt » à sa femme, car on n'est pas certain de sa volonté. Il en est autrement si le mari était déjà sourd-muet au moment où le mariage a été contracté. Dans ce cas, le mariage ayant été conclu par des gestes pourra être dissous sur la foi des gestes. On considère cette dernière union comme une union de moindre valeur et on applique le principe de l'harmonie entre la création d'un acte juridique et son extinction pour dire que « la femme peut sortir du mariage de la même manière qu'elle y est entrée »².

¹ Cf. supra, p. 50.

² Mischna, Yebamoth 14: 1. Renvoyons une fois pour toutes au Code de Caro partie « Eben Haézer », §§ 119-154, traduction française de Sautayra et Charleville, Paris-Alger, 1868.

II. CAUSES RENDANT LE DIVORCE OBLIGATOIRE

La notion de nullité du mariage est très peu précisée en droit rabbinique. On semble avoir confondu les deux moyens qui rompent le mariage: nullité et divorce. Nous constatons, en effet, que même dans le cas d'un mariage de validité douteuse, le droit rabbinique exige l'accomplissement de la procédure de dissolution par divorce. Il nous paraît que c'est en vertu du même principe d'harmonie entre la création et l'extinction d'un droit (« *actus contrarius* ») que ces dispositions ont été adoptées, car les rabbins disent que chaque fois que le mariage a eu, juridiquement et religieusement, « une prise » (« *kiddouchine tofsine* ») sur les parties, il faut un acte contraire pour en supprimer les effets. Or le mariage « n'a pas de prise » uniquement dans le cas des prohibitions bibliques. Dans les législations modernes, la sanction relative à la formation du mariage est la nullité, prononcée par jugement, qui anéantit le mariage « *ab initio* »¹.

Les cours rabbiniques devront, d'autre part, dissoudre certaines unions dans un intérêt purement social, religieux ou moral, même contre le gré des époux.

Voici quelques cas de divorces obligatoires.

1. *Union impossible*

Les époux se sont unis malgré une prescription légale rendant leur mariage impossible. Cette violation d'un empêchement les oblige à se séparer par divorce. En voici quelques exemples:

a) Les descendants de la race sacerdotale, auxquels il est interdit d'épouser une femme divorcée, ont cependant enfreint cette prohibition. Plus généralement tout descendant de la race sacerdotale doit se séparer de sa femme s'il existait un empêchement à leur mariage².

b) Toutes les fois qu'il y avait un empêchement au mariage, résultant d'une prohibition rabbinique et non pas biblique, l'union contractée à l'encontre de cet empêchement devait être dissoute par le divorce. Lorsque l'homme et la femme ont été avertis d'un obstacle à leur mariage et que malgré cet avertissement ils avaient contracté le mariage, ils doivent divorcer.

¹ *Vide supra*, p. 41, sur la nullité du mariage.

² *Cf. supra*, p. 52.

c) Le mariage entre parents à un degré prohibé entraîne divorce obligatoire lorsque ces prohibitions sont formulées par la loi rabbinique. Il entraîne, par contre, la nullité quand ce sont des prohibitions bibliques. Il importe donc de bien distinguer les deux ordres d'empêchements ¹.

2. *Mariage d'une validité douteuse*

Le mariage dont la régularité n'est pas parfaitement constatée, soit qu'il existe quelque doute sur sa validité à la suite du défaut de consentement, de la qualité des témoins, de l'inaccomplissement de certains rites, soit du fait que les formules sacramentelles n'ont pas été récitées; ce mariage doit être dissout par le divorce.

3. *Lèpre ou maladie contagieuse d'un époux*

Lorsque des considérations d'ordre sanitaire ne permettent pas la cohabitation des époux, en cas de lèpre ou de maladie contagieuse grave, le divorce pourra être prononcé d'office. Mais si l'époux bien portant consent à vivre ensemble sans cohabitation, le divorce n'aura pas lieu.

4. *Adultère*

L'adultère est une cause obligatoire de divorce, à condition qu'il soit qualifié. Le mari qui soupçonne sa femme d'infidélité doit, notamment, l'avertir devant témoins et la sommer de cesser tout commerce avec l'homme soupçonné d'être son complice; la femme doit ne tenir aucun compte de cette sommation et continuer de s'isoler avec celui qui est réputé être son amant.

Le divorce n'est obligatoire qu'à deux conditions: 1. L'avertissement a eu lieu devant deux témoins. 2. L'isolement de la femme avec l'homme soupçonné a été attesté par deux témoins ou bien il y a eu flagrant délit.

Depuis l'interdiction de la polygamie, l'adultère du mari est assimilé à celui de la femme, du moins pour tous les pays où règne la monogamie, ce qui exclut l'Orient.

La sévérité du législateur rabbinique s'explique, si l'on considère que l'adultère, à son point de vue, comme à celui du législateur

¹ Cf. *supra*, p. 37; Caro, *op. cit.* 15.

biblique dont il s'inspire, n'est pas seulement un acte d'infidélité d'un époux envers l'autre, mais encore une violation de la loi religieuse, entraînant la rupture du lien conjugal et constituant même un crime contre la société.

Mais le prononcé d'un divorce par voie d'autorité pour adultère qualifié a dû être très rare, vu les difficultés de cette qualification. Le plus souvent, il n'y avait sans doute ni attestation de deux témoins, ni flagrant délit. Dans ce cas, le mari pouvait, à l'époque biblique, traduire la femme soupçonnée d'infidélité devant le prêtre qui la soumettait à « l'épreuve des eaux amères », sorte d'ordalie, dont devait jaillir l'aveu ou la preuve du crime commis¹. Cette épreuve ayant été abolie par Rabbi Yohanan ben Zaccâï (I^{er} siècle), il ne resta plus au mari qui soupçonnait sa femme d'adultère que d'introduire une demande en divorce en invoquant la conduite immorale de son épouse.

III. CAUSES DE DIVORCE AU PROFIT DE LA FEMME

La législation rabbinique a beaucoup favorisé la femme en instituant pour elle la faculté de provoquer la rupture de son mariage. Les docteurs de la loi ont admis que la femme pouvait s'adresser aux tribunaux rabbiniques qui devront forcer le mari à lui donner le « guêtt ». Car, comme nous l'avons déjà signalé, c'est toujours le mari qui donne l'ordre d'écrire le libelle de divorce et qui le transmet à sa femme. Mais les tribunaux peuvent l'obliger à donner cet ordre et à se prêter à toute la procédure du divorce. La multiplicité des cas dans lesquels la femme peut réclamer le divorce est tellement variée qu'on peut dire que, grâce au « guêtt forcé », la femme possède désormais le droit au divorce.

Voici dans quelles conditions le divorce peut être prononcé au profit et sur demande de la femme :

1. Débauche

La conduite immorale du mari, la débauche, les relations adultères, depuis la disparition de la polygamie, sont autant de motifs qui autorisent la femme d'agir en divorce contre son mari.

¹ Procédure connue sous le nom de zélotypie et décrite dans les Nombres 5 : 11-31.

2. *Défaut d'entretien*

Parmi les devoirs essentiels du mari, l'on doit compter, depuis la Loi mosaïque déjà, celui de subvenir aux besoins matériels de sa femme en lui procurant nourriture, vêtement et cohabitation (Exode 21: 10). Le minimum de cet entretien a été fixé ultérieurement par la Mischna et si le mari ne voulait pas s'en acquitter, il pouvait être obligé, sur demande de la femme, de lui accorder le divorce. On avait d'abord songé à forcer le mari à fournir les aliments que le devoir conjugal lui imposait, mais devant les difficultés d'exécution qu'aurait rencontrées un jugement rendu à cet effet, on finit par accorder à la plaignante le droit de réclamer la rupture de l'union conjugale.

Même si le mari est trop pauvre pour entretenir convenablement sa femme, qu'il ne peut lui assurer le minimum indispensable au maintien de sa vie physique, il peut être tenu de rompre le mariage ¹.

3. *Injures graves et sévices*

Si le mari maltraite sa femme, s'il l'injurie, s'il l'empêche, sans motif, de se nourrir ou de se vêtir selon ses habitudes, de manière à lui faire honte devant ses voisins, s'il lui défend de faire des visites habituelles à ses parents ou de vivre en bonne harmonie avec ses voisines, elle peut exiger qu'il lui donne son « guêtr » et il doit, en plus, lui accorder son douaire.

4. *Refus de cohabitation*

La Loi de Moïse dit: « Il ne doit point la frustrer de sa nourriture, de son habillement, ni du droit conjugal » (Exode 21: 10). Le « droit conjugal » est donc une obligation pour le mari et un droit pour la femme. Le refus du mari de s'en acquitter constitue une cause de divorce dont la femme peut se prévaloir. Mais ce refus peut aussi être sanctionné d'une autre manière. Dans le cas, notamment, où la femme ne voudrait pas divorcer, elle peut prétendre à une indemnité pécuniaire, sorte d'astreinte, qui vient s'ajouter à la somme de son douaire.

¹ Mischna, Ketoubouth 5: 8-9; Maïmonide, Ischouth 12: 10; Caro, op. cit. 70: 1-3.

5. *Etat physique ou social du mari*

La femme peut exiger le divorce en considération de l'état physique ou social de son mari, à condition qu'elle n'en ait pas eu connaissance avant le mariage. Ainsi le mari qui répand par la bouche des exhalaisons intolérables peut être forcé de libérer sa femme, si elle l'exige. Il en est de même du mari qui exerce certaines professions (tanneur, mineur dans les mines de cuivre, ramasseur des crottins, etc.) qui rendent la vie commune pénible et insupportable.

6. *Impuissance du mari*

Un des buts principaux du mariage israélite étant d'assurer la pérennité de l'espèce humaine, selon la parole de la Genèse: «croyez et multipliez», la femme peut exiger le divorce si, par le fait de son conjoint, elle ne peut pas avoir d'enfants. Elle a, notamment, le droit de faire dissoudre son mariage si son époux reste plus de six mois sans cohabiter avec elle, par suite d'une maladie incurable. De même l'impuissance du mari, prouvée par un mariage stérile de dix ans, autorise la femme à demander le divorce, lorsque cette demande est faite par elle dans le but d'avoir des enfants pour l'assister dans ses vieux jours. Mais le divorce peut être imposé au mari même avant ce délai si son impuissance est évidente.

7. *Conversion du mari*

Le mari israélite qui se convertit à une autre religion n'est pas *ipso facto* divorcé de sa femme; son mariage subsiste, mais l'apostasie donne à la femme le droit de réclamer son « guëtt »¹. Si la cour rabbinique ne peut plus exercer son autorité sur le mari, elle a la possibilité de s'adresser à une cour non juive. Mais pour que le divorce soit valable, la procédure rabbinique doit être respectée. Caro s'exprime à ce sujet dans les termes suivants: « Le tribunal rabbinique peut demander l'intervention des autorités du pays pour forcer, par les moyens coercitifs dont elles disposent, le mari à donner le « guëtt » dans le cas où il est obligatoire »². Cette procédure a dû être employée au moyen âge là où les autorités s'y prêtaient. Un autre texte de Caro semble le confirmer: « On peut dresser le « guëtt » en toutes langues,

¹ Talm. Babyl., Ketouboth, 30b et Maïmonide, Ichouth 4: 15.

² Caro, Beth Yoseph § 134. Mischna, Guittin 9: 8.

en toutes écritures, même celle des non-Juifs, comme le provençal, par exemple, pourvu que le contexte soit d'une seule langue et d'une seule écriture », écrit-il¹. Or, la nécessité d'écrire le « guëtt » en une langue étrangère et non pas en hébreu se présentait sans doute lorsque des autorités non juives intervenaient.

En résumé, nous pouvons dire, avec E. Weill, qu'en ce qui concerne les droits de la femme « la jurisprudence des rabbins est que si la plainte de la femme est fondée, sa demande équitable, les tribunaux rabbiniques se chargent d'y faire droit. Le mari sera forcé d'octroyer à sa femme le libelle de divorce »².

Comment contraignait-on le mari? Les juridictions employaient comme sanction l'anathème, mesure purement religieuse mais très efficace, et même la flagellation pour forcer le mari à se prêter à la procédure. A certaines époques, l'on se servait de moyens de coercition en usage dans les localités habitées par les Israélites, notamment l'emprisonnement. De nos jours toutefois, où ces moyens ne sont plus à la disposition des cours rabbiniques, le seul moyen qu'ait une femme de contraindre son mari est une action en dommages-intérêts devant les tribunaux de l'Etat, dans la mesure où celle-ci est recevable³.

IV. CAUSES DE DIVORCE AU PROFIT DU MARI

Au dernier stade de la législation rabbinique que représente le Code de Caro, le pouvoir du mari de rompre son mariage a été considérablement limité. L'existence des « divorces forcés » au profit de la femme a complètement changé le caractère de la dissolution du mariage. De répudiation unilatérale du mari, le « guëtt » est devenu divorce ouvert au mari comme à la femme. Pour faire ressortir cet état de choses, nous examinons les causes autorisant le mari d'agir en dernier lieu.

Bien que ces causes ne soient toujours pas limitativement énumérées dans le code, les nombreux exemples qu'en donne la loi permettent de conclure à la nécessité d'un fait grave pour motiver le divorce, à l'exigence d'une raison sérieuse tirée soit de la religion, soit de l'intérêt de la société ou de celui du mari lui-même.

¹ Caro, Eben Haézer, 126: 1.

² Emmanuel Weill, *La Femme juive*, Paris, 1907, p. 88.

³ *Vide infra*, p. 124 ss.

Le Code « Eben Haézer » commence par cette recommandation qui s'adresse à la conscience : « Il n'est pas permis au mari de rompre un premier mariage sans motif grave. Et même si ce motif existe, il ne doit pas se hâter de divorcer de sa femme »¹.

Les causes qui autorisent le mari à demander le divorce peuvent, tout d'abord, tenir à la conduite de la femme. Le code donne les exemples suivants :

1. *Infraction à la religion ou à la morale*

Le mari peut se séparer de sa femme lorsqu'elle transgresse les préceptes religieux : elle lui sert, par exemple, des aliments défendus par la religion ; elle ne respecte pas les prescriptions relatives à la purification, elle n'accomplit pas un vœu, elle est impudique.

L'*adultère* qui n'est pas qualifié, parce qu'il n'y avait pas flagrant délit ou attestation de deux témoins, entre dans la même rubrique. Le mari doit introduire une action en divorce.

2. *Refus de cohabitation*

On distingue le cas où la femme refuse la cohabitation par répugnance pour son mari, alors ce dernier pourra obtenir immédiatement le divorce, et le cas où elle manifeste un « esprit de rébellion ». Dans cette éventualité, le tribunal devra essayer de ramener la femme à de meilleures dispositions en la menaçant de la dépouiller de tous ses droits contre son époux. Cette épreuve peut durer, au plus, pendant un an, et au bout de ce laps de temps le mari pourra la renvoyer sans lui payer son douaire.

3. *Erreur sur les qualités physiques ou sociales de la femme*

Le Code de Caro cite les cas suivants :

a) Sur l'état social de la femme : Cette disposition est curieuse pour notre mentalité, car elle est teintée de superstition. Il s'agit du cas où la femme avait caché à son mari qu'elle était déjà deux fois veuve. Car « la femme deux fois veuve ne doit pas se remarier et si elle contracte un troisième mariage, le mari pourra, lorsqu'il aura appris qu'elle a été deux fois veuve, soit maintenir le mariage, soit

¹ Caro, op. cit. § 119: 3.

le faire dissoudre par le divorce »¹. On considère qu'il y a un certain risque d'épouser une femme qui a déjà enterré deux maris. C'est donc tromper son mari que de ne pas lui révéler son état de femme deux fois veuve.

b) Erreur sur la fortune de la femme: Si la femme s'est engagée personnellement à apporter une dot à son mari et qu'elle n'a pas tenu promesse, le mari peut invoquer ce fait comme cause de divorce. Par contre, si c'est le père de la femme qui a fait une telle promesse, le mari ne pourra pas divorcer pour non-paiement de la dot. Ce cas est plutôt un cas de tromperie et non pas d'erreur. La conception du droit rabbinique est, comme nous le voyons, différente de celle du jurisconsulte français Loysel (XVI^e siècle) qui disait: « En mariage, il trompe qui peut ».

c) Erreur sur la constitution physique de la femme: Le mari peut obtenir le divorce lorsqu'il découvre chez la femme, après le mariage, certaines infirmités qui rendent la vie commune très pénible, ou qui sont considérées, en général, comme étant des défauts physiques très graves.

4. *Seconde captivité de la femme*

Le Code de Caro cite encore un cas spécial de divorce permis au mari, c'est lorsque la femme tombe en captivité pour la seconde fois. La loi rabbinique oblige, en effet, le mari de payer la rançon nécessaire pour racheter sa femme lorsqu'elle est emmenée une première fois en captivité. Il ne peut alors divorcer d'elle, comme nous l'avons vu plus haut². Mais si le fait se reproduit, le mari peut obtenir le divorce.

5. *Stérilité de la femme*

La femme stérile, si elle reste inféconde pendant dix ans de mariage, peut être divorcée. Elle garde dans ce cas le bénéfice de son douaire. Mais les docteurs de la loi, Maïmonide, Caro et d'autres, blâment les maris qui renverraient leur femme en raison de sa stérilité.

Telles sont les causes que le mari peut invoquer pour divorcer d'avec sa femme. Elles indiquent clairement l'évolution qu'a subie

¹ Caro, op. cit. § 9, 1.

² *Vide supra*, p. 70.

le droit du mari depuis l'antiquité patriarcale où il lui était, sans doute, possible de répudier sa femme sans aucune formalité, sous l'impulsion d'une saute d'humeur. Sous le régime de la loi rabbinique, l'existence d'un fait sérieux, troublant la vie commune des époux, est exigée à l'appui de la demande du mari et, même ce fait prouvé, il reste encore à l'autorité rabbinique un large pouvoir d'appréciation.

Or, les rabbins qui ne furent pas seulement docteurs de la loi, mais également des chefs religieux, firent en toutes circonstances prévaloir la conception de la sainteté du mariage. Ils ne voulurent toutefois pas rendre indissoluble le lien conjugal, car ils s'inspiraient de la maxime talmudique: « La Loi n'a pas été donnée aux anges du ciel »¹. A leurs yeux, le divorce ne devait constituer qu'un recours extrême, lorsque l'expérience révélait l'impossibilité de la vie en commun de deux êtres, pour lesquels une telle existence ne comportait que souffrance, trahison ou scandale. L'étude des mœurs israélites à travers les siècles révèle, par ailleurs, la relative rareté du divorce dans le judaïsme. Ce serait une curieuse page de psychologie sociale à écrire, que ce phénomène qui oppose à un droit très large des coutumes et des mœurs très sévères et apparemment contraires aux vœux de ce droit. Mais c'est un fait sociologique connu que les lois écrites ne rendent pas compte d'une manière adéquate du fonctionnement des institutions et des mœurs². Cela est encore plus vrai lorsqu'il s'agit de l'appliquer à un peuple dont le destin est unique dans les annales de l'humanité.

La famille a été de tout temps le sanctuaire du judaïsme. Un porte-parole autorisé des Israélites, le grand-rabbin Julien Weill, a pu écrire à ce sujet les lignes suivantes³: « Le judaïsme est une pratique familiale. Le monothéisme a pour berceau la famille patriarcale. L'exemple des vertus et des affections domestiques incarnées dans quelques grandes figures bibliques, idéalisées d'ailleurs — mais sans idolâtrie — par la tradition, a entretenu, soutenu par une législation attentive à la pureté des mœurs, le charme et la force du foyer juif. »

¹ Talm. Babyl., Berahot 25b.

² Voir l'état du divorce en France, où le plus large libéralisme règne, malgré l'effort du législateur de 1884 qui a voulu, plus encore que celui de 1804, faire du divorce un remède d'exception.

³ Julien Weill, *Le Judaïsme*, Paris, 1931, p. 162.

B. PROCÉDURE DU DIVORCE

a) *Le formalisme juridique*

L'importance que le législateur rabbinique attribue à la procédure dans l'instance en divorce nous oblige à prêter à cette matière plus d'attention qu'il n'en faudrait en traitant du divorce dans les législations modernes. Formalités et gestes, paroles et formules jouent un rôle prépondérant dans le déroulement de l'action. Nous avons déjà fait remarquer que le système compliqué de la procédure devait agir comme frein contre le droit illimité dont a été primitivement investi le mari. Les formalités multiples devaient également restreindre les séparations précipitées et empêcher les profanes de s'occuper du divorce.

Toutefois, nous ne croyons pas que ce soient là les seules raisons de ce formalisme. Celui-ci s'explique également, et en majeure partie, par l'ancienneté du droit rabbinique et par ses origines lointaines dans les coutumes et lois bibliques.

Dans les droits modernes, un simple acte de volonté peut créer un droit. C'est le principe de l'autonomie de la volonté; la volonté des parties formant leur propre droit et un effet juridique pouvant être produit par leur accord ou même par une déclaration unilatérale. Par contre, dans les systèmes primitifs de droit, la simple manifestation de la volonté, le consentement, n'a pas, en règle générale, de conséquence juridique. Il faut, pour qu'un acte juridique existe et produise ses effets, qu'il soit revêtu de formes; c'est le principe du formalisme. Des formes extérieures, des gestes, des paroles solennelles, tout un rituel est nécessaire pour que l'acte juridique existe et produise ses effets.

Le droit romain est là pour témoigner de la justesse de ces affirmations. Déjà dans les douze Tables, les actes juridiques romains, tels que l'« *in jure cessio* » ou l'acte « *per aes et libram* », sont solennels et formalistes. Le grand jurisconsulte romain Gaius nous apprend, d'autre part, que dès l'époque de l'ancien droit romain, les « *legis actiones* » possédaient également ce caractère formaliste et solennel. Ainsi les plaideurs ne pouvaient exprimer « *in jure* » leurs prétentions librement, en termes quelconques, mais devaient obligatoirement employer des « *verba certa* », c'est-à-dire prononcer les formules orales prescrites. Ces procédures comportaient, en outre,

des gestes sacramentels, comme la mise de la main sur l'épaule du défendeur, l'appréhension de la chose revendiquée, un simulacre de lutte, etc. Toutes ces formalités étaient exigées à peine de nullité.

Un second exemple nous est fourni par la « Common Law » anglaise. Loi de tradition orale et coutumière, elle aussi se distingue par son formalisme, quoique dans une moindre mesure que les actions du droit romain. Les formules délivrées par la Chancellerie, connues sous le nom de « writs », qui permettaient, dès le haut moyen âge, de saisir les juridictions royales de Westminster, à l'origine différentes pour chaque prétention, étaient vite devenues des formules stéréotypées. Chaque « writ » déterminait toute la procédure, qui était différente selon les genres d'action, et même le fond du droit qui devait être appliqué par le juge. Un extrême formalisme régnait, en plus, dans cette procédure, à tel point que l'on jugeait plus naturel de créer une nouvelle formule que d'étendre au-delà de ses termes un « writ » déjà existant.

Dans ce même ordre d'idées, le droit rabbinique ne fait pas exception. Il règne, en effet, dans ce droit une règle que l'on peut appeler d'harmonie juridique et qui, elle aussi, est propre aux conceptions du droit dans l'antiquité. Cette règle exige pour la dissolution du mariage l'accomplissement d'un formalisme parallèle à celui qui présida à sa naissance. De même que le mari déclare solennellement à sa femme, au moment du mariage et en présence de deux témoins, sa volonté et son désir de la consacrer à lui en cette qualité, qu'il accomplit, en même temps, le geste essentiel de la remise de l'anneau et que la femme consent¹; de même, au moment de la rupture du mariage, c'est le mari, et lui seul, personne d'autre que lui, qui doit remettre à sa femme le « guëtt », acte de divorce, et déclarer à sa femme, en présence de deux témoins, en termes prescrits, sa volonté de divorcer d'elle. Les gestes et les formules sont aussi considérés comme autant de rites auxquels les parties doivent se prêter, faute de nullité. Ainsi, la remise du libelle de divorce par le mari entre les mains de sa femme est un acte rituel qui accomplit seul la rupture du lien conjugal.

Ce formalisme possède certes ses avantages, comme celui de forcer les parties à la réflexion avant de passer à l'acte juridique et d'être ainsi une mesure de sauvegarde contre les surprises de la parole

¹ Vide *supra*, p. 34.

et les entraînements de la volonté. Mais il a aussi de graves défauts : il ne tient pas compte de l'intention, entraîne souvent des nullités de forme et, surtout, exige la présence des parties ¹.

b) *Formalités du divorce rabbinique*

Si le droit rabbinique a minutieusement réglé la procédure formaliste des actes solennels, comme celle du « guëtt », du mariage, du lévirat, il n'a conçu aucune règle de procédure pour l'introduction et la poursuite des instances devant le tribunal rabbinique. C'est que la juridiction des rabbins, et celle qui la précède dans l'histoire : la juridiction des « Anciens » (Zikné Haïr), furent dans leur essence des juridictions arbitrales, familiales, et on n'a pas considéré utile de compliquer l'accès de cette justice.

Originairement tous les litiges, de caractère civil ou pénal, étaient de la compétence de la juridiction des Anciens ; ceux de caractère religieux étaient réglés par le prêtre (Cohen). A la disparition du Temple de Jérusalem et de la souveraineté politique de la nation juive (en l'an 70), ces juridictions furent remplacées par le « Beth-Dine » (Maison de Justice), tribunal rabbinique formé soit de trois rabbins, soit d'un rabbin, président, et de deux assesseurs instruits dans la loi (« Dayyane » : juge). Une telle magistrature privée, dont l'autorité était très grande en raison de son ascendant religieux, existait donc depuis le début de notre ère dans toutes les communautés juives de la dispersion. Elle cumula primitivement toutes les compétences, civiles, pénales et religieuses, mais fut dépouillée, peu à peu, de la compétence pénale au profit des autorités étatiques. C'est à elle que parvenait toute plainte en matière matrimoniale ; la demande en divorce à la requête du mari ou de la femme devait être portée devant ce tribunal. La procédure se déroule alors en deux phases : une phase préliminaire à la remise du « guëtt » au cours de laquelle il est statué sur la recevabilité de la demande ; la confection et la remise du « guëtt », seconde phase.

La procédure préliminaire à la remise du « guëtt » est purement

¹ Nous pouvons constater qu'en matière de divorce, même les législations modernes ont multiplié les règles de formes avec une intention bien arrêtée. Ainsi, le législateur français de 1804 avait inséré la procédure du divorce dans le Code civil pour marquer que les formes à employer touchaient de près au fond de l'institution, en ce sens, qu'elles étaient calculées pour rendre le divorce plus difficile, plus coûteux et partant plus rare.

judiciaire. Elle débute par l'introduction de la demande en divorce. Mais avant de fixer l'audience, le rabbin peut renvoyer l'affaire s'il estime qu'un délai d'attente s'impose. Il doit en tout cas épuiser toutes les ressources de son autorité pour tenter de réconcilier les époux¹. En cas d'insuccès de la tentative de conciliation, une enquête est ordonnée sur la réalité et la véracité de la cause invoquée. La cause de divorce admise ou rejetée, ce qui décide de la recevabilité finale de la demande, un jugement intervient qui clôt la première phase de la procédure.

Cette phase, comme on le voit, ne dissout pas le mariage. Les juges rabbiniques ne sauraient délivrer un jugement de dissolution du mariage, car un mariage ne peut être dissous que par la délivrance du « guètt » et son acceptation, actes que seuls le mari et la femme, ou leurs mandataires dûment habilités par eux, sont légalement compétents pour accomplir. Le jugement préliminaire qui intervient ne peut que disposer que le mari est obligé d'accorder le divorce à sa femme ou que la femme est obligée d'accepter le divorce de son mari. Pour forcer les parties à se soumettre à ce jugement et à effectuer la délivrance et l'acceptation du « guètt », les tribunaux rabbiniques ont l'habitude d'obliger le mari, au cas où il est défendeur récalcitrant, de payer à la femme une astainte jusqu'à la date de la délivrance du « guètt », ou de le libérer de toute obligation envers elle, si c'est elle la partie récalcitrante. Dans les pays où la juridiction rabbinique est reconnue, on peut faire exécuter des jugements de cette nature, mais ceux-ci ne sont nullement constitutifs de la dissolution du mariage; ils sont uniquement déclaratifs quant aux droits et aux obligations des parties.

La seconde phase de la procédure est celle de la confection et de la remise du libelle de divorce, « guètt ». On n'y procédera que si le demandeur a obtenu gain de cause dans la première. Elle consiste dans l'accomplissement du formalisme prescrit par la loi, formalisme parallèle à celui du mariage, comme nous l'avons vu. C'est une procédure solennelle qui se déroule de la manière suivante²:

Le rabbin, qui préside le tribunal, demande au mari si c'est bien volontairement qu'il divorce de sa femme, s'il agit en dehors de toute

¹ Dans les droits modernes, en France, en Allemagne, en Suisse, la procédure de divorce doit nécessairement débiter par une ordonnance de conciliation, citant les parties à comparaître personnellement devant le juge (en France et en Suisse, ce doit être le président du tribunal) pour tentative de conciliation.

² D'après Sautayra et Charleville, Code rabb. Eben Haézer, Paris-Alger, 1868.

violence, d'un vœu ou d'un serment qu'il aurait fait. La réponse devra être affirmative.

Le mari présente ensuite le papier, l'encre et le chalumeau au scribe, devant deux témoins, en lui disant: « Ecris pour moi un « guëtt » à l'effet de répudier ma femme X... fille de Y...; tu l'écriras en mon nom, à son intention et dans le but d'une scission. Je t'autorise d'en écrire même cent, si cela est nécessaire, jusqu'à ce qu'il s'en trouve un qui soit à l'abri de toute critique quant à la rédaction, à l'écriture et aux signatures ».

S'adressant aux témoins: « Et vous, A... fils de B... et C... fils de D..., soyez témoins et signez cet acte qu'écrira le scribe E... fils de F...; vous le signerez à mon intention et à l'intention de ma femme et dans un but de scission. Je vous autorise d'en signer même cent, si cela est nécessaire, jusqu'à ce qu'il y en ait un de valable. Je détruis, en outre, toute protestation directe ou indirecte que j'ai pu faire contre l'acte que vous allez signer. Je déclare, aussi, et m'oblige à ne rien faire contre cet acte, et je récuse d'avance tout témoin qui prétendrait avoir entendu une parole emportant opposition. »

C'est donc le mari qui donne ordre au scribe d'écrire et aux témoins de signer l'acte de divorce. On ne sort pas du cadre de la Loi mosaïque: « Il lui écrira un libelle de répudiation... » Par cette procédure, le mari commande pratiquement toute l'action.

La suite se déroule de la manière suivante:

Les témoins se tiennent près du scribe lorsqu'il écrit le nom du mari, celui de la femme, ainsi que la date; ils doivent entendre le scribe déclarer qu'il dresse l'écrit au nom du mari et de la femme en question.

Avant de commencer la rédaction du « guëtt », le scribe demande au mari ses noms, prénoms et ceux de son père. Il en fait de même pour la femme. Ensuite il prononce, devant les témoins, la formule suivante: « J'écris ce « guëtt » au nom du mari G... fils de H... dans le but de répudier sa femme X... fille de Y... et dans leur intention pour qu'il y ait scission entre eux », puis il écrit.

Une fois l'acte terminé, les témoins le lisent et signent l'un en présence de l'autre. Chacun dit, avant de signer, la formule suivante: « Je signe ce « guëtt » dans l'intention du mari G... fils de H..., pour qu'il répudie avec ce « guëtt » sa femme X... fille de Y... et en vue d'une scission complète »; puis ils signent l'un au-dessous de l'autre. Le scribe ne signe pas, ni le rabbin, ni les époux.

Le rabbin et les témoins relisent, ensuite, l'acte complet ainsi que les signatures. Puis, s'adressant au scribe, le rabbin lui demande si c'est bien l'acte qu'il a écrit sur l'ordre du mari N..., en son nom et dans l'intention de répudier sa femme X... Le scribe doit répondre affirmativement. Le rabbin demande alors à chacun des témoins: « As-tu entendu l'ordre donné au scribe Untel par le mari N... d'écrire en son nom ce « guëtt » et à l'effet de répudier sa femme X...? Reconnais-tu cet écrit? L'as-tu signé par ordre du mari, en son nom et pour répudier sa femme? Reconnais-tu ta signature? L'as-tu apposée en présence de ton collègue? »

Les réponses des témoins doivent être affirmatives.

Le rabbin remet l'écrit au mari en lui demandant de nouveau s'il divorce librement. Le mari proteste de nouveau contre toute opposition.

La remise et l'acceptation du « guëtt » s'effectueront généralement devant dix hommes majeurs (quorum nécessaire pour tout acte religieux public), y compris le scribe, les témoins et le rabbin. Ceci pour des raisons de publicité.

Le rabbin engage les personnes présentes à déclarer s'il y a quelque chose à redire au sujet du « guëtt » dressé, car dès qu'il sera remis, il sera à l'abri de toute critique.

Le rabbin invite l'assistance à prêter attention. Les témoins signataires sont présents. Il ordonne à la femme d'enlever ses bagues et de joindre les mains sans les incliner (aucune séparation ne devant subsister entre le « guëtt » et les mains). Il lui demande si elle accepte le « guëtt » volontairement et si les questions de douaire et d'intérêt sont réglées entre époux. Sa réponse doit être affirmative.

Nul n'aide la femme à prendre l'écrit.

Le mari met l'écrit dans les mains de la femme en prononçant la formule suivante: « Voici ton « guëtt », accepte ce « guëtt » par lequel tu es répudiée de moi, dès maintenant, et permise à tout autre homme. »

La femme ferme ses mains, puis les lève (en signe d'acceptation).

Le rabbin reprend l'acte pour en donner lecture une seconde fois, et il déclare anathème quiconque se permettrait de douter de sa régularité.

Il avertit la femme qu'elle ne pourra se remarier avant l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours ¹.

¹ C'est un « délai de viduité » et non pas un délai de décence. Il est institué pour éviter la « confusion de part ». *Vide supra*, p. 40.

c) *Formule de l'acte de divorce*

La formule du « guëtt », acte de divorce, est, dans sa substance, déjà consignée dans la Mischna¹, mais elle a subi depuis ce temps (début de l'ère chrétienne) quelques modifications. Elle est conçue, de nos jours encore, dans les termes suivants :

« Tel jour de la semaine, tel jour de tel mois de telle année de la création du monde suivant le comput que nous comptons dans telle ville, située auprès de tels fleuves, de telles sources, moi (noms, prénoms, surnoms du mari) ici présent aujourd'hui dans telle ville..., j'ai voulu par volonté personnelle, sans que j'y aie été forcé, renvoyer, répudier, libérer toi, ma femme (noms de la femme) ici présente aujourd'hui, dans telle ville... Tu as été ma femme avant ce jour et maintenant je te libère, je te laisse, je te répudie afin que tu rentres en ta propre puissance et que tu redeviennes ta propre maîtresse pour aller épouser tout homme que tu voudras et nul ne pourra protester contre. Ainsi tu es libre, permise à tout homme; et ceci sera pour toi de ma part le libelle de répudiation, l'acte de libération, la lettre de renvoi, suivant la Loi de Moïse et d'Israël. »

Signatures des témoins.

Nous pouvons constater que cette formule ne fait mention d'aucune cause de divorce. Est-ce parce que dans les temps très anciens il n'en fallait pas pour se séparer de sa femme? Son esprit qui montre, en tout cas, la prédominance absolue du mari, témoigne de son origine lointaine dans les siècles. Il semble que les formules évoluent encore plus difficilement que les institutions qui s'expriment à travers elles. Car, si la répudiation mosaïque a traversé, dans son esprit et dans ses formes, une évolution certaine, le contenu de l'écrit, du libelle de répudiation, est toujours resté à peu près le même. C'est une formule simple, qui contient les indications nécessaires de lieu, de date et d'identité avec l'expression de volonté du mari qui rompt son mariage. Certaines précisions, qui sembleraient de nos jours superflues, sont là pour éviter des confusions et des erreurs. Même dans leur forme extérieure les formules de l'acte de divorce se ressemblent toutes, car elles sont, suivant un vieil usage, rédigées en douze lignes, valeur numérique des deux lettres hébraïques qui forment le mot « guëtt ».

¹ Mischna, Guittin 4: 2; 9: 3; 8: 5.

d) Modalités du divorce

1. *La condition ou le terme.* — Le mari peut ajouter au libelle de divorce des conditions en sa faveur ou au profit de la femme.

En fait, c'est ce dernier cas qui se produisait le plus souvent. C'était, par exemple, le divorce sous la condition du décès, ou de l'absence du mari au bout d'un temps déterminé. Par ce procédé détourné, l'on arrive, si ces événements se produisent, à ce que la femme soit affranchie du lévirat, ou de l'obligation indéfinie d'attendre le retour du mari absent, pour se remarier. L'absence ne dissout, en effet, pas le mariage.

La condition peut être potestative, mais ne doit pas être impossible. Si l'acte est assorti d'une condition impossible, il est réputé pur et simple; de même si c'est un événement qui doit naître au lendemain de la mort du mari, car il suppose le mariage encore existant et les époux vivants.

La condition ne rétroagit pas au jour de la confection de l'acte, mais produit effet au jour de sa réalisation.

Pour le divorce avec condition, l'on n'écrira pas la modalité à la suite de l'acte. Celui-ci doit être dressé comme de coutume et l'on exprime la condition verbalement, à la remise du « guëtt ».

Les époux peuvent, d'un commun accord, annuler le « guëtt » avant la réalisation de la condition.

Le divorce à condition, qui est théoriquement permis par la loi rabbinique, n'est plus pratiquement en cours.

Le divorce à terme suspensif est également possible en principe. Avant l'expiration du délai, la vie commune entre les conjoints est interdite. Cette disposition est également tombée en désuétude.

2. *Divorce par mandataire.* — Le divorce par mandataire est autorisé. Le mandataire doit être capable d'accomplir tout acte religieux et être habilité par le mari. La procédure resté telle que nous venons de la décrire plus haut, seulement à la place de la femme se trouve le mandataire. Cette façon d'agir est possible en vertu d'une règle courante du droit rabbinique: « L'acte du mandataire équivaut à celui du mandant ».

Chacun choisit en principe son mandataire, sauf cas urgent et confirmation du mari, si la femme a fait choix d'un mandataire pour lui.

Il n'est donc pas indispensable que la délivrance et l'acceptation du « guëtt » s'effectuent dans la même instance. Lorsque le « guëtt » est transmis par l'intermédiaire d'un mandataire, le moment de sa remise par le mari n'a pas d'importance quant à la fixation de l'heure de la dissolution du mariage. Le mariage se trouve dissous quand la dernière étape de la procédure se trouve accomplie, c'est-à-dire au moment de l'acceptation du « guëtt » par la femme.

De nos jours, lorsque les époux se trouvent dans des pays différents, la procédure par mandataire est courante. Mais elle est encore plus compliquée que celle qui se déroule en présence des parties. Nous savons que le tribunal rabbinique ne peut pas prononcer le divorce par jugement. Il faut donc retrouver les époux et s'assurer qu'ils veulent se prêter à la procédure. Pratiquement, cela se passe de la façon suivante: Supposons que la femme se trouve à Londres, alors que le mari est à Paris. Si le mari dépose sa plainte devant le tribunal rabbinique de Paris, il faudra que celui-ci se mette en rapport avec le tribunal rabbinique de Londres. Que le tribunal de Londres retrouve la femme, s'assure de son accord d'accepter le « guëtt » et nomme un « mandataire de transmission » chargé de remettre l'acte à la femme en lieu et place du mari. C'est alors seulement que devra se dérouler devant le tribunal du domicile du mari la procédure de la confection du « guëtt », précédée nécessairement d'une déclaration du mari donnant pouvoir au mandataire désigné. Après la confection de l'écrit, le mari sera tenu de réitérer sa déclaration en tenant le « guëtt » dans sa main. Le tribunal rédige alors une attestation, signée de deux témoins, pour confirmer la déclaration du mari. Le « guëtt » accompagné de l'attestation est expédié sous pli cacheté au mandataire qui le remet à la femme selon le cérémonial prescrit.

La procédure formaliste devient ainsi, dans le cas où les époux ne sont plus ensemble, la source de difficultés très sérieuses. Car que se passera-t-il lorsque l'époux coupable est introuvable? La dissolution du mariage ne pourra, d'aucune manière, avoir lieu.

C. EFFETS DU DIVORCE

a) Personnels à l'égard des époux

Le divorce rompt le mariage d'une façon absolue, mais seulement pour l'avenir. Les époux devront avoir une habitation séparée et distincte; c'est la femme qui doit céder la place au mari, excepté si la maison ou la cour lui appartient.

Légalement toute obligation d'entretien ou de nourriture cesse, sauf décision du tribunal.

En ce qui concerne la femme, certaines conséquences sont avantageuses pour elle. Divorcée, elle devient notamment *sui juris*, maîtresse absolue de sa personne et, même mineure, elle peut se remarier à son gré, car elle ne retombe plus sous l'autorité paternelle.

D'autres conséquences du divorce la frappent, par contre, d'empêchements.

La femme divorcée ne peut épouser un descendant de la race sacerdotale. Elle ne doit plus se remarier avec son premier mari, lorsque, après son divorce, elle a contracté une autre union, quelle que soit la cause de la dissolution de cette union¹.

Si la femme a été adultère et que le divorce soit intervenu pour cette raison, elle ne devra plus épouser ni son mari ni son complice. Même dans le cas de soupçon d'adultère, le présumé complice ne devra pas devenir son mari.

La femme ne devait pas non plus épouser le messager qui lui avait apporté le « guëtt ». Cette mesure était édictée parce que la validité du divorce dépendait de son témoignage et il aurait pu être tenté d'apporter un écrit faux dans l'espoir d'épouser la femme qu'il déclarerait divorcée.

Pour éviter la « confusion de part », c'est-à-dire l'incertitude sur la paternité, l'on impose à la femme un délai de trois mois avant qu'elle puisse se remarier. Cette période suffit pour constater la grossesse et attribuer par conséquent la paternité de l'enfant à naître au mari. Si elle est reconnue enceinte, la femme devra attendre jusqu'à l'accouchement, plus 24 mois à partir de cet événement si elle allaite l'enfant.

Le droit rabbinique ne connaît pas d'interdiction de remariage, prononcée contre l'un des époux ou contre les deux, comme sanction

¹ *Vide supra*, p. 52.

d'une violation grave des obligations imposées par le mariage, telle que nous la trouvons dans le droit suisse, par exemple.

b) Effets patrimoniaux

En traitant du mariage, nous avons vu que, lors de la conclusion du mariage, le mari attribue à la femme un douaire, constitué sur ses propres biens¹. A l'origine, cette somme constituait le prix d'achat (« mohar ») versé au père de la jeune fille. Dans un stade intermédiaire, c'est la femme qui gardait son douaire par devers elle. Ce n'est qu'à l'époque de la Mischna que la somme attribuée par le mari s'était transformée en douaire dont la stipulation devait être consignée dans l'acte de mariage.

Au douaire venait s'ajouter un « augment de douaire », qui restait facultatif pour le mari, mais qui est entré très tôt dans les mœurs.

Lorsque le mariage venait donc à être dissous soit par la mort du mari, soit par le divorce, la somme constituant le douaire et l'augment devenaient immédiatement exigibles par la femme sur tous les biens du mari, sur lesquels elle avait une hypothèque générale garantissant cette somme.

Cette mesure n'était pas seulement une garantie matérielle pour la femme, elle constituait, en même temps, un empêchement très sérieux au divorce. Car obligé, avant de divorcer de sa femme, de réaliser envers elle les promesses contenues dans l'acte qui constituait le douaire, le mari était bien souvent amené à réfléchir et à reculer devant un sacrifice d'argent plus ou moins important.

Toutefois, certaines causes de divorce, comme nous l'avons déjà constaté, entraînent pour la femme la perte du douaire. C'est le cas, notamment, lorsqu'elle commet une infraction grave à la loi religieuse; par exemple, elle a servi à son mari des aliments défendus; lorsqu'elle refuse la cohabitation par répulsion pour son mari ou qu'elle transgresse des préceptes moraux.

Lorsque la femme refuse la cohabitation « par esprit de rébellion », on peut la menacer d'une réduction du douaire à raison d'une somme déterminée par semaine. Si c'est, par contre, le mari qui refuse le devoir conjugal, le tribunal a le moyen de le contraindre en augmentant de la même façon le douaire.

¹ *Vide supra*, p. 42.

En ce qui concerne les biens de la femme dont nous avons vu la division tripartite¹, ils lui reviennent également à la dissolution du mariage.

Pour toucher son douaire et reprendre ses biens, la femme aura à fournir deux justifications: son acte de mariage, qui en établit le montant et la nature, et son acte de divorce, qui en établit l'échéance.

c) Effets à l'égard des enfants

La détermination du gardien des enfants se trouve toujours dans le pouvoir du tribunal qui est censé agir dans leur intérêt². L'examen des torts réciproques des époux n'entre pas en ligne de compte.

Néanmoins quelques principes généraux sont dégagés par la législation rabbinique.

Le père subvient toujours à l'entretien des enfants.

La mère peut exiger que les enfants soient remis en garde à leur père, excepté pour le nourrisson qu'elle allaite qui doit rester auprès d'elle au moins pendant 24 mois, contre paiement du père.

Si la femme désire assurer la garde des enfants, elle est autorisée de garder les filles pour toujours et les garçons jusqu'à l'âge de 6 ans. A partir de cet âge, le père doit reprendre les garçons pour s'occuper de leur instruction. Toutefois, les parents peuvent toujours en décider autrement d'un commun accord.

Le droit rabbinique ne connaît pas la déchéance de la puissance paternelle comme sanction contre l'époux coupable.

d) Effets à l'égard des tiers

La preuve du divorce à l'égard des tiers est constituée par l'écrit, le « guêtr », que la femme doit pouvoir garder pour prouver qu'elle est divorcée. Si l'acte a disparu, les deux témoins de la remise doivent témoigner que le « guêtr » a été remis en bonne et due forme. Dans le cas où les témoins ne seraient plus là, la femme est crue quant à l'existence de son divorce. Même la rumeur publique peut parfois suffire pour établir cette preuve.

De nos jours, le tribunal rabbinique conserve l'acte de divorce dans ses archives et délivre à chacun des époux une attestation certifiant la dissolution de son mariage.

¹ Vide supra, p. 44.

² Caro, op. cit. 82: 7.

Le remariage entre eux des époux divorcés est envisagé favorablement par la loi, sauf, bien entendu, si la femme a contracté entre temps un second mariage ou si le divorce a eu lieu pour cause d'adultère. Bien que légalement toute obligation d'assistance ait cessé, on considère les époux séparés tenus l'un envers l'autre d'une obligation morale d'amitié et de secours. Ainsi le mari qui subvient aux besoins de son ex-épouse lorsqu'elle est tombée dans l'indigence est particulièrement loué¹.

Dans le même sens, on cite l'opinion du rabbin Jacob bar Akha qui expliquait le verset d'Isaïe 58: 7: « Ne te dérobe pas de ceux qui sont comme ta propre chair », de la manière suivante: « Ne dérobe pas ton assistance à la femme dont tu as divorcé (celle qui était comme ta propre chair) »².

¹ Caro, op. cit. 119, 8 note.

² Midrasch, Bereschith Rabba 17: 3.

CHAPITRE IV

L'actualité de la législation rabbinique du divorce

A. AU TITRE DE LOI CIVILE

La disparition de la vie étatique juive, en l'an 70, n'a pas entraîné pour autant la désuétude des lois judaïques. Les Israélites ont continué d'être régis, au sein des communautés de la « diaspora », par leur propre législation religieuse.

Déjà l'Empire romain avait octroyé aux Juifs un statut juridique spécial d'étrangers privilégiés, bénéficiaires d'une large autonomie quant au règlement de leurs affaires civiles, les rabbins faisant fonction de juges. L'édit de Caracalla, de l'an 212, leur conféra même le droit de cité. Mais ces privilèges furent remis en question par les empereurs chrétiens qui, sous l'impulsion des conciles, les supprimèrent un à un et ouvrirent l'ère des vexations, des persécutions religieuses et légales. Toutefois, dans les questions d'ordre familial, la jurisprudence rabbinique a pu être conservée.

Quant au moyen âge, il vécut, en ce qui concerne la situation légale des Juifs, sur deux principes universellement acceptés :

1. Les Juifs étaient considérés comme une nation, non comme une confession ; cette nation, quoique arrachée de sa patrie, avait gardé ses lois, ses coutumes, sa langue sacrée ; ses membres devaient donc être traités, dans les pays où l'on tolérait leur présence, comme des colons étrangers, *peregrini sine civitate* ou comme des serfs.

2. En admettant même que les Juifs renoncent à leur nationalité, ils ne pouvaient pas, dans un Etat chrétien, prétendre à l'exercice

des droits politiques et à ceux des droits civils qui leur étaient assimilés. L'Etat médiéval était, en effet, une association de personnes professant la même religion: seuls les chrétiens pouvaient participer activement à la société chrétienne.

Pareil isolement de la société environnante devait provoquer, en retour, le repliement des communautés juives sur elles-mêmes et, partant, une organisation juridique qui cherchait dans la seule jurisprudence rabbinique les règles devant s'imposer en toutes matières et embrasser tous les aspects de la vie.

Cet état des choses devait durer jusqu'à l'aube des temps modernes. Car pour entrevoir un changement à cet égard, il faut attendre le célèbre décret de la Constituante, du 27 septembre 1791, qui accorda aux Juifs de France la nationalité.

La Révolution française abolit par là toutes les exclusions légales qui frappaient les Juifs de France et les admit au titre et aux droits de citoyens. Mais ce n'était pas tout. La Révolution marqua en même temps le début d'une ère nouvelle, celle de l'émancipation des Juifs, non seulement pour le judaïsme français et occidental, mais aussi, peu à peu, pour le judaïsme de l'Europe entière et même des pays de l'Orient.

Or, l'émancipation des Juifs et leur entrée dans la société moderne, leur promotion au titre de citoyens soumis à la législation générale du pays devaient avoir pour conséquence l'élimination de la plupart des matières du droit civil de la juridiction confessionnelle. Le droit rabbinique a ainsi vu son domaine singulièrement réduit et cantonné dans la sphère purement religieuse. Cette évolution s'était accomplie sans restrictions surtout dans les pays de l'Europe occidentale, alors qu'un grand nombre d'autres pays avaient laissé certaines matières juridiques, et particulièrement le droit matrimonial, dans la compétence du droit judaïque.

Le second facteur qui a grandement contribué au rétrécissement du champ d'application de la législation rabbinique était la codification entreprise dans de nombreux Etats. Une des tendances des législations modernes est, en effet, la tendance à la codification. Déclenchée depuis le XIX^e siècle par le Code Napoléon, en 1804, et le Code autrichien, en 1811, cette activité codificatrice ne tendait pas seulement à créer des codes écrits, mais à soumettre également tous les citoyens d'un Etat aux mêmes lois et à les soustraire aux particularismes. La codification moderne allait, en plus, de pair avec

la laïcisation du droit qui exigeait sa libération de l'influence des notions religieuses.

Mais la codification et la sécularisation du droit n'ont pourtant pas réussi à effacer entièrement l'influence des idées religieuses sur le droit contemporain. Il en fut ainsi, en particulier, dans le domaine du droit matrimonial. Cette branche du droit civil a conservé avec le plus de persistance les traces des conceptions religieuses, ainsi que, par ailleurs, l'empreinte des particularités nationales. Aussi, les auteurs des codes modernes ne purent-ils pas rompre la continuité lors de l'établissement des règles de ce droit, mais tinrent compte, avec sagesse, des traditions profondes des peuples.

Dans de nombreux Etats, le législateur est allé même plus loin dans la voie des concessions aux idées et aux pratiques religieuses en soumettant les adeptes des différents cultes à leur propre loi confessionnelle. C'est ainsi qu'on en est venu à appliquer à l'égard des Israélites la législation rabbinique en matière de mariage et de divorce. Plusieurs Etats européens avaient, notamment, adopté cette règle de conduite et il n'est pas sans intérêt de passer en revue ces applications dans la matière qui nous occupe, bien que, depuis les années qui ont suivi la dernière guerre, leur droit familial ait été complètement sécularisé. Nous ne parlerons toutefois pas des Etats qui avaient adopté une législation laïque après la guerre de 1914-1918: la Tchécoslovaquie en 1919; l'URSS en 1918; la Grèce en 1920; la Turquie, par l'adoption du Code civil suisse, en 1926.

Autriche

Le Code civil autrichien de 1811 (« Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch ») traitait la matière du divorce sur une base entièrement religieuse. Pour les époux catholiques, le divorce n'était pas autorisé. L'article 111 du code déclarait expressément que « le mariage valable d'époux catholiques ne peut être dissous que par la mort de l'un d'eux ». Quant aux époux israélites, le Code autrichien contenait quelques dispositions spéciales et même curieuses en ce qu'elles s'écartaient du droit rabbinique.

Les époux israélites pouvaient divorcer d'un commun accord aux conditions suivantes: Ils devaient se présenter au préalable devant le rabbin, déclarer leur intention de se séparer et celui-ci était tenu de procéder à une tentative de conciliation. S'il n'y parvenait pas, il

leur délivrait un certificat constatant que leur détermination n'a pu être changée. Munis de cette attestation, les époux devaient se présenter devant le tribunal civil qui, s'il y avait encore quelque espoir de réconciliation, les renvoyait pour un délai d'attente de deux ou trois mois. Dans le cas contraire, le tribunal civil autorisait le divorce qui se faisait dans la forme judaïque, c'est-à-dire par la remise du libelle de divorce (« Ghetbrief ») de la part du mari à sa femme devant et sous le contrôle d'un tribunal rabbinique (art. 133).

L'envoi et l'acceptation du libelle ne pouvaient avoir lieu par l'intermédiaire d'un mandataire, sauf le cas où l'un des époux aurait depuis le mariage embrassé la religion chrétienne. L'époux devenu chrétien pouvait se faire représenter par un Israélite.

Pour cause déterminée, le divorce entre Israélites n'était admis qu'autant qu'il y eût adultère de la femme. Dans ce cas, le mari avait le droit de remettre le libelle de divorce à sa femme après avoir porté sa demande devant le tribunal civil et en avoir obtenu l'autorisation.

Les époux israélites pouvaient, s'ils le préféraient, se séparer de corps au lieu de divorcer, bien que la législation rabbinique ne connaisse pas la séparation de corps. Cette solution devenait même leur seule ressource dans les cas où la loi ne permettait pas le divorce entre eux.

En tenant compte des prescriptions religieuses, le Code civil autrichien s'est écarté souvent de l'application stricte de la loi rabbinique. Il s'est montré plus sévère pour les époux israélites que pour les autres époux non catholiques en limitant les causes rabbiniques et en rendant impossible à la femme juive de demander le divorce.

La sécularisation de la législation matrimoniale a été accomplie en Autriche par la loi du Troisième Reich, du 6 juillet 1938, sur *l'unification du droit du mariage et du divorce dans la province d'Autriche et dans le reste du territoire du Reich*. Après la reconstitution de l'Autriche, cette loi, d'origine allemande, est restée en vigueur, avec de légères modifications quant aux causes d'ordre racial. (Loi N° 31 du 26 juin 1945.)¹

¹ Cf. Gabriel Le Bras: *Divorce et Séparation de Corps dans le Monde contemporain*, Ed. Sirey, Paris, 1952, p. 50.

Bulgarie

La matière du divorce, comme celle du mariage, était régie en Bulgarie par l'Ordonnance ecclésiastique de 1872, et la compétence appartenait aux tribunaux ecclésiastiques. A l'égard de ses citoyens de confession israélite, la Bulgarie appliquait le droit rabbinique dans son intégralité. L'organisation judiciaire était particulièrement bien développée grâce à l'institution d'un double degré de juridiction et l'introduction d'éléments laïcs dans la composition du tribunal. Les affaires étaient portées devant des tribunaux rabbiniques de première instance, établis dans les principales communautés et qui exerçaient leur juridiction d'une manière tout à fait autonome. Les parties pouvaient ensuite recourir contre leurs décisions devant un tribunal rabbinique suprême dont le siège était dans la capitale.

Toutes ces dispositions ont changé depuis le décret-loi sur le mariage du 12 mai 1945 qui contient actuellement la réglementation de la matière du divorce. Ce décret-loi s'est largement inspiré du droit suisse. Il a accordé aux tribunaux civils la compétence retirée aux tribunaux ecclésiastiques et a notablement élargi le champ d'application du divorce en admettant le divorce par consentement mutuel et pour « ébranlement grave des liens du mariage » rendant la vie conjugale impossible.

Pologne

La Pologne d'avant la guerre 1939-1944 représentait une véritable mosaïque de droits différents. Le droit matrimonial était déterminé par deux facteurs: la confession et le territoire. La matière du divorce était régie par plusieurs législations: 1. Dans l'ancien Empire austro-hongrois (Galicie), par le Code civil autrichien; 2. Dans l'ancienne Prusse, par le Code civil allemand; 3. Dans le royaume de Pologne (royaume du Congrès), par la loi du 12 juin 1836 du tsar Nicolas 1^{er}; 4. Dans une partie de la région de Bialystok, par le Code civil russe; 5. Dans l'enclave de Spis et Orawa, par le droit civil hongrois.

La loi sur le mariage de 1836, applicable à la Pologne du Congrès, pouvait servir d'exemple d'une législation où le divorce a été supprimé pour les catholiques, mais conservé, sous des conditions diverses, pour les adeptes des autres confessions.

En ce qui concerne les Israélites — seul point qui nous intéresse — les litiges relatifs à leurs divorces devaient être soumis aux tribunaux

civils, mais la validité du mariage et les causes du divorce étaient examinées suivant la loi rabbinique. La loi de 1836 avait donc séparé le fond du droit de ses formes de procédure. Alors que la législation rabbinique restait compétente quant au fond, la procédure du divorce se déroulait devant les tribunaux laïques. En pratique, toutefois, le litige était toujours porté devant le rabbin qui avait la qualité d'un expert dont les décisions devaient être vérifiées par le juge civil.

Cette situation juridique a radicalement changé depuis le décret du 25 septembre 1945, sécularisant et unifiant le droit matrimonial. Mais depuis ce décret, une autre loi est intervenue, le « Code de la famille », promulguée le 27 juin 1950.

Le mariage est, selon ce code, régi par le droit séculier; il relève des tribunaux de droit commun et la législation en est unifiée; il est établi sur les bases suivantes:

Le mariage est considéré comme une institution sociale fondée, sous la forme légale, sur l'égalité totale des époux et sur la primauté des intérêts des enfants mineurs issus du mariage. Quant au divorce, il est basé sur le principe de l'ébranlement du lien matrimonial, la seule cause de divorce étant: le trouble profond et durable de la vie conjugale. L'article 29 de la loi du 27 juin 1950 s'exprime, en effet, ainsi: « La dissolution du mariage par le divorce peut être réclamée devant le tribunal par chacun des deux époux lorsque, pour des motifs sérieux, un complet et durable désaccord est intervenu entre eux. »

La seule restriction est apportée par l'alinéa 2 du même article, qui est ainsi conçu: « L'action en divorce n'est pas recevable si le divorce doit avoir pour conséquence de nuire aux enfants mineurs. »

Yougoslavie

Au nombre des Etats qui avaient une législation confessionnelle en matière de droit familial jusqu'après la dernière guerre mondiale, il nous faut encore mentionner la Yougoslavie. Formée de régions différentes, détachées de l'Empire austro-hongrois et de l'ancien Royaume serbe, la Yougoslavie avait conservé à chacun de ses territoires sa législation antérieure. Cependant, dans la plus grande partie du pays, le droit matrimonial était régi par le droit de l'Eglise catholique et le Code civil autrichien qui posent tous deux le principe de l'indissolubilité du mariage catholique, c'est-à-dire du mariage où

l'un des époux au moins était catholique au moment de sa conclusion. Dans les provinces de Voïvodine et de Medjumurje était en vigueur la loi hongroise sur le mariage de 1894 qui autorisait le divorce. Enfin, en Serbie, en Bosnie-Herzégovine et au Monténégro, le Droit ecclésiastique s'appliquait à tous, selon leurs confessions respectives. La législation rabbinique y fut donc appliquée aux citoyens de religion israélite par l'intermédiaire des tribunaux rabbiniques, seuls compétents.

Depuis la loi *fondamentale sur le mariage du 3 avril 1946*, le mariage et le divorce ont été sécularisés en Yougoslavie, ainsi que la législation unifiée. Les autorités religieuses, de quelque confession que ce soit, ont perdu toute compétence en la matière.

Le prononcé du divorce est fondé soit sur une faute de l'un des époux (adultère, attentat à la vie, abandon, mauvais traitement, condamnation), soit sur un fait objectif (aliénation mentale, disparition). La notion de l'ébranlement du lien matrimonial est admise même si aucun des époux n'est coupable, aussi bien que lorsque tous deux le sont ou seul le défendeur.

De manière générale, cet examen montre qu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale la législation sur le divorce a subi en Europe, en tant que partie du droit matrimonial, une évolution importante. Elle est sortie de la sphère confessionnelle et a été sécularisée à tous points de vue dans les pays suivants: Autriche, Bulgarie, Pologne et Yougoslavie. Les deux derniers Etats ont en même temps unifié leur législation pour toutes les régions de leur territoire national. Les crises ouvertes par les guerres et les révolutions récentes ont eu leur retentissement le plus sensible dans la vie des familles. De plus en plus les codes se bornent à poser le principe général que le désaccord irrémédiable autorise la rupture du lien matrimonial. C'est le cas de la Pologne, de la Tchécoslovaquie, de l'URSS. D'autres ajoutent à une liste de causes une formule assez vague qui la prolonge: « causes indéterminées » en Suisse; « désunion des époux » en Allemagne; « ébranlement grave du mariage » en Bulgarie, en Yougoslavie. Mais il nous semble que le droit de la famille est encore en mouvement dans tous les pays où il a subi des changements et que le législateur n'a pas encore dit son dernier mot.

En dehors des pays mentionnés où la laïcisation du droit matrimonial a fait de grands progrès au cours des dernières années, il est

encore des groupes humains qui n'ont pas subi cette évolution. Un nombre important de personnes demeurent sous l'empire de législations d'origine et de caractère religieux. Au sein de ces sociétés, les Juifs sont restés soumis à la loi rabbinique, du moins en ce qui concerne leur statut personnel. La législation du divorce, telle que nous venons de l'exposer, y conserve toute son actualité comme loi civile. C'est le cas des Etats suivants:

Pays arabes¹

Dans l'ensemble des pays arabes, le droit matrimonial est fondé sur la loi religieuse tirée du Coran et de la tradition orale: le Hadit et la Chariat. Pour le Musulman, toute la loi est d'essence religieuse et il n'y a aucune distinction à faire entre les devoirs religieux et les devoirs profanes. C'est pourquoi doivent être jugés selon une loi déterminée les fidèles soumis à la religion, source de cette loi, et sont juges ceux qui ont la science nécessaire et l'autorité pour l'interpréter. Tous les coreligionnaires vivent donc sous une même loi, à l'exception de ceux qui sont exclus de la communauté nationale et religieuse, l'« Umma ».

Mais en vertu du principe posé par le Coran (v. 7): « les gens de l'Evangile seront jugés selon l'Evangile », la législation musulmane prévoit l'autonomie judiciaire des communautés non musulmanes. Cette autonomie n'est toutefois pas une liberté qui est laissée au Chrétien ou au Juif puisque, chaque fois qu'ils sont en procès avec un Arabe, ils doivent s'adresser à la justice musulmane.

Cependant, ce principe devait permettre aux communautés juives d'établir leurs propres tribunaux religieux (Beth-Dine) qui fonctionnent depuis des siècles dans tous les pays arabes de l'Islam. Ces tribunaux, régis par la loi rabbinique, se composent obligatoirement de trois rabbins.

Leur compétence *ratione materiae* est, en principe, illimitée. Outre les litiges d'ordre religieux, en particulier les affaires relatives au statut personnel et successoral, qui leur sont de droit réservés, ils peuvent avoir à connaître de toutes les affaires portées devant eux, tant civiles que commerciales. Seules les affaires pénales sont depuis toujours hors de leur compétence, revenant, comme dans les pays

¹ Cf. André Chouraqui, op. cit. p. 117 et passim.

chrétiens avant l'émancipation des Juifs, au « gardien de l'ordre ». Devant ces tribunaux rabbiniques doivent être portés tous les litiges d'ordre matrimonial et les causes de divorce émanant d'époux juifs. Il en est ainsi dans les pays que voici : Syrie, Liban, Iran, Irak et Egypte.

Dans les pays arabes sous protection française, Maroc et Tunisie, la situation est la même, sauf pour les Juifs d'Algérie, naturalisés français par le décret Crémieux du 20 octobre 1870.

Etat d'Israël

Le jeune Etat d'Israël, créé légalement par la décision de l'Organisation des Nations Unies du 29 novembre 1947, n'a pas encore trouvé d'assises juridiques définitives. Deux tendances s'y heurtent nettement : les partisans d'une législation purement laïque et ceux d'une législation inspirée par la Bible et par les codes rabbiniques. Ce débat est encore loin d'être clos. Pour le moment, le droit matrimonial est resté, comme à l'époque du mandat britannique sur la Palestine, du seul ressort des tribunaux rabbiniques qui jugent selon la législation religieuse. Une nouvelle loi, du 26 août 1953, vient de confirmer cet état de choses. Jusqu'à cette date, les causes matrimoniales étaient soumises aux dispositions de l'acte législatif : « The Palestine Order in Council, 1922 ». Ce document établissait une distinction formelle entre Juifs de nationalité étrangère et ceux de nationalité palestinienne ou sans nationalité. Pour les premiers, la compétence était dévolue aux tribunaux de l'Etat (District Courts) qui appliquaient la loi nationale des parties. Les époux étrangers avaient néanmoins la possibilité de transférer cette compétence aux tribunaux rabbiniques en déclarant, d'un commun accord, vouloir se soumettre à leur juridiction. Quant aux Juifs de nationalité palestinienne ou sans nationalité, ils étaient régis — pour autant qu'ils fussent portés sur les registres de la « Kneseth Israël », organisme représentant les Juifs de Palestine auprès du gouvernement — par le droit rabbinique, appliqué par les tribunaux confessionnels.

Les dispositions récentes de la « loi sur la juridiction des tribunaux rabbiniques (mariage et divorce) », du 26 août 1953, suppriment la distinction entre Juifs de nationalité israélienne et ceux d'autres nationalités. Elles accordent aux seuls tribunaux rabbiniques la compétence en matière de mariage et de divorce à l'égard de tous

les Juifs domiciliés sur le territoire de l'Etat d'Israël, quelle que soit leur nationalité. La législation rabbinique est déclarée applicable dans tous les cas.

La loi prévoit en même temps des sanctions contre la partie qui refuserait, dans une action en divorce, d'obtempérer à la décision du tribunal rabbinique. Ainsi, dans le cas où le tribunal rabbinique a ordonné au mari de transmettre le « guëtt » à sa femme ou bien à la femme d'accepter le « guëtt » de son mari et qu'ils refusent, le tribunal de district peut, après un délai de six mois, faire exécuter la décision sous peine de prison. Cette mesure doit surtout venir en aide aux femmes qui jusque-là n'étaient pas à même de contraindre leur mari de se prêter à la procédure indispensable de la remise du libelle.

Certains problèmes restent encore, toutefois, en suspens et ne seront vraisemblablement résolus qu'avec le temps par la jurisprudence ou par la promulgation d'autres actes législatifs. C'est, notamment, la question de la compétence lorsqu'un seul des époux est de religion juive; le problème de la validité du mariage entre Juifs contracté devant les autorités civiles à l'étranger; le conflit de loi pouvant résulter d'un divorce prononcé entre époux juifs de nationalité étrangère, étant donné que la plupart des Etats exigent l'application de la loi nationale et non pas la *lex fori*.

L'application du droit rabbinique dans l'Etat d'Israël lui confère un regain d'actualité et étend considérablement sa compétence en tant que loi civile. Un grand nombre de personnes deviennent à nouveau justiciables des juridictions rabbiniques, car Israël est de nos jours le pays d'immigration pour beaucoup de Juifs¹.

B. ACTUALITÉ DU DIVORCE RABBINIQUE AU POINT DE VUE RELIGIEUX

Aussi longtemps que les Juifs jouissaient d'une sorte d'autonomie judiciaire dans les questions qui relevaient du droit civil et que leurs tribunaux pouvaient exercer une juridiction ecclésiastique en matière de divorce, ils étaient strictement régis par la loi rabbinique. Mais depuis l'émancipation des Juifs par la Révolution française, cette

¹ On peut évaluer, en ce moment, à plus de deux millions le nombre de Juifs régis par le droit rabbinique en matière de divorce.

autonomie avait cessé dans la plupart des Etats européens. Les Israélites, devenus citoyens égaux en droits et devoirs, étaient soumis à la législation civile et laïque de leurs pays respectifs. Quelle autorité devait donc être attribuée, au sein de la communauté juive émancipée, à la législation rabbinique du divorce? Allait-on l'abolir sans rémission, ou allait-on lui conserver tout de même une place en tant que pratique religieuse? La question a été souvent posée dans le judaïsme moderne.

Parmi les nombreuses conférences rabbiniques qui avaient placé le problème du divorce selon les formes rituelles à leur ordre du jour, il nous faut mentionner particulièrement le « Grand Sanhédrin » de l'année 1807. Instituée par Napoléon I^{er}, cette assemblée religieuse avait pour but de réorganiser le culte israélite et de définir les rapports entre la communauté juive émancipée et la société française issue de la Révolution. Elle s'est réunie le 9 février 1807, composée de 70 membres dont deux tiers de rabbins et un tiers de laïcs plus le président, et prit en ce qui concerne le divorce les dispositions suivantes ¹:

« Le Grand Sanhédrin ayant considéré combien il importe aujourd'hui d'établir des rapports d'harmonie entre les usages des Hébreux relativement au mariage et le Code civil de France et du Royaume d'Italie sur le même sujet, et considérant qu'il est de principe religieux de se soumettre aux lois civiles de l'Etat, reconnaît et déclare:

» Que la répudiation permise par la Loi de Moïse n'est valable qu'autant qu'elle opère dissolution absolue de tous les liens entre les conjoints, même sous les rapports civils.

» Que d'après les dispositions du Code civil qui régit les Israélites comme Français et Italiens, le divorce n'étant consommé qu'après que les tribunaux l'ont ainsi décidé par un jugement définitif, il suit que la répudiation mosaïque n'aurait pas le plein et entier effet qu'elle doit avoir, puisque l'un des conjoints pourrait se prévaloir contre l'autre du défaut de l'intervention de l'autorité civile dans la dissolution du lien conjugal.

» C'est pourquoi, en vertu du pouvoir dont il est revêtu, le Grand Sanhédrin statue et ordonne comme point religieux:

» Que dorénavant, nulle répudiation ou divorce ne pourra être fait selon les formes établies par la Loi de Moïse, qu'après que le

¹ Sautayra et Charleville: *op. cit.*, p. 23.

mariage aura été déclaré dissous par les tribunaux compétents et selon les formes voulues par le Code civil.

» En conséquence, il est expressément défendu à tout rabbin, dans les deux Etats de France et d'Italie et dans tous autres lieux, de prêter son ministère dans aucun acte de répudiation ou de divorce sans que le jugement civil qui le prononce lui ait été représenté en bonne forme.

» Déclarant que tout rabbin qui se permettrait d'enfreindre le présent statut religieux sera regardé comme indigne d'en exercer à l'avenir les fonctions. »

Ce statut du Grand Sanhédrin a été homologué par décret de l'empereur en date du 17 mars 1808. L'homologation du pouvoir exécutif lui donne le caractère d'un acte de gouvernement, qui le rend opposable aux rabbins de France et aux Juifs de France, quelle que soit leur nationalité, et lie à leur égard les autorités françaises tant qu'un nouveau statut n'entre pas en vigueur. Ainsi, le Code civil dans ses dispositions et le statut du Grand Sanhédrin ne permettent pas au rabbin en France de procéder au divorce entre époux israélites, même si ces époux sont des étrangers, tant qu'ils ne peuvent justifier d'une dissolution préalable de leur mariage par l'autorité judiciaire française.

Mais il ressort, en même temps, clairement de la décision précitée que le Grand Sanhédrin, comme autorité religieuse, confirme implicitement le maintien du divorce religieux et la nécessité pour les Israélites divorcés civilement d'y recourir.

Se plaçant sur le terrain du judaïsme traditionnel et conservateur, cette assemblée ne pouvait, en effet, choisir d'autre voie. Car si le mariage n'est pas un sacrement dans le judaïsme, pas plus qu'il ne l'était pour les chrétiens à l'origine du christianisme, il n'en est pas moins la consécration donnée par la religion à l'acte le plus grave de la vie, celui qui engage le plus la conscience et dont l'essence n'a rien de commun avec les contrats régis par les lois ¹.

Le mariage figure, en plus, dans les plus antiques textes religieux du judaïsme, comme le récit de la création, le décalogue; tout ce qui le concerne donc, son établissement comme sa rupture, prévue par

¹ Cf. Planiol: *Traité élémentaire du Droit civil*, 1948, p. 281: « Bien que le mariage soit considéré par notre législation positive actuelle comme un acte purement civil, il n'en est pas moins vrai que dans sa nature intrinsèque le mariage est un acte religieux, en prenant cette expression dans son sens le plus large... »

le texte biblique, doit rester, selon le judaïsme conservateur, du domaine des lois religieuses. Dans l'ordre religieux, le divorce rabbinique conserve donc son actualité pour la grande majorité de la communauté juive.

Toutefois, une fraction du judaïsme a adopté une attitude différente dans la question du divorce rabbinique. Il s'agit des adeptes du mouvement religieux « libéral » ou « réformé » qui a pris un grand essor au sein de nombreuses communautés juives, particulièrement en Amérique. Le libéralisme religieux juif considère que le divorce prononcé par les juridictions civiles à l'égard d'époux israélites dissout complètement les liens du mariage et rend superflue une procédure parallèle devant le rabbin. Ce point de vue est fondé sur l'idée que seule l'union de deux êtres doit être bénie et consacrée par la religion, mais que la rupture de cette union n'exige aucune assistance religieuse. La religion ne peut que tolérer cet acte avec tristesse et dans un silence désapprobateur. La réglementation juive du divorce est d'ailleurs purement laïque, affirment les protagonistes du libéralisme; aucune prière, aucune bénédiction n'est prononcée lors de son déroulement, comme c'est le cas pour le mariage. Le divorce n'a été mêlé aux prescriptions religieuses que par les circonstances dans lesquelles il a été institué, à une époque où droit et religion étaient étroitement liés. Son caractère laïque et profane autoriserait donc sa disjonction des matières purement religieuses et son incorporation dans les législations civiles en général.

Cette conception n'a pourtant pas prévalu dans la Synagogue. La grande majorité des autorités religieuses exigent le divorce dans ses formes rabbiniques parallèlement au divorce civil et après son prononcé pour admettre que l'union conjugale a été dissoute à tous points de vue. A défaut d'y avoir procédé, les époux israélites divorcés uniquement devant le juge ne peuvent prétendre, lors d'un remariage, à la célébration religieuse de leur nouvelle union.

CHAPITRE V

Divorce rabbinique et divorce laïque moderne

A. CARACTÉRISTIQUES DU DIVORCE RABBINIQUE

Lorsque nous nous proposons d'établir un parallèle entre le droit rabbinique du divorce et celui des codes laïques modernes, quelles sont les conclusions qui s'imposent ?

Bien que le principe général du désaccord irrémédiable, autorisant la rupture du lien conjugal, ait conquis une large place dans certaines législations¹, la plupart des codes actuels maintiennent la règle que le mariage ne saurait être dissous qu'en vertu de causes déterminées. Le mariage est considéré, à la différence des autres contrats, comme un état permanent supérieur au consentement des parties dont on permet la dissolution judiciaire uniquement dans des cas déterminés. Cette conception institutionnelle du mariage a subi, comme nous l'avons indiqué, l'influence des idées religieuses. L'on part du principe que normalement le mariage ne devrait prendre fin que par la mort de l'un des époux, mais si des raisons précises et impérieuses paraissent imposer sa dissolution, le divorce devra tout de même être prononcé.

Cette manière de voir est opposée à la conception purement contractuelle et individualiste du mariage qui conduit à admettre la rupture d'une union conjugale à partir du moment où les époux en

¹ C'est le cas de la Pologne, de la Tchécoslovaquie, de l'URSS qui ne connaissent plus d'énumération des causes de divorce, mais qui laissent au tribunal le soin d'apprécier les raisons invoquées par le demandeur. D'autres Etats ajoutent à une liste de causes une formule générale qui la prolonge à l'infini. « Causes indéterminées » en Suisse et en Turquie ; « désunion des époux » en Allemagne ; « ébranlement grave du mariage » en Bulgarie, en Yougoslavie.

manifestent l'intention, leur désaccord détruisant ce que leur accord avait créé. La volonté d'un seul époux peut même suffire pour rompre le lien conjugal. Telle fut la règle en droit romain (« consensus nuptias facit, dissensus divortium facit ») et que le droit soviétique, par exemple, a fait revivre ¹.

D'autre part, parmi les législations qui n'admettent le divorce que pour des causes déterminées, l'on peut encore déceler deux façons de voir.

Certaines voient dans le divorce un moyen d'affranchir l'un des époux du lien conjugal, dès que le but du mariage ne peut plus être atteint, alors même qu'il n'y aurait aucune faute de l'autre conjoint. C'est la conception dite du « divorce-remède ». Elle a inspiré la réglementation de plusieurs législations européennes, notamment le Code civil suisse et, avec moins de netteté, le Code civil allemand. Elle explique que dans l'un et l'autre de ces codes la folie incurable de l'un des époux soit admise comme cause de divorce (art. 141 CCS et art. 1569 C. civ. allemand). Au cours de la dernière décennie, la notion de divorce-remède a trouvé une application considérable dans les pays dits de démocratie populaire qui ont, à l'imitation de l'URSS, avec le changement de leurs régimes politiques et économiques, radicalement transformé leur droit matrimonial.

Un autre groupe de législations considère, au contraire, le divorce comme la sanction d'une faute grave, commise par un conjoint envers l'autre, de sorte que les faits qui ne constituent pas des fautes ne sont pas des causes de divorce. Ils doivent être supportés par l'autre conjoint, quelque fâcheux qu'ils soient pour lui, comme des risques inséparables de l'existence humaine. C'est la conception dite du « divorce-sanction » dont s'inspirent encore de nombreux pays, entre autres la France.

¹ Du moins dans la législation révolutionnaire de 1918 et 1926. Il était notamment possible de rompre le mariage par consentement mutuel ou même par répudiation unilatérale, émanant d'un seul des conjoints. De plus, une extrême simplification avait été introduite dans les formes du divorce: le simple enregistrement de la volonté des époux par la Section de la transcription des actes de l'état civil suffisait. Depuis, un ukase du Présidium du Soviet suprême de l'URSS, en date du 8 juillet 1944, a introduit dans la matière des changements importants, en rétablissant la forme judiciaire du divorce. C'est au tribunal qu'il appartient de prononcer le divorce, sur la demande de l'un des époux, mais il est absolument libre d'apprécier les faits qui lui sont soumis par le demandeur, à l'appui de sa demande. Toutefois, l'attention des tribunaux a été attirée sur le fait qu'ils devraient toujours avoir en vue la consolidation de la famille soviétique et du mariage. (Cf. Gabriel Le Bras: *op. cit.*, p. 327).

Or, il est intéressant de constater qu'au point de vue de cette classification, le divorce rabbinique tient des deux conceptions comme le Code civil très moderne de la Suisse. Il admet, d'une part, les causes dépendantes de la volonté des époux qui constituent des fautes à l'égard de l'un d'eux: fait émanant d'un époux et dirigé contre l'autre, avec l'intention de celui-là de nuire à celui-ci (injures et sévices, refus de cohabitation, refus d'entretien). Il accepte, d'autre part, à l'exemple des codes les plus récents, des causes objectives, indépendantes de la volonté des époux (stérilité, maladie grave, impuissance). Il s'agit donc d'un divorce-sanction et d'un divorce-remède.

Ce point mis à part, le divorce rabbinique diffère considérablement du divorce laïque moderne. Il est dominé par des idées religieuses et relève autant du rite que de l'acte juridique. Malgré son évolution évidente, il porte encore les traces de ses origines antiques, car c'est toujours la loi mosaïque qui reste, en fin de compte, le principe du droit. Les rabbins n'ont voulu être que les commentateurs de la « loi écrite », même lorsque par leurs interprétations ils créaient de véritables dispositions nouvelles et furent les artisans de l'évolution.

Nous avons pu suivre l'évolution que la législation du divorce a subie à travers les siècles. La femme s'est relevée, peu à peu, de l'infériorité de sa situation en acquérant le droit à l'instance de divorce. Le droit de répudiation du mari a reçu de nombreuses entraves afin d'empêcher les ruptures inconsidérées et précipitées. Dès le moyen âge, le mari ne pouvait remettre le « guëtt », instrument de la rupture, sans le consentement de son épouse. Une phase judiciaire, préliminaire à la remise du « guëtt », fut instituée dans laquelle il est statué sur l'accueil ou le rejet de la demande, ce qui rapprochait le divorce rabbinique du divorce judiciaire ¹.

Mais les avantages de cette évolution sont encore gravement tenus en échec par le maintien d'un formalisme antique et, avant tout, par la conservation du principe de la remise obligatoire d'un libelle de divorce à la femme de la part de son mari. Cette exigence fait que le divorce rabbinique garde l'empreinte indélébile de l'ancienne répudiation mosaïque. Sa procédure demeure en grande partie privée comme à l'époque biblique. Le tribunal rabbinique, une fois la cause de rupture admise, ne saurait encore imposer la dissolution

¹ *Vide supra*, p. 83.

du mariage de plein droit, par le jugement seul, comme cela se passe dans le droit moderne. Il doit à partir de ce moment se borner à exercer des mesures de coercition, s'il en a toutefois la possibilité, afin que les époux consentent à se prêter aux formalités indispensables de la procédure¹.

Le tribunal est aussi institué pour présider au déroulement du cérémonial, pour veiller à l'accomplissement et à la régularité des formes de la procédure et pour se convaincre que les parties ont la capacité requise pour divorcer. Nous ne pouvons donc pas parler, à propos du divorce rabbinique, même au dernier stade de son évolution, d'un divorce judiciaire tel qu'il est organisé dans les législations modernes.

B. PROBLÈMES QUE LE DIVORCE RABBINIQUE POSE DANS SES RAPPORTS AVEC LES LÉGISLATIONS LAÏQUES MODERNES

a) *En droit international privé*

Le problème qui se pose en droit international privé est le suivant : Quelle devra être l'attitude du juge civil en pays à législation laïque devant la demande de divorce émanant d'époux régis par la loi rabbinique à titre civil ?

Le principe de la laïcité, nous l'avons constaté, n'est pas admis dans toutes les législations. Certaines nations reconnaissent, dans le cadre de leur système législatif, les différentes religions de leurs ressortissants, avec un caractère plus ou moins officiel. Le mariage, le divorce, la tutelle sont dans ces pays, le plus souvent, de la compétence des autorités religieuses ou obéissent à des règles d'ordre confessionnel.

Or, de tous temps les hommes ont voyagé et se sont trouvés, à certains moments de leur existence, en pays étranger ou même s'y sont fixés à demeure. La question se pose de savoir comment les lois de la nation auprès de laquelle ils se sont établis leur sont applicables et dans quelle mesure leur loi nationale les régit encore. Des conflits peuvent naître entre ces lois différentes. Il en est

¹ *Vide supra* p. 83 sur le caractère du jugement préliminaire.

notamment ainsi dans les Etats qui soumettent les étrangers résidant sur leur territoire à leur propre loi nationale pour la solution des litiges relevant de leur statut personnel. La loi rabbinique devrait donc, en principe, leur être appliquée s'ils sont des Israélites ressortissants d'un Etat à législation confessionnelle. Ce serait, par exemple, le cas d'un Juif de nationalité égyptienne qui habiterait la France, pays où l'état et la capacité des étrangers sont régis par leur loi nationale.

Mais l'application de la loi étrangère peut se révéler considérablement compliquée et poser certains problèmes que nous aborderons avec l'examen de deux jurisprudences laïques modernes : celle de la Suisse et celle de la France.

Les règles que la Suisse applique pour la solution des conflits de lois en matière de divorce ont été résumées par le professeur Sauser-Hall en ces termes¹ :

« Pour la solution des conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps, la Suisse exige l'observation de la loi nationale des étrangers et celle de la loi suisse en tant que *lex fori*. Tout étranger domicilié en Suisse peut intenter une action en divorce ou en séparation de corps devant le juge de son domicile, mais il doit établir que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce ou de séparation de corps invoquée et reconnaissent la juridiction suisse. Mais, lorsque ces conditions sont remplies, le divorce ou la séparation de corps d'époux étrangers sont prononcés selon la loi suisse. Il suffit cependant qu'il y ait une cause admise par la loi étrangère et une autre par le droit suisse ; il n'est pas nécessaire que ce soient les mêmes. » (Loi fédérale sur les rapports de droit civil de citoyens établis ou en séjour, du 25 juin 1891.)

En suivant ces principes, le tribunal suisse ne sera pas en mesure, la plupart du temps, de connaître l'action en divorce émanant d'époux étrangers régis par le droit rabbinique, car ceux-ci ne seront pas à même d'établir que les lois de leur pays reconnaissent la juridiction laïque suisse. La caractéristique des législations à base religieuse est, en effet, de refuser tout partage de compétence avec les législations laïques sans se préoccuper du déni de justice qui peut en résulter.

La compétence des juridictions laïques pourrait cependant être

¹ Dans *La Vie juridique des Peuples*, VI^e fasc. : « Suisse », Paris, Delagrave.

reconnue si le prononcé du divorce civil était précédé par la rupture du mariage devant l'autorité ecclésiastique, le rabbin en l'occurrence. Une décision de justice de l'Obergericht du canton de Zurich concernant des époux israélites de nationalité ukrainienne abonde dans ce sens. En voici le passage qui nous intéresse :

« Le demandeur présenta deux attestations établies par la Mission ukrainienne à Berne... La première certifie que, selon la procédure valable en Ukraine, la juridiction suisse est reconnue pour les actions en divorce si les parties font préalablement rompre leur mariage par le rabbin d'après les règles du droit juif... Dans la seconde attestation, il est certifié que la décision suisse, dans ces conditions, est reconnue valable. Par ces deux attestations, la preuve exigée par la loi est produite ¹. »
Obergericht, 1^{re} Chambre, 12 septembre 1921.

La jurisprudence suisse a également eu à se poser le problème de la compétence du droit rabbinique du divorce en territoire suisse pour les ressortissants de pays où les Israélites sont soumis, en cette matière, à leur loi confessionnelle. La question était de savoir si le divorce prononcé en Suisse par un rabbin à l'égard de ces étrangers pouvait être déclaré valable *erga omnes* par les autorités suisses.

La réponse à cette question est catégoriquement négative, car une telle pratique serait contraire aux dispositions de la loi et aux règles appliquées pour la solution des conflits de lois en matière de divorce. « Un époux étranger, domicilié en Suisse, peut intenter une action en divorce devant le juge de son domicile », dit l'article 7 h de ladite Loi fédérale du 25 juin 1891. Il le peut et il le doit exclusivement, les tribunaux ordinaires suisses étant seuls compétents. « Un divorce, confirme M. Petitpierre, ne peut être valablement prononcé par un agent diplomatique ou consulaire, ou par un ecclésiastique (par exemple un rabbin) ². »

A deux reprises, la jurisprudence de l'Obergericht du canton de Zurich exprime cette opinion. La première fois dans une affaire de divorce entre époux israélites de nationalité russe. Il nous semble intéressant de citer le texte de cette décision.

« Divorce de citoyens russes ³. Inadmissibilité d'une demande reconventionnelle par laquelle on demande au tribunal de constater

¹ *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, XXI, N° 4.

² M. Petitpierre: *Répertoire de Droit international*, 7, 161.

³ Avant la laïcisation de la législation russe.

la dissolution valable du mariage prononcée par le rabbinat de la Communauté israélite de Zurich.

» S. K. avait introduit devant le tribunal de district une demande en divorce contre sa femme E. K. Vu que les parties étaient de nationalité russe, le tribunal a imparti au demandeur un délai afin qu'il produise une attestation officielle certifiant que le ministère russe compétent reconnaîtra la validité d'un jugement de divorce éventuel, sous menace que, dans le cas contraire, la demande serait rejetée. Le demandeur n'apporta pas l'attestation requise dans le délai imparti. La défenderesse introduit alors une demande reconventionnelle avec les prétentions suivantes:

» 1. Le tribunal doit constater que les parties ont été divorcées à tous égards, le 10 juin 1913, par le rabbinat de la Communauté israélite de Zurich, conformément aux lois du pays d'origine du demandeur. Que l'accord conclu devant ledit rabbinat sur les effets du divorce est obligatoire pour les parties. Que cet accord soit éventuellement approuvé par le tribunal ou que le tribunal fixe lui-même les conséquences du divorce dans le sens de l'accord.

» 2. Le demandeur doit être condamné à payer à la défenderesse la somme de 300 francs portant intérêt de 5 % depuis le 1^{er} juin 1913 et les aliments des enfants de 60 francs par mois...

» Le tribunal de district rejeta les deux demandes, la principale et la reconventionnelle. La défenderesse a recouru contre cette décision auprès de l'Obergericht en demandant que soit signifié à l'instance inférieure de prendre en considération la demande reconventionnelle. Le recours a été rejeté avec l'exposé suivant des motifs:

» 1. Le juge précédent a rejeté la première prétention de la demande reconventionnelle pour le motif que l'intérêt juridique de la constatation demandée n'existait pas; car la constatation que le mariage des parties est dissous selon le rite juif n'a pas pour effet qu'un tribunal suisse en prononce la dissolution sans que le demandeur produise l'attestation officielle exigée. On ne peut accepter ce raisonnement, car si on pouvait établir que le mariage a été dissous dans une forme juridiquement valable, une demande en divorce devant le tribunal d'ici serait superflue. Mais si l'on se pose tout d'abord la question de savoir dans quelle mesure la première prétention relative à la constatation doit être considérée comme une

affaire matrimoniale dans le sens de la procédure civile, on doit répondre affirmativement, bien que la loi ne mentionne pas la demande en constatation de l'existence ou de l'inexistence d'un mariage dans la partie qui traite de la procédure en affaires matrimoniales; le fait qu'il s'agit d'une affaire matrimoniale ressort de la nature même de la demande. La première prétention de la demande reconventionnelle est donc admissible, car le principe de l'égalité devant la juridiction suppose l'admission de la demande reconventionnelle. Ceci ne concerne toutefois pas la seconde prétention, car elle se présente comme une simple demande en revendication qu'on ne peut faire valoir comme une demande reconventionnelle d'une action en divorce.

» 2. Toutefois la première prétention de la demande reconventionnelle devient inadmissible du fait que les conditions dans lesquelles un époux étranger peut introduire une action en divorce auprès du juge de son domicile sont réglées par l'article 7 h de la Loi fédérale sur les rapports de droit civil de citoyens établis ou en séjour et ne peuvent aucunement être éludées. *Le divorce prononcé, soi-disant, par le rabbin ne produit aucun effet selon le droit suisse, car seul le juge civil est compétent pour prononcer le divorce des étrangers qui habitent la Suisse.* Ceci a été admis par le demandeur qui n'aurait pas demandé autrement le prononcé du divorce. La question de savoir si d'après le Droit russe le divorce prononcé par le rabbin est valable ne nécessite pas examen ¹. »

Obergericht, I^{re} Chambre, 17 avril 1918.

Le même point de vue a été confirmé dans un cas analogue, où il s'agissait d'époux israélites de nationalité ukrainienne ². Mais il ressort, en plus, de cette décision que lorsque le pays d'origine ne reconnaît la compétence des tribunaux suisses qu'à condition que le

¹ *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, XVIII, N^o 35.

² *Idem*, XXI, N^o 4.

L'opinion contraire est exprimée par M. Gautschi dans la *Revue suisse de Jurisprudence*, vol. 26, p. 6. M. Gautschi écrit:

« Das Zürcherische Obergericht entschied dass eine durch einen Rabbiner in Zürich ausgesprochene Scheidung über ausländischen Juden nach schweizerischem Rechte keine Wirkungen ausübe. (Bl. Zür., XVIII, Nr. 35.)

» Das scheint mir gegen Ausländer denen wir unser Scheidungsforum verschliessen nicht gerecht zu sein, wenn der Rabbiner nach dem Heimatstaat zuständige Behörde ist und es sich nicht um Willkürscheidungen handelt, die unserem *ordre public* widersprechen. Beim Eheschliessungsrecht nimmt allerdings die Schweiz den Standpunkt ein, dass alle Ehen auf unserem Gebiete gültig nur vor unseren Behörden

mariage soit auparavant dissous devant l'autorité religieuse, le juge suisse ne peut procéder au divorce avant la réalisation de cette condition.

Un autre jugement concerne le cas où le mariage n'avait pas été valablement célébré d'après la législation du pays d'origine des époux, mais était valable selon le droit suisse. Le tribunal de district de Zurich décide qu'une telle union peut être dissoute par le juge suisse sans que les parties apportent les deux preuves exigées: admission de la cause de divorce par le pays d'origine et reconnaissance de la juridiction suisse. Voici les arguments que le tribunal invoque en l'occurrence¹:

«...D'après l'article 7 h de la loi du 25 juin 1891, un époux étranger peut tenter une action en divorce devant le juge de son domicile s'il établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse. Or, dans le cas présent, il est impossible que le demandeur rapporte la preuve que la juridiction suisse sera reconnue par le pays d'origine (Palestine), car la législation palestinienne admet uniquement le divorce lorsqu'il est prononcé par les tribunaux des communautés religieuses reconnues (pour les Juifs, des tribunaux rabbiniques). Ceux-ci possèdent en Palestine la juridiction exclusive et la compétence des tribunaux laïques étrangers se trouve par là complètement éliminée.

» Il faut, en outre, prendre en considération que la seule forme légale de la conclusion du mariage entre Juifs, selon le droit judéo-palestinien, est la célébration religieuse par le rabbin. Lors de la conclusion d'un mariage entre citoyens palestiniens à l'étranger, il faut tenir compte des dispositions législatives relatives à la communauté religieuse en question, c'est-à-dire qu'il faut exiger des citoyens palestiniens, avant la célébration de leur mariage, la présentation d'une déclaration émanant d'un prêtre qui se déclare prêt à

eingegangen werden können. Wir stellen aber allen Ausländern unsere Eheschliessungsform zur Verfügung, was bei der Ehescheidung dagegen nicht der Fall ist.

» Wir sollten daher in diesem Falle die Ausländer nicht in ihren Heimatstaat schicken, um ihnen vermeidbare Kosten zu verursachen und somit *das Urteil als ausländisches betrachten und anerkennen*.

» Selbstverständlich muss aber sowohl die Zuständigkeit wie die Ablehnung unserer Gerichte strikte nachgewiesen sein..... Diese Verhältnisse dürfen in allgemeinem nur bei Ostjuden bestehen, die aus Länder kommen, in denen die Griechisch-katholische Kirche Staatsreligion ist. »

¹ *Revue suisse de Jurisprudence*, XXXIV, p. 313.

célébrer leur mariage (v. Bergmann: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, t. III, p. 649). Toutefois, dans le cas présent, les parties ont omis, en son temps, de célébrer leur mariage religieusement devant le rabbin. Il s'ensuit que le mariage conclu uniquement devant l'officier d'état civil n'est pas reconnu dans le pays d'origine des parties. Dans ce cas, le divorce peut être prononcé par le juge suisse, sur la base du droit suisse, même s'il n'est pas prouvé que, selon la loi ou la procédure du pays d'origine, la cause de divorce invoquée est admise et la juridiction suisse reconnue (v. la décision de l'Obergericht du canton de Berne, du 30 mai 1932, S. J. Z., tome XX, p. 60), car étant donné que le mariage des parties est considéré comme nul par la législation du pays d'origine, le divorce prononcé en Suisse ne peut provoquer de conflit avec le droit de ce pays.

(Tribunal de district, Zurich, 22 septembre 1936.)

En France, la question de la compétence des tribunaux en matière de divorce entre Israélites étrangers, soumis aux dispositions du statut personnel rabbinique, a suscité une jurisprudence très abondante qui a passé par plusieurs phases.

Le point de départ du problème est le principe admis en droit français que le statut personnel de l'individu le suit partout. Les étrangers résidant en France sont, par conséquent, soumis pour toutes les questions d'état et de capacité à leur loi nationale qui doit, toutefois, leur être appliquée dans les formes prévues par la *lex fori* et sous réserve de l'ordre public français¹. Ce principe semble être une application par réciprocité de la règle énoncée dans l'article 3, alinéa 3, du Code civil français: « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers. »

Les tribunaux français se sont longtemps laissés guider par cette règle et prononçaient sans hésitations les divorces des Israélites

¹ La notion d'« ordre public » est une notion de droit international privé qui peut entrer en jeu chaque fois qu'un juge devrait appliquer une loi étrangère. Car, avant de l'appliquer, il doit se demander si cette loi étrangère est conciliable avec l'ordre public de son pays; et dès qu'apparaîtrait une inconciliableté, il devrait exclure la loi étrangère, même si elle est compétente en vertu des règles de solution du conflit des lois. En effet, si un Etat doit respecter les souverainetés étrangères dans les relations de droit privé, il ne saurait le faire, pourtant, au dépens des nécessités fondamentales de sa civilisation, de son ordre social ou de sa sécurité intérieure. Toutes les fois, par conséquent, qu'il les estimerait réellement menacés par l'application de la loi étrangère normalement compétente, le juge, écartant cette loi, doit s'en tenir à sa propre loi interne, à la *lex fori*.

soumis à leur loi confessionnelle. Les jugements étaient rendus selon les formes de la procédure française et en vertu des causes de divorce admises par la loi rabbinique. C'est ainsi qu'après plusieurs décisions intervenues dans ce sens¹, le Tribunal civil de la Seine déclarait, dans un jugement du 3 juillet 1896 :

« Attendu que les époux Lévine sont russes et qu'il est établi qu'ils appartiennent à la religion juive... que d'après la loi sur les cultes le divorce entre Israélites est prononcé par les rabbins régulièrement admis à exercer leur ministère par le gouvernement et ayant le caractère de fonctionnaires publics et qu'ils doivent, dans les affaires de divorce, se conformer à la loi juive;

» attendu que le Code rabbinique admet le divorce ou, plus exactement, la rupture du mariage par voie de répudiation, dans le cas de mauvais traitement, injures graves, immoralité, abandon, etc.;

» attendu qu'ainsi les époux Lévine sont recevables à demander et à faire la preuve des faits sus-énoncés...² »

La décision précitée montre clairement que le tribunal admettait le divorce des Israélites russes en vertu des causes admises par la loi rabbinique et selon les formes de la procédure française. Mais un revirement de jurisprudence s'est opéré brusquement à la suite de l'intervention de la Cour de cassation. Le même Tribunal civil de la Seine ayant adopté, le 5 mars 1901, dans une espèce analogue, le même point de vue que dans l'affaire Lévine, la Cour de Paris infirma le jugement et se déclara incompétente de connaître des actions en divorce intentées par des Juifs régis par leurs lois confessionnelles³. La cause est venue devant la Chambre civile de la Cour de cassation. La haute juridiction adopta alors le point de vue des législations confessionnelles elles-mêmes, aux yeux desquelles la forme religieuse constitue une condition de fond du divorce. Elle concluait que, liés par leur loi nationale, les Juifs russes ne pouvaient demander le divorce aux tribunaux français, incapables de satisfaire aux conditions confessionnelles. C'est le célèbre arrêt de cassation, dans l'affaire Levinçon, qui a longtemps guidé la jurisprudence et a suscité un certain mouvement de doctrine. Voici les considérants qu'émettait, à cette occasion, la Cour :

¹ Clunet, 1892, p. 661.

² Clunet, 1896, p. 848.

³ Dalloz, 1903, II, 49.

« Considérant que la séparation des matières civiles et religieuses est... l'une des bases essentielles de la législation française; que si ce principe ne s'oppose pas à ce que le juge français déduise du mariage religieux contracté par des étrangers soumis à une législation différente les conséquences juridiques qu'y attachent cette législation par rapport à l'état des étrangers, il met par contre un obstacle absolu à ce que ce juge se substitue à l'autorité religieuse pour dissoudre l'union qu'elle a formée et qui ne laisse pas de conserver son caractère religieux, encore que la loi étrangère lui fasse sortir des effets civils;

» considérant que l'on objecterait vainement que la juridiction civile a la plénitude de juridiction en matière de mariage et divorce, que la règle de la séparation du civil et du religieux n'est que d'ordre public interne...

» Considérant qu'il suit de ce qui précède d'une part que les lois de l'Empire de Russie, les seules dont le juge français aurait à faire application dans l'espèce, si cette application était possible en France, s'opposent à ce que le mariage religieux, seul existant d'après ces lois, soit dissous par une autorité ou une juridiction civile et, d'autre part, que les lois françaises ne permettent pas aux tribunaux d'en prononcer la dissolution...

» Considérant que les tribunaux français sont dans l'impossibilité de connaître d'un litige intéressant l'état des étrangers, si les dispositions de la loi étrangère seule compétente, soit par la juridiction qu'elle impose, soit par les conditions de fond qu'elle édicte, sont contraires à l'ordre public français... Il en est ainsi notamment quand la loi étrangère confie la connaissance du litige à l'autorité religieuse et le soumet quant à la forme à des rites de nature confessionnelle. La défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans les matières religieuses élève alors une fin de non-recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis. » ¹

L'arrêt Levinçon invoque, comme nous le voyons, la notion de l'ordre public. C'est l'ordre public français qui s'opposerait à la compétence des tribunaux français en matière de divorce rabbinique, car il n'y aurait pas de communauté juridique entre la loi rabbinique, d'essence religieuse, et la loi française, essentiellement laïque. Cette décision entraîna un grand nombre de jugements dans le même sens; de nombreuses demandes formulées devant les tribunaux français

¹ Civ., 29 mai 1905; Sirey, 1906, I, 161.

par des Israélites ressortissants d'une nation qui les soumettait à la loi rabbinique furent écartées par des décisions d'incompétence. Ainsi même le Tribunal civil de la Seine, jusque-là partisan de l'applicabilité de la loi rabbinique, modifia sa jurisprudence antérieure.

« Attendu, disait notamment un jugement du 18 décembre 1902, que les époux O... appartiennent tous deux à la religion israélite, que la loi russe soumet le divorce de ses nationaux juifs à des formalités spéciales confiées aux autorités religieuses rabbiniques et conformément à la loi mosaïque;

» attendu que les autorités rabbiniques ne procèdent pas dans la loi russe comme pouvoir civil statuant sur un litige civil, mais comme un pouvoir religieux, agissant selon les règles et les formes rituelles...;

» attendu que les tribunaux français ne pourraient, à aucun titre, et sous aucun prétexte, sans violer la règle fondamentale de notre droit public, se substituer à une autorité religieuse et accomplir des actes d'un caractère rituel...

» Par ces motifs... renvoie les parties à se pourvoir comme bon leur semblera devant les autorités qui d'après leur loi nationale peuvent dissoudre l'union... »¹

En 1910, la Cour de Paris se rangea à nouveau au point de vue de la Cour suprême en infirmant une décision du Tribunal de la Seine qui s'était déclaré compétent pour connaître d'un divorce confessionnel.

« On ne comprend pas, dit l'arrêt, comment les tribunaux français pourraient valablement dissoudre de pareilles unions conjugales, alors que la loi russe considère l'observation des rites, non comme de simples formalités de procédure, mais comme des règles essentielles qui touchent au fond du droit; et que le principe de neutralité de l'Etat entre les divers cultes défend aux juges de s'ingérer dans les matières religieuses, même lorsque le litige ne concerne que des étrangers... »²

Ce refus de compétence amena différentes juridictions à renvoyer les parties « devant les autorités qui d'après leur loi nationale peuvent dissoudre leur union ». Les justiciables s'adressaient donc aux tribu-

¹ Clunet, 1903, p. 805.

² Rev. de Dr. int. privé, 1910, p. 837.

naux rabbiniques en France qui se considéraient autorisés et qualifiés de les accueillir et de procéder aux formalités du « guêtt » telles que nous les avons décrites. Plus encore, la transcription de ces divorces en marge des registres de l'état civil fut opérée sur des réquisitions formelles du Parquet. Cependant, une circulaire du garde des sceaux, du 7 avril 1908, interdit la transcription de ces jugements, en autorisant néanmoins les officiers de l'état civil d'en faire mention en marge de l'acte de mariage, à titre de renseignement. C'était reconnaître implicitement la régularité de la procédure rabbinique et en consacrer indirectement les effets en droit.

La Cour de Nancy a fait encore un pas de plus dans cette voie. Un arrêt de ladite cour, du 17 juin 1922, reconnaît, en effet, la régularité du divorce prononcé par l'autorité rabbinique en France, entre deux Israélites du Levant, sans recours préalable à l'autorité judiciaire.

« Attendu, dit la cour, que le mariage et le divorce des étrangers sont réglés par leur loi nationale et non par la loi française, à moins que cette loi nationale ne soit contraire à l'ordre public français; qu'en l'espèce, l'ordre public français n'est pas transgressé, puisque le divorce est admis en France; que, sans doute, habitant la France, Baruch Nathan et Esther Bassan auraient pu saisir les tribunaux français de leur action en divorce, mais qu'ils n'en avaient pas l'obligation; qu'ils ont préféré suivre leur loi nationale, ce qui était leur droit... »¹

Or, cet arrêt qui reconnaît à des Israélites du Levant le droit de faire prononcer leur divorce en France par des rabbins est en opposition absolue avec la jurisprudence admise. Les décisions précédentes déclarent, au contraire, formellement qu'en France « un rabbin est sans qualité tant au regard de la loi russe qu'à l'égard de la loi française »; et un autre jugement dit encore plus nettement que « le Code civil veut que les divorces soient toujours prononcés par une juridiction et que la juridiction compétente soit exclusivement celle des tribunaux civils; qu'il serait contraire aux principes d'ordre public que, même au profit d'étrangers, les divorces puissent résulter chez nous d'une déclaration devant le rabbin ou qu'ils puissent être prononcés par une autorité religieuse qui ne détient dans notre pays aucune parcelle d'autorité civile »².

¹ *Rev. de Dr. int. privé*, 1922-23, p. 435.

² Trib. civil de la Seine, 18 nov. 1911 et 27 déc. 1912; *Revue de Dr. int. privé*, 1912, p. 368; 1913, p. 424.

La doctrine, de son côté, confirme vigoureusement cette manière de voir, par la plume autorisée de Niboyet. « En tous les cas, écrit cet auteur, on ne saurait admettre un seul instant que l'impossibilité dans laquelle sont nos tribunaux de se conformer à une procédure rituelle puisse habilitier en France des autorités religieuses privées à dissoudre les unions de leurs coreligionnaires... Aucun acte de juridiction temporelle, quel qu'il soit, ne peut être fait sur le territoire français par une autorité non investie de ce pouvoir par nos lois ou nos traités. Or, l'autorité religieuse, qu'elle soit française ou étrangère, ne dispose dans la métropole que d'une juridiction spirituelle que la loi civile ne peut qu'ignorer en raison de la neutralité totale de l'Etat. Toute autorité religieuse qui fait un acte de juridiction temporelle sur le territoire, outre qu'elle s'expose, le cas échéant, à des poursuites pour usurpation de fonction publique, fait un acte nul et non avenu au point de vue civil. »¹

A ces considérations, il faut ajouter que les ministres du culte israélite sont, en outre, liés par les dispositions du Grand Sanhédrin de 1807, homologuées par décret de l'empereur qui leur a donné le caractère d'un acte de gouvernement. Celles-ci interdisent aux rabbins français de prêter leur ministère à une procédure de divorce si le jugement civil ne leur a pas été présenté en bonne et due forme².

Mais malgré ces principes apparemment clairs, la jurisprudence française a parfaitement erré depuis l'arrêt Levinçon et en est venue même à des solutions contraires aux règles du droit français. Cet état de choses a suscité une âpre critique des positions de la Cour suprême. En ce qui concerne, particulièrement, la confusion que la cour faisait entre les règles de fond soumises à la loi nationale et les règles de procédure qui doivent être de la compétence de la *lex fori*, Bartin écrivait déjà, dans une note, sous l'arrêt Levinçon même: « D'ordinaire, en Droit international privé, il n'y a pas de lien nécessaire entre la détermination de la loi applicable à une situation juridique donnée et la détermination de la juridiction compétente qui est appelée à en connaître. La détermination de la loi applicable n'entraîne pas la détermination de la juridiction compétente; notamment la détermination de la loi applicable n'entraîne pas l'exclusion de telle ou telle juridiction différente de celle que cette loi régit. »

¹ J.-P. Niboyet: *Traité de Droit international privé*, Paris, 1948, p. 432.

² *Vide supra*, p. 104.

Quant à la mise en jeu de la notion d'ordre public, elle aurait dû, selon les auteurs, amener la Cour suprême à substituer la loi française à la loi nationale et à en faire application comme c'est le cas toutes les fois que l'ordre public s'oppose à l'application d'une loi étrangère.

De plus, la position de la jurisprudence française se déclarant incompétente en matière de divorce des étrangers soumis à la loi rabbinique aboutissait à un véritable déni de justice et acculait les Juifs étrangers résidant en France à une impasse puisqu'ils ne pouvaient divorcer ni devant les tribunaux, ni devant le rabbin.

Cet ensemble d'arguments amena la jurisprudence à reconsidérer sa position et un nouveau revirement s'opéra grâce à une décision du Tribunal civil de la Seine, du 24 décembre 1921. Voici les termes de ce très intéressant jugement :

« Attendu que, de même que le principe de la sécularisation du mariage en France s'oppose à ce que la célébration du mariage religieux en France produise aucun effet civil, de même la dissolution purement religieuse du mariage par l'intervention de l'autorité religieuse ne saurait, en aucune façon, se produire en France, même si elle était conforme au statut personnel des étrangers ;

» attendu, dans l'espèce, que la dame B... a fait rompre le lien conjugal par le tribunal rabbinique à Paris, mais que cette rupture n'a pas été considérée comme valable par les autorités judiciaires françaises, qui ont refusé d'en donner la transcription et qui en ont simplement autorisé la mention en marge de l'acte de mariage, à titre de renseignement ; qu'il s'ensuit que si le Tribunal français refusait d'accueillir la demande en divorce formée par la dame B..., par le motif que la loi russe qui régit les conjoints ne connaît et n'admet, en ce qui concerne les mariages entre Israélites, que le divorce prononcé par l'autorité religieuse, à laquelle ils appartiennent, il serait impossible à la dame B... d'obtenir en France, où son mariage a été célébré, le divorce contre son conjoint ; qu'une pareille solution équivaldrait à un véritable déni de justice, alors que, d'une part, les sujets russes bénéficient devant les juridictions françaises de la clause de libre accès, stipulée dans la convention franco-russe du 1^{er} avril 1874, et que, d'autre part, en raison de l'état chaotique actuel de la Russie, qui n'a pas de gouvernement reconnu, les citoyens russes ne sauraient s'adresser aux autorités compétentes de leur pays

pour faire statuer sur leurs demandes dans la forme religieuse prescrite par la loi russe; que, d'ailleurs, la forme religieuse du divorce des Israélites russes n'a pas une telle importance qu'on ne puisse lui substituer nos formes civiles;

» attendu, au surplus, que de ce que la loi nationale des époux subordonne l'obtention du divorce à une procédure différente de la loi française, il ne s'ensuit pas que cette différence soit de nature à entraîner le rejet de la demande;

» attendu, en effet, qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre la détermination de la loi applicable à une situation juridique et la détermination de la juridiction qui est appelée à en connaître; que le conflit des lois et le conflit de juridictions sont essentiellement distincts l'un de l'autre, et que la procédure applicable à une situation juridique se trouve nécessairement déterminée par la *lex fori*, c'est-à-dire par la loi du juge saisi de la demande; que, par suite, si la loi mosaïque, qui est la loi nationale commune des conjoints, admet le divorce, la juridiction française doit se déclarer compétente pour statuer, quand elle est saisie de cette demande par l'un des conjoints; qu'il convient donc seulement de rechercher si la loi nationale des époux admet le divorce, et, en cas d'affirmative, si les griefs de la demanderesse sont des causes de divorce, aux termes de ladite loi;

» attendu, à cet égard, qu'il échet de constater que le Tribunal rabbinique de Paris a déjà prononcé le divorce religieux, ce qui semble établir que les faits allégués par la dame B... constituent bien des causes de divorce, aux termes de la loi mosaïque;

» attendu qu'un des motifs invoqués par la jurisprudence pour déclarer irrecevables les actions en divorce des Israélites russes, c'est que leur statut personnel n'autorise pas un véritable divorce, mais plutôt la répudiation du mari;

» mais attendu que si, à l'origine, la loi mosaïque n'a expressément consacré que la répudiation au profit du mari seul, des coutumes se sont substituées plus tard à cette loi, et la conception de la répudiation a disparu pour faire place à celle du divorce, ainsi que cela résulte de la décision rendue par le Tribunal rabbinique;

» attendu que le Code rabbinique autorise le divorce dans le cas de mauvais traitements, injures graves, immoralité, abandon;

» attendu qu'il résulte des documents de la cause que B... a abandonné sa femme et ses enfants depuis longtemps pour aller vivre avec une maîtresse; que ces agissements, qui constituent des injures

graves et des faits d'immoralité, sont de nature à justifier la demande de la dame B...;

» par ces motifs, prononce *de plano* le divorce entre les époux B... »¹

Pour justifier son entrée en matière, le jugement que nous venons de rapporter reprend les termes mêmes de Martin, dans sa note à l'arrêt Levinçon, concernant la distinction qu'il faut faire entre le conflit de lois et le conflit de juridictions. Mais le véritable motif du revirement est plutôt d'ordre pratique. Le tribunal a voulu éviter de placer les justiciables dans une impasse en les exposant à un « véritable déni de justice ».

Cependant, à partir de cette décision, les tribunaux français ont reconnu, en général, que la qualification française devait l'emporter sur la qualification étrangère. Revenant donc à la qualification française selon laquelle le caractère civil ou religieux du divorce est une question de procédure soumise à la loi du for, ils considèrent que les tribunaux français peuvent prononcer dans les formes françaises le divorce d'étrangers dont la loi personnelle exige une procédure religieuse².

Ainsi on donne aux Israélites étrangers la possibilité de divorcer en France, mais en leur imposant une procédure qui peut ne pas être en accord avec leurs convictions religieuses. Aussi, certaines juridictions ont-elles cherché à concilier les exigences françaises et le respect des convictions des époux en requérant un avis préalable du rabbin³. Ces décisions méritent d'être approuvées dans la mesure où elles sont dominées par la recherche d'une coordination entre les différents systèmes juridiques. Certes, Niboyet leur a reproché de méconnaître à la fois les exigences de la loi française et celles de la loi étrangère. Mais le juge applique-t-il jamais une loi étrangère en respectant intégralement l'esprit, et l'option qui est à la base de tout conflit de lois n'implique-t-elle pas une certaine adaptation des systèmes juridiques les uns aux autres?

¹ *Revue de Dr. int. privé*, 1922-23, p. 431, et Sirey, 1924, II, 9.

² Voir notamment: Trib. Strasbourg, 22 oct. 1930, *Revue critique de Dr. int. pr.*, 1935, p. 752; Trib. Toulouse, 8 juin 1938, *ibid.*, 1939, p. 105; Paris, 9 janv. 1943, Sirey, 1944, II, 29.

³ Voir notamment: Paris, 15 janv. 1925, *Revue critique de Dr. int. pr.*, 1925, p. 358; Tribunal Metz, 20 mai 1931, Sirey, 1934, II, 169, note Audinet; Colmar, 23 mai 1931, Clunet, 1933, p. 97; Niboyet, *Traité de Droit intern. privé français*, t. V, N° 1513, p. 432, note.

En Allemagne, les tribunaux ont également eu à apprécier la validité des divorces des Juifs étrangers prononcés par des rabbins allemands. A plusieurs reprises, le *Reichsgericht* a décidé que ces divorces, jugés par des autorités religieuses, ne sauraient être reconnus valables. Une décision du 16 décembre 1920 déclare, notamment, que lorsqu'un mariage civil a été contracté en Allemagne entre un Israélite de nationalité turque et une femme israélite de nationalité allemande, la femme perd sa nationalité pour acquérir celle de son mari. Les tribunaux ne peuvent donc donner force exécutoire à la décision d'un rabbin allemand qui a prononcé le divorce religieux entre les époux, même si elle a été confirmée par le grand-rabbin de Turquie. Une autre décision, du 21 février 1925, déclare que la juridiction des autorités religieuses étant abolie en Allemagne, le divorce prononcé par un rabbin allemand est nul et non avenu¹.

b) *En droit interne*

Nous venons d'examiner le problème des rapports entre le divorce confessionnel israélite et le divorce civil laïque dans le domaine du droit international privé. Mais si nous nous tournons vers le droit interne de l'Etat laïque, nous pouvons encore constater que le contact entre les deux législations peut faire naître des circonstances qui exigent l'intervention de la justice civile.

En fait, les tribunaux français ont eu à s'occuper du cas où le mari israélite refuse, après le prononcé du divorce civil, de se prêter à la procédure du divorce rabbinique, c'est-à-dire qu'il refuse de libérer sa femme du lien religieux. Cette intervention de la justice laïque dans une affaire religieuse mérite d'être signalée. Car, en principe, le juge civil n'a pas à connaître, en pays à législation laïque, des droits et des devoirs qui peuvent résulter pour les parties de l'observance ou de la non-observance de la loi religieuse à laquelle elles appartiennent. Mais dans la pratique juridique, la situation se présente autrement.

En effet, la ligne de démarcation qui passe entre le religieux et le laïque ne peut, dans l'exercice de la justice, avoir un caractère absolu. Le pouvoir judiciaire, dit-on, ne doit pas s'ingérer dans les matières religieuses. Cela signifie que tout ce qui concerne le culte proprement dit, son exercice, sa liberté, les contestations nées entre

¹ Clunet, 1924, p. 214, et 1925, p. 1055.

fidèles et prêtres au sujet des choses de la religion, échappent volontairement au contrôle du pouvoir judiciaire. Mais cela ne veut pas dire que le pouvoir judiciaire doit ignorer la religion comme phénomène social. Il ne saurait raisonnablement s'effacer lorsqu'il s'agit d'intérêts civils particuliers nés à l'occasion d'une question religieuse ou découlant d'elle.

La jurisprudence française confirme ce point de vue, car elle connaît des exemples typiques où une question religieuse était en cause et où cependant les juges sont intervenus. Ainsi, le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage, après la célébration du mariage civil, a été considéré comme une injure grave donnant lieu au profit de la femme à une action en divorce ¹. La cour a donc bien dû s'ingérer en matière religieuse, car autrement la célébration du mariage à l'église étant en droit inexistante pour elle, elle n'aurait pas dû considérer cette cause comme admissible et la qualifier d'injure grave. Une autre décision a admis le refus de baptiser les enfants comme une injure grave à l'égard de la femme justifiant le prononcé du divorce à son profit. Car le mari « blesse son conjoint dans l'intimité de sa conscience et de sa foi, lui infligeant la plus cruelle des injures » ².

Les matières religieuses ne sont donc pas inexistantes pour les juridictions françaises; elles s'en préoccupent, en tirent des considérations pour qualifier les faits qui en résultent et même pour décider que le refus d'accomplissement d'un rite religieux constitue pour le conjoint la plus cruelle des injures.

Le même point de vue est partagé, d'ailleurs, par la jurisprudence suisse, elle aussi absolument laïque, mais n'ignorant pas des situations où la religion est mêlée au droit. Le refus de la célébration religieuse du mariage, le mépris des convictions religieuses, l'éducation religieuse unilatérale des enfants, la conversion sont, pour ne citer que le droit matrimonial, autant de causes qui provoquent l'altération profonde du lien de mariage et justifient une action en divorce ³.

Dans le domaine qui nous occupe, celui du rapport entre le divorce rabbinique et le droit civil interne, la jurisprudence française a eu à s'occuper d'un problème analogue. Un arrêt de la Cour d'Alger,

¹ Cour de Rouen, 29 avril 1910, Sirey, 1911, II, 37.

² Cassation, 30 févr. 1898, Dalloz, 1899, I, 358.

³ A. Egger: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. II, p. 142.

le premier de l'espèce, se place devant la situation suivante¹ : Un divorce civil a été prononcé entre époux israélites. Or, la femme se plaint qu'après le prononcé du divorce civil, le mari refuse de lui accorder le divorce religieux en la forme rabbinique. Elle prétend qu'elle est privée, de ce fait, de la possibilité de se remarier, étant donné que son second mariage civil serait nul vis-à-vis de la loi religieuse qu'elle entend respecter et, de plus, la constituerait en état d'adultère selon le judaïsme. Le fait de passer outre, éventuellement, à ces empêchements au remariage religieux lui attirerait, au surplus, le blâme de sa famille, de ses amis, la réprobation de ses coreligionnaires et, surtout, les reproches de sa conscience. Tout cela par la faute du mari qui n'agit, en l'occurrence, que par intention malveillante de lui nuire.

Elle soutient que la responsabilité du mari est engagée: Il y aurait faute délictuelle, préjudice subi et relation de cause à effet entre le préjudice subi par elle et la faute commise par le mari. Ces trois éléments de la responsabilité étant réunis, la femme se prétend en droit de demander des dommages-intérêts.

Dans son arrêt, la cour se refuse à contraindre le mari à donner le divorce religieux à sa femme, mais elle admet l'existence d'un préjudice moral pour la femme. C'est pourquoi elle condamne le mari à verser à la femme des dommages-intérêts en ajoutant, dans son arrêt, que la somme fixée serait réduite à un montant inférieur si dans un délai déterminé le mari accorde à sa femme le divorce religieux. La cour use donc indirectement d'une sorte d'astreinte pour rendre justice à la femme lors d'une prétention d'ordre religieux.

Dans un second arrêt de la même cour², la femme demande beaucoup plus. Elle actionne son ex-mari par-devant le tribunal civil pour « entendre ordonner à lui délivrer le « guètt » à peine d'astreinte ». Or, pour rendre recevable une telle demande, on pourrait, sur le plan purement juridique, dire que le mari et la femme qui ont placé leur mariage sous l'empire de la loi religieuse ont entendu se soumettre d'avance aux conditions que cette loi édicte pour la rupture de leur union. Ainsi le mari qui refuserait de faire baptiser ses enfants alors que le mariage civil a été suivi d'une célébration religieuse contreviendrait à une obligation contractuelle tacite. De plus, si son intention de nuire est patente, il engagerait également sa

¹ Alger, 9 avril 1908, Dalloz, 1910, II, 380.

² Alger, 22 oct. 1917, *Revue algérienne*, 1919-20, p. 144.

responsabilité délictuelle. De même pour le mariage religieux, si l'on refuse de s'y prêter après le mariage civil, alors que cela paraissait tacitement admis. Et l'on pourrait raisonner de la même façon pour le divorce rabbinique. Le mari qui refuserait à la femme sa liberté religieuse, et par conséquent sa liberté, puisqu'elle ne peut se remarier sans « guëtt », enfreindrait une obligation contractuelle et sa responsabilité délictuelle serait, en plus, engagée, puisque le mari ne peut plus aujourd'hui prétendre, d'après la loi rabbinique qu'il a acceptée, lors de la célébration religieuse de son mariage, à un droit arbitraire de donner ou de ne pas donner le « guëtt » à sa femme.

L'intérêt d'un pareil raisonnement est évident pour le cas où le mari israélite, agissant de mauvaise foi et souvent dans un but de chantage, refuse de libérer sa femme du lien religieux. L'arrêt de la Cour d'Alger achemine vers cette solution et c'est pourquoi cette jurisprudence est très intéressante. Elle reste, en effet, fondée sur le principe général que le juge civil ne doit pas intervenir dans des questions d'ordre religieux. Il ne saurait, de ce fait, contraindre le mari, lors du prononcé du divorce civil, à délivrer à sa femme l'acte de divorce religieux, car ce serait l'obliger d'accomplir un acte qui n'est prescrit que par la religion et auquel la loi civile doit demeurer étrangère. Mais si la femme peut trouver dans le refus du mari le fondement d'une action en dommages-intérêts pour cause de préjudice moral, il lui est loisible d'en demander la réparation et de forcer ainsi indirectement la main du mari récalcitrant. La cour avait, d'ailleurs, elle-même assorti son jugement d'une condition destinée à faire pression sur le mari.

C'est le même point de vue qui a prévalu dans un cas analogue à propos duquel le Tribunal civil d'Alger émet les attendus suivants ¹:

« attendu que la dame Z... a contracté mariage avec le sieur S... le 26 mars 1936, par-devant l'officier d'état civil d'Alger;

» attendu qu'un mariage « more judaico » a été célébré le même jour;

» attendu qu'à la date du 19 juillet 1938, le tribunal de céans a prononcé le divorce d'entre les époux S... et ce, aux torts exclusifs du mari;

» attendu qu'en suite de ce divorce a été rompu le lien civil qui liait les époux mais qu'ont subsisté les liens du mariage religieux;

¹ *Journal des Tribunaux algériens*, 12 juin 1941.

» attendu qu'au regard de la loi mosaïque, la dame Z... est restée l'épouse du sieur S... et ne peut se remarier que si le mari prononce contre elle la répudiation qui porte, en droit hébraïque, le nom de « guètt »;

» attendu que, désirant recouvrer sa liberté complète, probablement aux fins de remariage, la dame Z... a demandé, d'abord amiablement, puis au moyen d'une sommation extrajudiciaire, à son mari, la répudiation qui la libérerait;

» attendu que S... a répondu... d'une manière qui équivaut à un refus catégorique;

» attendu qu'au vu de cette réponse, la dame Z... réclame à son mari, par-devant le Tribunal civil d'Alger régulièrement saisi, une somme de 100.000 francs représentant la réparation du dommage qu'elle subit par ce refus injustifié;

» attendu qu'il est de principe que l'abus d'un droit quelconque constitue une faute susceptible d'engager, aux termes de l'article 1382, la responsabilité de son auteur;

» attendu que l'abus de droit se caractérise par l'illégalité, l'absence de prudente attention, ou l'intention de nuire, qui a déterminé son bénéficiaire à l'exercer;

» attendu qu'en l'espèce l'abus de droit est nettement caractérisé par l'incontestable intention de nuire de S..., qui, divorcé à ses torts, ne cherche évidemment qu'à empêcher son ex-épouse de se remarier en ne délivrant pas le « guètt », à moins que ce refus ne reflète le désir également nuisible de spéculation, ce que l'on peut supposer à la lecture de sa réponse...

» Attendu que cet abus de droit établi est générateur de dommages-intérêts justement réclamés...

» Recevant comme bien fondée la demande de la dame Z...;

» condamne le sieur S... à payer à cette dernière la somme de 10.000 francs à titre de dommages-intérêts.

» (Tribunal civil d'Alger, 2 juin 1939.) »

Il faut toutefois souligner que le point de vue adopté par la Cour et les Tribunaux d'Alger ne s'est nullement généralisé. La jurisprudence française reste, dans son ensemble, très réservée à l'égard des devoirs et des droits qui découlent des lois religieuses.

Quoi qu'il en soit, le problème du rapport entre le divorce rabbinique en tant que loi religieuse et le divorce laïque est, à notre

sens, plutôt un problème religieux interne au judaïsme. Toutes les complications seraient réduites à néant si les cours rabbiniques pouvaient prononcer le divorce *de plano*, par jugement, ou, pour mieux sauvegarder les formes, se substituer à l'époux récalcitrant, déchu de ses droits religieux, dans l'accomplissement des formalités nécessaires.

Or, la loi rabbinique a traversé une évolution constante au cours des siècles; évolution qui a apporté l'amélioration de l'institution du divorce, en général, et le souci constant de garantir, en particulier, le sort de la femme. A l'heure actuelle, le dernier mot n'est pas encore dit. Avec le rétablissement de la vie étatique juive en Terre d'Israël, où l'application du droit judaïque est redevenue un problème pratique de la vie quotidienne, ce droit est appelé à subir de nouvelles et importantes transformations. Les autorités religieuses israéliennes se préoccupent déjà de la reconstitution de l'ancien Sanhédrin, jadis autorité religieuse et judiciaire suprême, dont la tâche actuelle serait de mettre certaines institutions, juridiques et religieuses à la fois, en accord avec la vie moderne. Nous ne doutons pas que le divorce bénéficiera également de l'activité de ce corps et peut-être verrons-nous l'achèvement de son évolution vers un divorce judiciaire dans l'acception actuelle de cette notion.

Conclusion

Eclairer le juriste de notre temps — et même le profane — sur le droit matrimonial d'un groupe humain à la destinée unique était le but principal de notre étude. Car pour tout esprit ouvert et curieux, ce droit présente un intérêt certain. Nous espérons avoir réussi à donner quelques lumières à ceux qui s'y intéresseront.

Mais au terme de ce modeste travail, quelques idées générales s'imposent. Nous avons indiqué au cours de nos considérations l'évolution qu'a traversée la législation rabbinique depuis le droit exclusif du mari à la répudiation jusqu'à la faculté offerte à la femme d'obtenir le divorce en sa faveur.

Or, le droit absolu de répudiation, d'une part, et l'indissolubilité du mariage, d'autre part, sont « les deux pôles du problème du divorce », tandis que « les variations multiples dans les causes en constituant, en général, l'histoire »¹. Chez le peuple juif, le divorce a également subi l'attraction de ces deux pôles. Mais ce cheminement n'a pas été continu d'un pôle à l'autre. Il n'a pas débuté par une facilité extrême de divorcer pour se terminer par une indissolubilité absolue du mariage, ni suivi une marche inverse. L'on trouve plutôt des courants allant dans l'un ou dans l'autre sens: droit absolu du mari dans la législation deutéronomique et, en même temps, interdiction du divorce chez une partie de la race sacerdotale, la secte des Zadokites². L'indissolubilité du mariage n'a, toutefois, jamais été admise par le judaïsme officiel dont la législation de base demeura la Loi de Moïse qui autorise le divorce.

Les rabbins, à leur tour, tout en blâmant, du point de vue religieux et moral, ceux qui recourent au divorce, ont maintenu l'institution en la perfectionnant, car ils considéraient que « la Loi n'a pas été donnée aux anges du ciel ».

¹ L. Blau: *op. cit.*, p. 72.

² *Ibid.*, p. 59.

Alors que de nombreuses législations modernes possèdent, à côté du divorce, une autre institution, la séparation de corps, le droit rabbinique ignore totalement cette dernière. La raison en est claire. Depuis que saint Augustin a fait triompher (au V^e siècle) la thèse de l'indissolubilité du mariage, le droit canonique a été obligé de créer une institution permettant aux époux de ne plus vivre en commun, lorsque la vie commune est devenue intolérable, source de souffrance ou de scandale. Il a créé la séparation de corps pour reconnaître la rupture de la vie commune, sa doctrine l'empêchant d'admettre la dissolution complète du mariage. La loi juive, par contre, n'avait jamais besoin de la séparation de corps, car aucun principe religieux n'interdisait la rupture du mariage. Il est dès lors normal qu'elle ait préféré le divorce, solution plus naturelle et plus radicale à la fois. D'autre part, le mariage juif a pour but principal la procréation. Il ne serait donc pas conforme à son esprit d'admettre une simple rupture de la vie commune sans dissolution du mariage, puisque les époux séparés de corps sont voués au célibat.

Deux problèmes particuliers se sont posés à nous au cours de notre étude: celui des rapports de la législation rabbinique, en tant que loi civile nationale de certaines personnes, avec les lois laïques des pays où ces personnes se sont rendues; et celui des rapports de la législation rabbinique, en tant que loi religieuse, avec les lois civiles laïques de nos pays occidentaux.

L'examen de ces questions nous a plongés en pleine actualité juridique en mettant à jour certains problèmes douloureux dont la solution attendue nous tient particulièrement à cœur. Si ce travail a pu contribuer, dans la moindre mesure, à leur dénouement, ce sera notre meilleure récompense.

ANNEXE

PROCÉDURE DU DIVORCE

(*Séder ha-guêtt*)¹

1. On ne procédera pas à un divorce la veille du sabbat.

2. On se servira d'un scribe et de deux témoins. Ces derniers devront avoir la capacité légale et n'être parents ni du mari ni de la femme.

Note: Ils ne devront être non plus ni alliés, ni parents du rabbin qui dirige la cérémonie. Déjà du temps du Talmud, tous les divorces se faisaient devant un rabbin.

3. Le scribe ne peut pas servir de témoin.

4. Les honoraires du scribe et du rabbin ne devront pas être plus grands que la valeur du temps passé à la rédaction et à la transmission du « guêtt ».

Note: Cette règle ne s'applique pas aux témoins.

5. Les témoins doivent être certains de l'identité du mari et de la femme, sauf en cas de danger public.

6. S'il y a dans la même ville où l'acte est dressé des époux portant les mêmes noms que ceux qui divorcent, l'acte devra être établi en présence des homonymes.

7. Si le mari est gravement malade, on s'assurera de son état mental pendant que l'acte est dressé et au moment où la remise en est faite à la femme.

8. Si le mari désire assortir le divorce d'une condition, il ne la mentionnera qu'au moment de la remise de l'acte. L'acte lui-même devra toujours être pur et simple.

¹ Caro, Eben Haézer CLIV, 1-101, avec les notes de Moïse Isserlès.

9. Sont incapables d'écrire l'acte: le sourd-muet, l'idiot, l'enfant, l'apostat ou celui qui repousse le judaïsme dans ses pratiques essentielles.

10. Il faut éviter de faire écrire l'acte par le mari lui-même.

11. Le mari n'a pas à prescrire au scribe la manière de dresser l'acte. Ces deux dispositions sont prises afin que le mari ne cherche pas à vicier l'acte pour mettre sa femme dans l'embarras.

12. Autant que faire se peut, le scribe ne doit être parent ni du mari ni de la femme.

13. Le scribe fera abandon au mari du vélin, de l'encre et du chalumeau dont il doit se servir.

14. Le rabbin demandera au mari si c'est bien volontairement qu'il accorde le « guëtt » à sa femme, s'il agit en dehors de violence, d'un vœu ou d'un serment qu'il aurait fait. Il sera délié de son vœu ou de son serment s'il y a lieu.

15. Le mari présentera le parchemin, l'encre et le chalumeau au scribe devant les témoins en lui disant: « Ecris pour moi un acte (« guëtt ») à l'effet de répudier ma femme N..., fille de N..., et dans le but d'une scission. Je t'autorise d'en écrire cent si cela est nécessaire, jusqu'à ce qu'il s'en trouve un qui soit à l'abri de toute critique sur l'écriture et sur les signatures. »

16. « Et vous A... et B... soyez témoins et signez cet acte dans l'intention de répudier ma femme N... fille de N... et dans un but de scission. Je vous autorise à en signer cent, si cela est nécessaire, jusqu'à ce qu'il y en ait un de valable. »

Note: Le mari peut donner ses ordres dans la langue qui lui conviendra.

17. Si le mari fait dresser deux actes, pour le cas, par exemple, où il y aurait quelque doute sur l'orthographe de son nom (Guerson ou Gersom), il devra l'indiquer dans la formule qu'il emploiera vis-à-vis du scribe et des témoins.

18. Le scribe ne devra écrire l'acte, et les témoins le signer, qu'autant qu'ils en auront reçu l'ordre directement de la bouche du mari.

19. Le mari paiera le salaire dû au scribe; l'acte sera néanmoins valable lorsque le paiement sera effectué par la femme.

20. Le mari déclarera aux témoins: « J'annule toute opposition directe ou indirecte que j'ai pu faire contre l'acte que vous allez signer. Que tout ce que j'ai pu dire qui soit de nature à porter atteinte à la validité de cet acte soit annulé. Je déclare en outre et m'oblige à ne rien faire contre cet acte, et je récusé tout témoin qui prétendrait avoir reçu de moi un ordre, ou avoir entendu une parole emportant opposition au divorce. »

21. Les témoins se tiendront près du scribe lorsqu'il écrira le nom du mari, celui de la femme ainsi que la date; ils devront entendre le scribe déclarer qu'il dresse l'acte au nom du mari et de la femme.

22. Si les témoins quittent le scribe un seul instant, ils devront constater que l'acte sur lequel ils apposent leur signature est bien celui qui a été écrit au nom des époux.

23. Il est souhaitable que le mari ne quitte pas le scribe et les témoins avant que l'acte soit dressé, signé et remis, afin qu'il ne fasse pas de déclaration emportant annulation de l'acte.

24. Si le mari se sert d'un mandataire pour faire parvenir l'acte de divorce à sa femme, celui-ci devra être présent quand le scribe écrira le nom des époux et la date, quand le scribe énoncera que l'acte est dressé au nom des époux désignés et quand les témoins signeront en déclarant qu'ils signent à l'intention des époux.

Note: Le mandataire devra également être présent lorsque le mari donnera ses ordres au scribe et aux témoins. On l'avertira qu'il lui sera défendu de se marier avec la femme divorcée. Le rabbin lui recommandera de faire un signe sur l'acte, afin de pouvoir le reconnaître s'il sortait de ses mains avant d'être remis à la femme.

25. Le mari fera connaître au mandataire le but de son mandat. Le rabbin lui recommandera de constater que l'acte est écrit et signé à l'intention des époux, afin qu'ils puissent en rendre témoignage.

Note: La cérémonie va donc commencer par la désignation du mandataire, avant même que le mari donne ses ordres au scribe et aux témoins.

26. Si l'acte est envoyé par un mandataire, il est bon de faire jurer le mari par la Tora qu'il ne fera, dans l'intervalle, aucune opposition contre l'acte, qu'il ne l'annulera ni ne le contremandra.

Note: Si le mari est apostat, on le fera jurer sur sa part dans l'au-delà.

27. Le mandataire et le mandant doivent être majeurs.

28. Le mandataire ne doit être ni sourd-muet, ni aveugle, ni idiot, ni mineur, ni esclave, ni appartenir à une autre religion que celle de Moïse; il ne doit pas non plus être coupable aux yeux de la Loi.

29. Lorsque le mari et la femme habitent la même ville, il vaut mieux ne pas se servir de mandataire.

30. Le mari, obligé de partir sur-le-champ, donnera des ordres au scribe et aux témoins et nommera un mandataire habilité à agir en son nom et à nommer d'autres mandataires s'il venait lui-même à être empêché d'accomplir sa mission.

31. Dans le cas prévu par l'article précédent, le divorce ne pourra pas être soumis à une condition.

32. Si le divorce ne doit avoir son effet qu'à partir d'une époque déterminée, le mari dira à son mandataire de transmettre l'acte et de spécifier que la rupture n'aura lieu qu'à partir du moment fixé.

33. Il n'est pas indispensable que le mandataire soit présent au moment de sa nomination, il suffit que les témoins entendent cette nomination.

Note: Cette tolérance n'est accordée que dans les cas très urgents, quand le mari ne peut personnellement donner le « guëtt » au mandataire.

34. Ceux qui sont incapables de fonctionner comme mandataires ont déjà été énumérés ci-dessus.

35. Le mandataire doit assister au moment où l'on inscrit le nom des époux dans l'acte et à sa signature. Il doit également avoir entendu qu'il est écrit à l'intention des époux.

36. Avant de commencer l'acte, le scribe demandera au mari ses noms, prénoms et surnoms et ceux de son père.

37. Il posera les mêmes questions en ce qui concerne la femme et le père de la femme.

38. Le scribe et les témoins devront se trouver au même endroit.

Note: Certains pensent qu'avant de préparer ce qu'il lui faut pour écrire, le scribe déclarera aux témoins qu'il va dresser un acte au nom des époux en question. C'est l'usage dans nos pays.

39. Le scribe donnera au vélin la dimension que l'acte devra avoir, afin de ne pas être obligé de le couper lorsque l'acte sera terminé.

40. Si le scribe s'est trompé et qu'il soit obligé de recommencer l'acte, il devra d'abord couper ce qui a été écrit.

41. Le vélin sera plus long que large.

Note: Il aura au bas assez de blanc pour qu'on puisse le prendre entre les doigts.

42. L'acte aura treize lignes, la dernière se composera de deux demi-lignes sur lesquelles les témoins signeront, l'un au-dessous de l'autre. (Parce que la valeur numérique des deux lettres hébraïques GT (« guëtt ») est de douze.)

43. Si on se sert de parchemin, d'aucuns pensent que l'acte devra être écrit du côté de la chair.

44. On ne tracera pas les lignes avec du plomb, ni à l'intérieur, mais au verso de l'acte.

Note: On tracera également deux lignes de côté, l'une à droite et l'autre à gauche. On écrira contre les lignes, mais pas sur les lignes mêmes.

45. Certains disent qu'il ne faut pas écrire le « guëtt » avec une plume (d'aile), mais avec un roseau.

46. L'écriture devra être nette.

47. Chaque lettre devra être bien détachée.

48. Les jambages d'une lettre ne devront pas pénétrer dans une autre lettre d'une ligne à l'autre.

49. L'écriture ne devra pas dépasser les lignes marginales de droite et de gauche.

50, 51 et 52. Tout grattage de lettre est interdit.

53. Le libellé de l'acte tel qu'il est prescrit est de rigueur.

54. Si l'acte est à recommencer, le mari, s'il est présent, sera tenu de renouveler ses ordres au scribe et aux témoins.

55. Le scribe, avant d'écrire, prononcera devant les témoins la formule suivante: « J'écris cet acte au nom de N..., fils de N..., dans le but de répudier sa femme S..., fille de S..., et dans leur intention, pour qu'il y ait scission entre eux », puis il écrira.

Note: Le scribe débutera par ces mots: « Ecoutez-moi, vous témoins A..., fils de B..., et C..., fils de D... ».

56. Avant de signer, les témoins s'assureront que l'acte est sec.

57. Ils signeront l'un au-dessous de l'autre.
 Note: Ils doivent d'abord relire l'acte.
58. Ils signeront en présence l'un de l'autre.
59. Chaque témoin dira avant de signer: « Je signe cet acte dans l'intention de N..., fils de N..., pour qu'il divorce, avec cet acte, de sa femme S..., fille de Z..., à leur intention et pour qu'il y ait scission. Il signera immédiatement.
60. La signature commencera à la ligne.
61. L'espace entre la signature et l'écriture de l'acte ne devra pas être de deux lignes.
 Note: L'encre et le roseau dont on se servira devront appartenir au mari.
62. Les témoins devront inscrire leur nom et le nom de leur père, de cette manière: « N... fils de N..., témoin ».
63. La signature sera d'une écriture semblable à celle du corps de l'acte.
64. Le scribe ne signera pas.
65. On laissera sécher les signatures.
66. Le rabbin et les témoins liront l'acte ainsi que les signatures. Le rabbin demandera ensuite au scribe si c'est bien l'acte qu'il a écrit sur l'ordre du mari, en son nom et dans l'intention de divorcer de sa femme S..., fille de Z... Le scribe devra répondre affirmativement. Le rabbin demandera alors à chacun des témoins s'il a entendu l'ordre donné par le mari au scribe.
67. Il continuera: « Reconnais-tu cet acte? »
68. « L'as-tu signé par ordre du mari? »
69. « En son nom et pour le divorce? »
70. « Reconnais-tu ta signature? »
71. « L'as-tu apposée en présence de ton collègue? »
72. « Reconnais-tu sa signature? »
 Note: « As-tu entendu l'ordre de signer que lui a donné le mari? »
73. Les réponses des témoins devront être affirmatives.
74. Le rabbin remettra l'acte au mari en lui demandant de nouveau s'il divorce librement.
75. Le mari protestera de nouveau contre toute opposition.

76. Si le mari quitte la salle où on dresse l'acte, entre sa confection et sa remise, le rabbin lui fera solennellement affirmer qu'il n'a pas annulé l'acte entre temps et qu'il n'a fait aucune déclaration pouvant emporter annulation.

77. Le divorce sera donné devant dix personnes majeures, y compris le scribe, les témoins et le rabbin.

78. Le rabbin engagera les personnes présentes à déclarer s'il y a quelque chose à redire au sujet de l'acte dressé, car dès le moment de sa remise il sera, sous peine d'excommunication, à l'abri de toute critique.

79. Le rabbin invitera l'assistance à prêter attention.

80. Les témoins signataires seront présents.

81. Il ordonnera à la femme d'enlever ses bagues et de joindre les mains sans les incliner.

Note: La femme reste voilée pendant que le rabbin lui adresse la parole. Il lui demandera si elle accepte le divorce volontairement; sa réponse doit être affirmative. Le rabbin s'informerá si les questions de douaire et d'intérêts sont réglées entre les époux.

82. Nul n'aidera la femme à prendre l'acte.

83. Elle ne fermera les mains que quand on le lui dira.

84. Le mari mettra l'acte dans les mains de la femme en disant: « Voici ton acte de divorce (« guëtt »). Par cet acte tu es répudiée de moi et permise à tout autre homme. »

Note: M. Isserlès ajoute après les mots: « Voici ton « guëtt » les paroles suivantes: « accepte ce « guëtt » et après « de moi » celles-ci: « dès maintenant ».

85. Après que le mari a placé l'acte dans sa main, la femme le lèvera en le saisissant de ses deux mains. Ensuite, le rabbin reprendra l'écrit pour en donner lecture une seconde fois et il déclarera anathème quiconque se permettra de douter de sa régularité.

86. Puis il fera à l'acte deux coupures croisées.

87. Le rabbin avertira la femme qu'elle ne pourra se remarier qu'après l'expiration d'un délai de 90 jours.

88. Certains pensent que le « guëtt » ne doit pas être transmis la nuit.

89. Ce n'est que dans les cas urgents qu'il peut être donné la nuit. Il faut le transmettre le même jour qu'il a été écrit, excepté s'il est remis dans une autre ville.

90. Il est interdit au mari de rester seul avec sa femme dans l'intervalle qui s'écoule entre la rédaction de l'acte et sa remise.

91. Si l'acte est remis par un mandataire, il sera délivré à la femme en présence de deux témoins avec la formule suivante: « Voici ton « guëtt » que t'envoie ton mari X..., fils de Y...; par cet acte tu es divorcée de lui et libre de te remarier avec quiconque; ce libelle a été écrit et signé en ma présence. »

92. Si la femme est « naarah » (entre douze ans et douze ans et demi), elle peut être divorcée par la remise du « guëtt » à elle personnellement. Si elle est seulement fiancée, elle peut recevoir l'acte directement ou par l'intermédiaire de son père.

93. Dès que la mineure est mariée, son père n'a plus qualité pour recevoir l'acte à sa place.

94. La fille mineure qui n'est que fiancée ne reçoit l'acte que par l'intermédiaire de son père.

95. Dans aucun cas, la mineure inexpérimentée au point de ne pas distinguer un acte de divorce de tout autre acte ne peut accepter le divorce.

96. Deux formules doivent être employées pour le divorce de la mineure, la formule ordinaire et une autre dans laquelle se trouvent les mots: « ta fille ».

97. Si le « guëtt » doit être transmis à un mandataire, le mari le nommera devant deux témoins. Le rabbin lira l'acte en leur présence; le scribe et les témoins feront leurs déclarations également en présence des témoins et du mandataire, selon ce qui a été dit plus haut (66-73).

98. En donnant ensuite l'acte à son mandataire, le mari prononcera la formule qui lui donne les pouvoirs nécessaires: « Transmets ce « guëtt » à ma femme, partout où tu la trouveras. Que ta main soit comme ma main, ta bouche comme la mienne, ton action comme la mienne. Je t'autorise à nommer un autre mandataire à ta place, même sans contrainte, jusqu'à ce que cet acte soit parvenu en sa main ou en la main de son mandataire et qu'elle soit, à partir de ce moment, divorcée de moi et permise à tout autre homme. »

99. Si le divorce est soumis à une condition, le mari la formulera en remettant l'acte.

100. Si le mari est gravement malade, il peut dire à sa femme: « Voici ton « guëtt », te voici divorcée de moi à partir de ce moment et libre d'épouser quiconque, sous condition que si je ne meurs pas avant tel jour ce ne sera pas un « guëtt », mais si je meurs avant tel jour ce sera un « guëtt ».

101. Les conséquences d'un acte vicié étant très graves, il est recommandé de donner des soins particuliers à la rédaction de l'acte et à sa remise et de ne s'occuper de ces questions que si l'on est versé en la matière.

BIBLIOGRAPHIE

- AMRAM David Werner : *The Jewish Law of Divorce*, Philadelphie, 1896.
- ARMINJON, NOLDE, WOLFF : *Traité du Droit comparé*, Paris, 1950-52.
- BELICHA Maurice : *Le Divorce confessionnel chez les Israélites*, Alger, 1953. (Plaquette.)
- BILLAUER : *Grundzüge des babylonisch-talmudischen Eherechts*, Berlin, 1910.
- BLAU Ludwig : *Die jüdische Ehescheidung und der jüdische Scheidebrief*, Budapest, 1911.
- BUCHHOLZ : *Die Familie in rechtlicher und moralischer Beziehung nach mosaisch-talmudischer Lehre*, Breslau, 1867.
- CAHN Maurice : *Le Divorce dans la Législation talmudique*, Paris, 1901.
- CARO Joseph : *Code rabbinique « Choul'han Arou'h », partie « Eben Haézer »*, traduction française par Sautayra et Charleville, Paris-Alger, 1868.
- CHOURAQUI André : *La Condition juridique de l'Israélite marocain*, Paris, 1950.
- DUSCHAK M. : *Das Mosaisch-Talmudische Eherecht*, Wien, 1864.
- FASSEL H. : *Das Mosaisch-Rabbinische Civilrecht*, Wien, 1852.
- FRANKEL Z. : *Grundlinien des Mosaisch-Talmudischen Eherechts*, Breslau, 1860.
- JORDAN : « Le divorce des israélites russes », *Revue de Droit intern. privé*, 1922/23, p. 373.
- KADOUCHE Lucien : *Divorce juif et Tribunaux civils*, Dijon, 1935.
- LE BRAS G. : *Divorce et Séparation de Corps dans le Monde contemporain, I Europe*, Paris, 1952.
- LÉVY L.-G. : *La Famille dans l'Antiquité israélite*, Paris, 1905.
- LÉVY Renée : *Le Divorce juif et les Conflits de Lais qu'il peut engendrer*, Paris, 1929.
- MESSECA-FARA M. : « Le divorce juif en droit international privé », *Nouvelle Revue de Droit international privé*, 1936, p. 685.
- MICHAELIS J. D. : *Mosaisches Recht*, Frankfurt a. M., 1774.
- MIELZINER M. : *The Jewish Law of Marriage and Divorce*, Cincinnati, 1884.
- MUNK S. : *Palestine*, Paris, 1856.
- NIBOYET J.-P. : *Traité de Droit international privé français*, Paris, 1948, vol. V.
- PLANTOL : *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, 1948.
- SAALSCHUTZ J. L. : *Das Mosaische Recht nebst des vervollständigenden Talmudisch-Rabbinischen Bestimmungen*, Berlin, 1853.
- SEGALL : *Le Droit matrimonial hébraïque d'après le Korah et ses Commentateurs*, Zurich, 1917.
- SELDEN John : *Uxor Ebraïca, seu de Nuptiis et Divortiis veterum Ebreorum*, 1646.
- SOIFER : *La Jurisprudence française sur le Divorce des Etrangers soumis à des Lais confessionnelles*, Paris, 1916.
- Talmud babylonien, traduction allemande de Lazarus GOLDSCHMIDT, t. VI, Berlin, 1929.
- WEILL Emmanuel : *La Femme juive, sa Condition légale d'après la Bible et le Talmud*, Paris, 1907.
- WEILL Julien : *Le Judaïsme*, Paris, 1931.
- WEILL Louis : « Le divorce des israélites russes », *Revue de Droit international privé*, 1908, p. 759, et 1909, p. 140.

PÉRIODIQUES

Revue suisse de Jurisprudence: t. 20, p. 60; 26, p. 6; 38, p. 133; 34, p. 313.

Blätter für Zürcherische Rechtsprechung: t. 18, N° 35; 21, N° 4.

DALLOZ: *Jurisprudence générale*: D. P., 1903, II, 49; D. P., 1905, I, 353; D. P., 1910, II, 380; D. P., 1914, II, 47; D. P., 1922, II, 62; D. H., 1925, p. 105; 1926, p. 401 et p. 336; D. P., 1927, II, 1; 1930, II, 65; D. C., 1944, I, 56.

SIREY: *Recueil général*: 1906, I, 161; 1911, I, 581; 1912, I, 132; 1913, II, 300; 1924, II, 9; 1926, II, 89; 1934, II, 169; 1944, II, 29.

Journal de Droit international privé (CLUNET): 1892, p. 661; 1896, p. 848; 1903, p. 805; 1904, p. 383 et 678; 1905, p. 410; 1912, p. 192 et 205; 1914, p. 177, 179; 1919, p. 1068; 1922, p. 116; 1924, p. 212, 214, 667, 668, 1098; 1925, p. 121, 767, 768, 1055; 1933, p. 97.

Revue de Droit international privé: 1908, p. 759; 1909, p. 140; 1910, p. 837; 1912, p. 368; 1913, p. 424; 1922/23, p. 373, 431, 435; 1939, p. 103; 1949, p. 555.

Revue critique de Droit international privé: 1935, p. 752; 1939, p. 109; 1950, p. 58 et 559.

Nouvelle Revue de Droit international privé: 1936, p. 541, 685 s.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION: Aperçu sur les sources du droit rabbinique	11
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: Le mariage israélite selon les sources biblico-rabbiniques	21
I. Le mariage dans la Bible	21
II. Le mariage dans le judaïsme postbiblique	32
CHAPITRE I: Le divorce selon la législation mosaïque	46
a) Les causes	47
b) Les cas où le mari perd la faculté de répudiation	49
c) Formes de la répudiation	51
d) Effets de la répudiation	52
e) Empêchements résultant de la répudiation	52
f) Répudiation unilatérale ou bilatérale?	53
CHAPITRE II: La législation rabbinique du divorce selon la Mischna et le Talmud	56
a) Evolution de la répudiation mosaïque	56
b) Controverses des écoles talmudiques sur les causes du divorce	60
c) Les dix règles du divorce	63
CHAPITRE III: La législation définitive du divorce rabbinique	68
A. Les causes du divorce	68
I. Cas d'interdiction de divorce	70
II. Causes rendant le divorce obligatoire	71
III. Causes de divorce au profit de la femme	73
IV. Causes de divorce au profit du mari	76
B. Procédure du divorce	80
C. Effets du divorce	89
CHAPITRE IV: L'actualité de la législation rabbinique du divorce	93
A. Au titre de loi civile	93
B. Au point de vue religieux	102
CHAPITRE V: Divorce rabbinique et divorce laïque moderne	106
A. Caractéristiques du divorce rabbinique	106
B. Problèmes que le divorce rabbinique pose dans ses rapports avec les législations laïques modernes	109
a) En droit international privé	109
b) En droit interne	124
CONCLUSION	130
ANNEXE	133
BIBLIOGRAPHIE	142