

Université de Dijon. Faculté
de droit. Divorce juif et
tribunaux civils français,
solutions les plus récentes de
[...]

Kadouch, Lucien. Université de Dijon. Faculté de droit. Divorce juif et tribunaux civils français, solutions les plus récentes de jurisprudence et de doctrine, thèse pour le doctorat présentée... par Kadouch Lucien.... [s.d.].

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

[CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter utilisationcommerciale@bnf.fr.


UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DIVORCE JUIF
ET
TRIBUNAUX CIVILS
FRANÇAIS

Solutions les plus récentes de jurisprudence et de doctrine

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 20 Mars 1935, à 14 heures

par

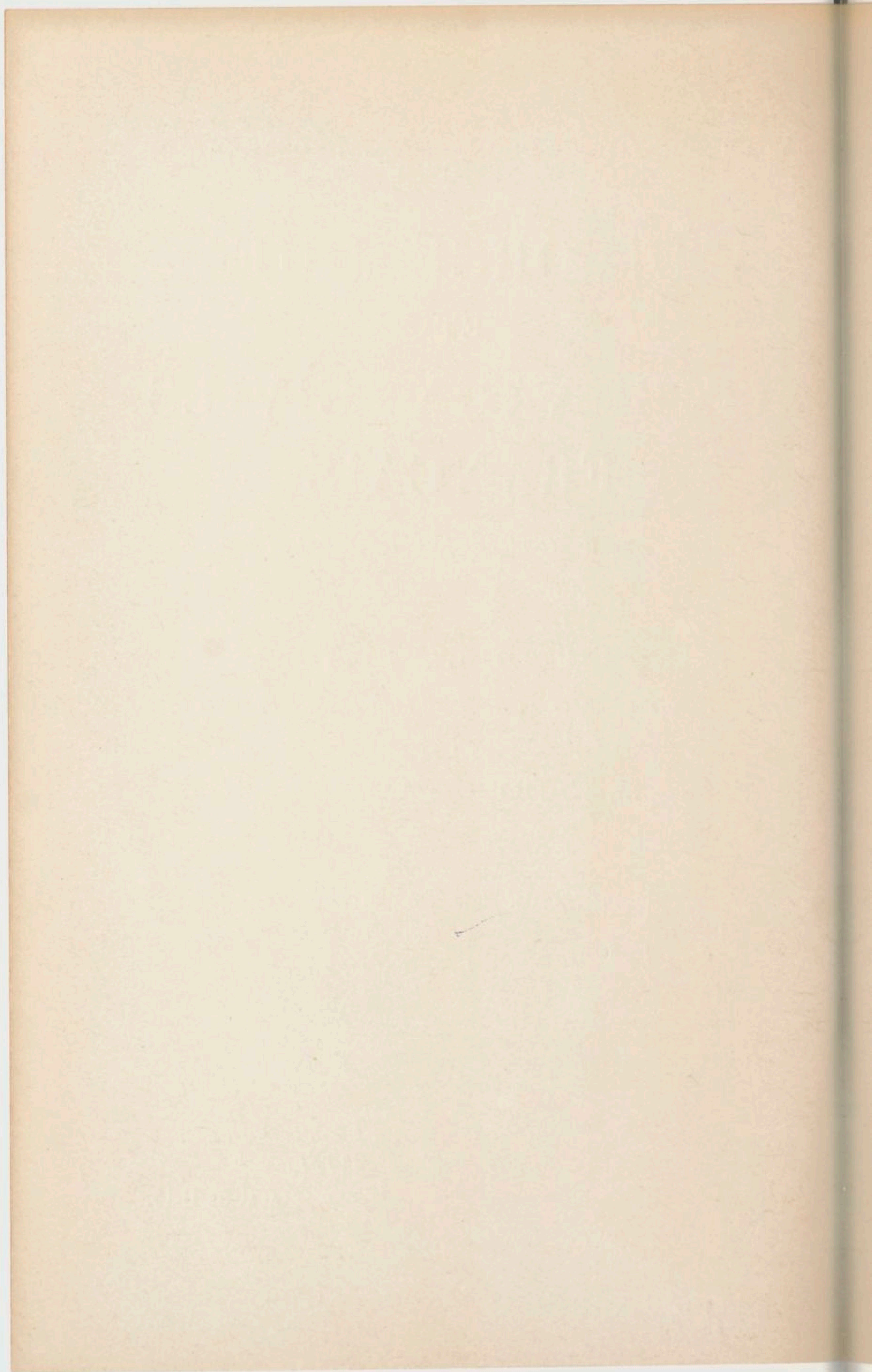
M. KADOUCH LUCIEN

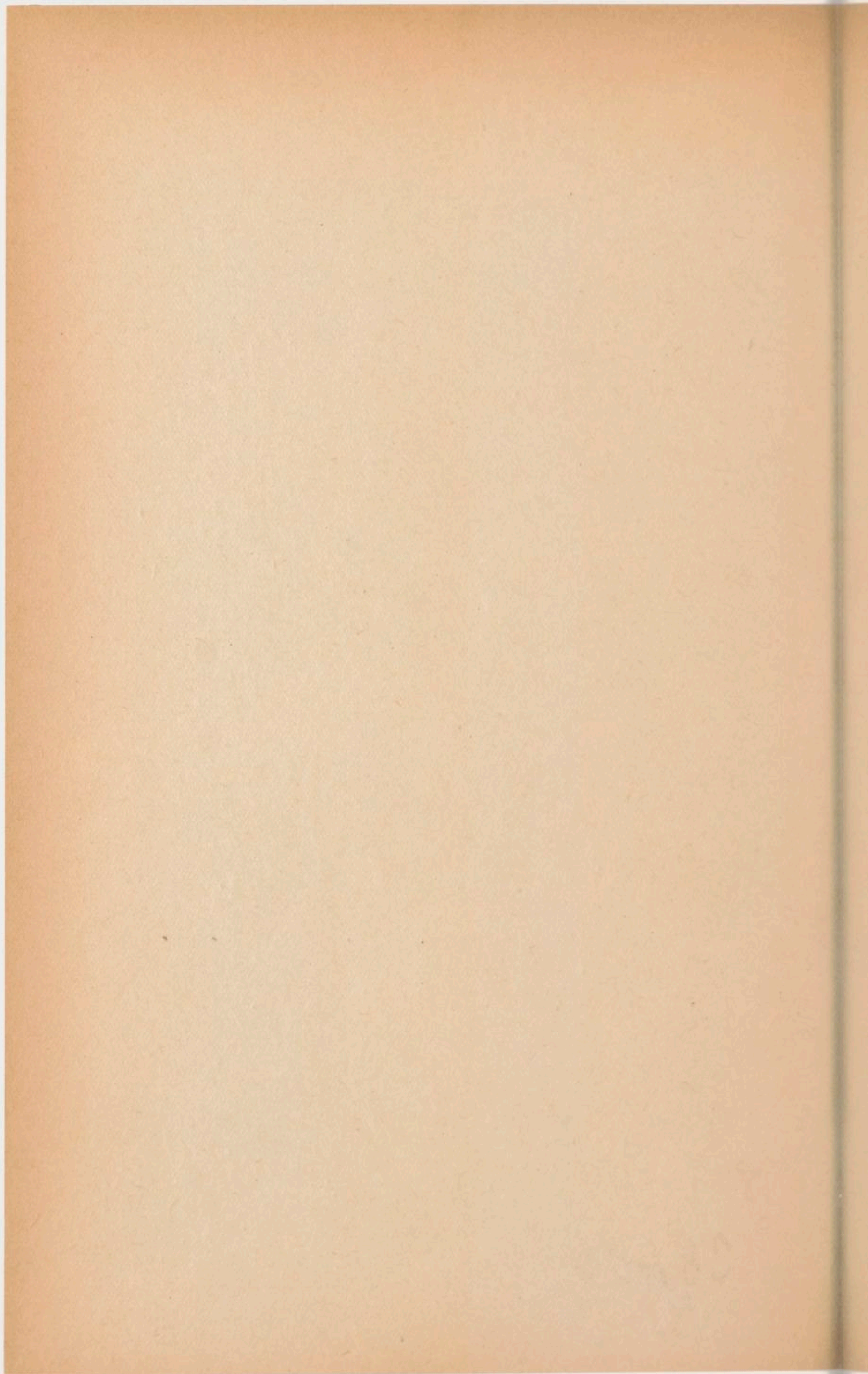
JURY... {
Président : M. MARC DESSERTAUX, Professeur
Suffragants { M. LOUIS-LUCAS, Professeur
M. PAOLI, Agrégé

« Je hais la répudiation,
dit l'Éternel. »

MALACHIE II-13.



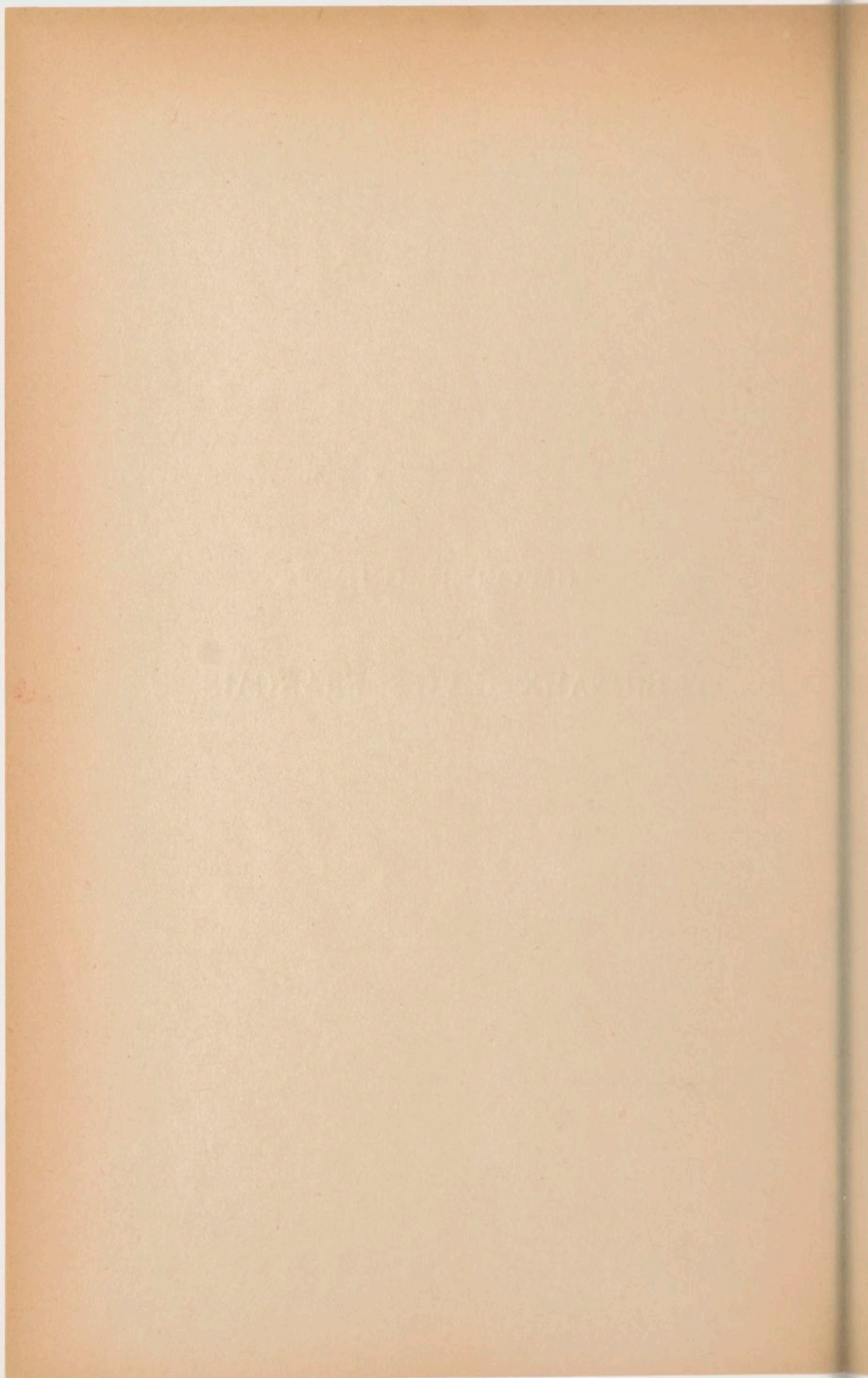




DIVORCE JUIF
ET
TRIBUNAUDX CIVILS FRANÇAIS

80 F

38480



DIVORCE JUIF
ET
TRIBUNAUX CIVILS
FRANÇAIS

Solutions les plus récentes de jurisprudence et de doctrine

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 20 Mars 1935, à 14 heures

pat

M. KADOUCH LUCIEN

JURY... {
Président : M. MARC DESSERTAUX, *Professeur*
Suffragants { M. LOUIS-LUCAS, *Professeur*
M. PAOLI, *Agrégé*

« Je hais la répudiation,
dit l'Éternel. »

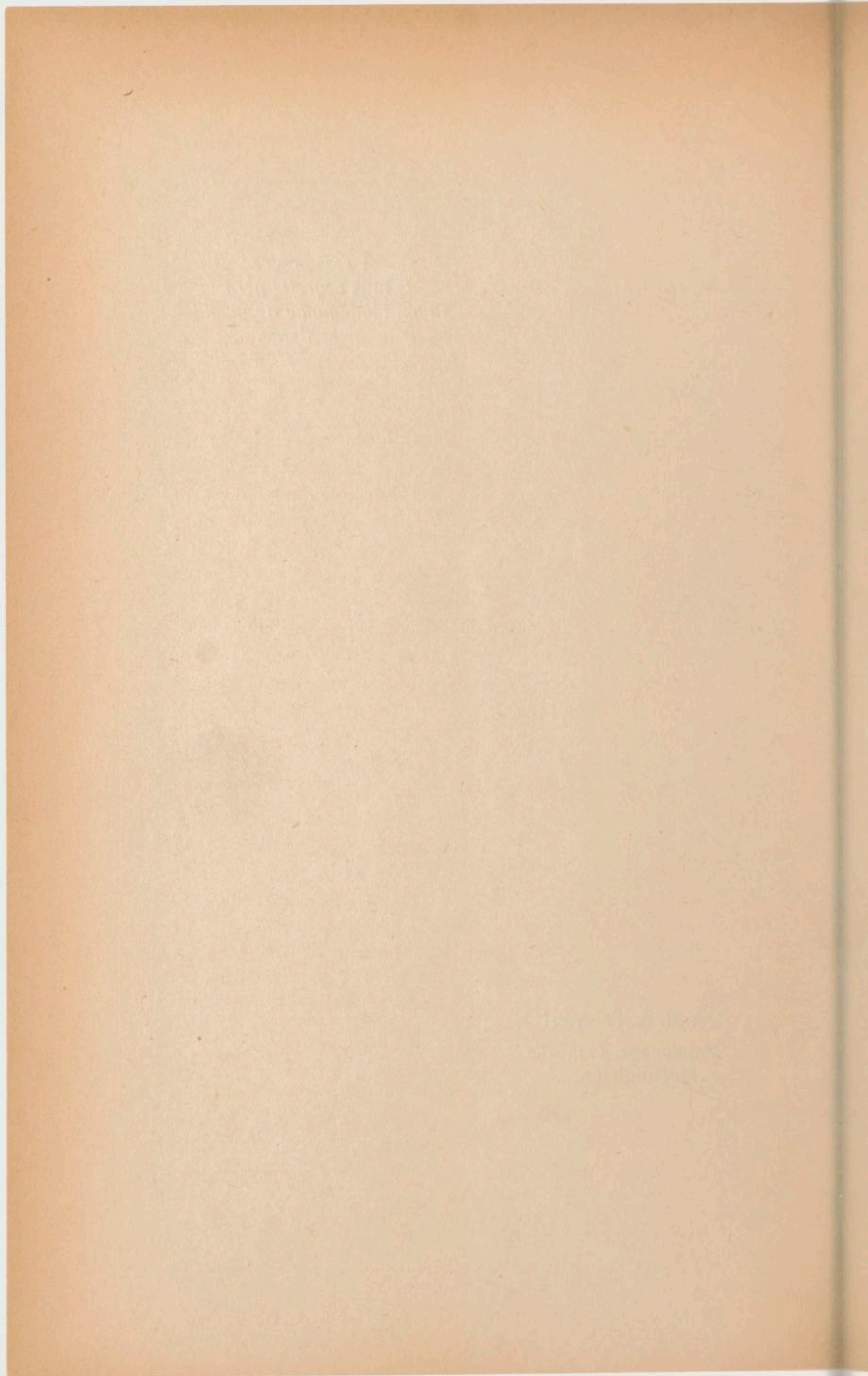
MALACHIE 11-13.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*A la mémoire
de mon regretté père,
faible témoignage de grande
piété filiale.*

K. L.

A M. A. Ferenczi
*témoignage d'amicale
reconnaissance.*



1. — *Définition du Judaïsme. Son importance* (1).

Dans l'inventaire des valeurs spirituelles de l'humanité, il est nécessaire de compter le judaïsme, non seulement pour sa doctrine religieuse, mais encore pour l'influence qu'il a pu exercer sur le développement des idées en général.

C'est qu'il fut la loi d'un peuple, commandant aux actes de vie de millions d'êtres humains, c'est qu'il est encore, dans l'univers, la foi et la direction morale des Israélites.

De plus, il est le tronc, sur lequel ont poussé deux rameaux puissants : le christianisme et l'islamisme.

2. — *Utilité de l'étude du Judaïsme.*

Quand on recherche les origines des institutions qui nous gouvernent, des principes qui dominent notre vie juridique actuelle, il est nécessaire d'interroger à travers le christianisme, le judaïsme. Edouard Lambert a bien noté 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,

(1) Sur le Judaïsme, la bibliographie est tellement importante qu'il faudrait plusieurs volumes pour citer seulement les noms d'auteurs. Au fur et à mesure des développements, nous noterons les ouvrages les plus en rapport avec le sujet de notre travail.

par son intermédiaire, sur le droit séculier de l'Europe médiévale (influence particulièrement visible sur les coutumes anglo-saxones du haut moyen âge), soit surtout sur le droit musulman (organisation de la famille, formes ou conditions de mariage, etc.) ». Viollet, également, souligne « 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, apparentés donc avec les principes ou les usages hébraïques » (2).

3. — *Le Judaïsme dans la vie pratique* (3).

Le Judaïsme, du fait qu'il règle les activités des individus, a réponse à toutes les questions que pose la vie sociale (échange, vente, achat, location, etc., ou encore mariage, divorce, situation des enfants dans la famille, etc.).

Tant qu'il fut la loi souveraine d'un peuple, né dans l'antique terre de Palestine, le Judaïsme pouvait faire pas-

(2) BRISSAUD, *Manuel d'histoire de droit français*, éd. 1904, page 1009 et suiv. et page 645. — VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, N° 30. — E. LAMBERT, *Fonction du droit civil comparé*.

(3) Voir : GRAETZ, *Histoire des Juifs*, trad. Wogue et Bloch, 1817-1891. — G. ARIÉ, *Histoire juive depuis les origines à nos jours*, 1926, 2^e édit. — NARCISSE LEVEN, *Cinquante ans d'histoire* (1860-1910). Tome I^{er}, 1912; Tome II, 1920.

ser, dans le domaine des réalités concrètes, ses conceptions juridiques particulières. Il légiférait en maître, et rendait la justice au nom de la loi de Moïse et d'Israël, la Thora, devenue loi fondamentale. Deux fois par semaine, le lundi et le jeudi, les tribunaux siégeaient dans les villes. Pour interpréter les lois existantes et pour en édicter de nouvelles, il fut constitué un Conseil législatif composé de 70 membres, plus le Président. Ce corps s'appela, plus tard, Sanhédrin et fonctionna jusqu'à la chute de l'Etat judaïque.

4. — *Depuis la dispersion.*

Avec la destruction du temple de Jérusalem en l'an 70, ce fut la grande dispersion d'Israël à travers un grand nombre de territoires, et, avec elle, la soumission plus ou moins entière aux lois et coutumes des nations, au milieu desquelles les israélites allaient vivre.

Tout en entretenant dans le cœur des adeptes de la religion du Sinaï, le culte de la terre sainte, les docteurs de la loi prêchèrent toujours l'obligation de se conformer aux lois du pays où ils se trouvaient. Après le prophète Jérémie, qui avait dit : « Travaillez au salut de la ville où vous êtes établis », Rab Samuel formule la règle importante : « La loi de l'Etat est la loi ».

Désormais, les israélites durent se plier aux exigences des lois de leur pays de séjour, tout en conservant, quand cela n'était pas interdit, leurs usages religieux et ce que l'on appellerait aujourd'hui leur statut personnel, c'est-à-dire leurs lois spéciales quant au mariage, au divorce, par exemple.

L'histoire d'Israël a été une succession d'événements malheureux.

(4) Voir Julien WEILL : *Le Judaïsme*, 1931, et *La Foi d'Israël* (Presses Universitaires).

5. — *Le Judaïsme émancipé en France.*

Quand enfin, sur la terre de France, retentit le cri de libération des peuples opprimés, quand la Révolution Française fit entendre, au monde entier, la charte nouvelle des droits de l'homme et du citoyen, Israël sentit passer, sur lui, le souffle puissant de la liberté.

Grâce à l'abbé Grégoire, qui à l'Assemblée Constituante s'écria : « Ministre d'une religion qui regarde tous les hommes comme frères, j'invoque l'intervention de l'Assemblée en faveur d'un peuple proscrit et malheureux », grâce à Mirabeau, au comte de Clermont-Tonnerre, à Robespierre, Talleyrand et aux grands hommes au cœur généreux, Israël fut relevé de sa situation inférieure et reconnu, par le vote de l'Assemblée Constituante du 27 septembre 1791, membre de la famille française.

Le 13 novembre 1791, Louis XVI promulgua la loi votée par la Constituante et déclarant les Juifs, citoyens français.

Désormais, les israélites étaient des hommes libres, égaux en droits avec les autres Français.

La Constitution de l'An III (août 1795) déclara encore que « nul ne peut être empêché d'exercer le culte qu'il a choisi » et affirma que « nul ne peut être forcé à contribuer aux dépenses d'aucun culte, la République n'en salarie aucun ». Les israélites français devaient donc se soumettre intégralement aux lois en vigueur alors.

6. — *Sous Napoléon I^{er}. Le Sanhédrin de 1807 et après Napoléon I^{er}.*

Avec Napoléon I^{er}, hostile aux Juifs, il fut décidé, grâce à l'intervention de Beugnot, Regnault et du comte de Ségur, qu'une Assemblée de notables juifs serait con-

voquée à Paris, afin de s'assurer que la religion juive n'était pas en désaccord avec la loi civile.

Avec grande pompe, l'Assemblée se réunit le 26 juillet 1806. Douze questions lui furent posées sur : le mariage, la polygamie, le patriotisme, etc.

Le 9 février 1807, Napoléon, qui voyait toujours très grand, assembla à Paris, sur le modèle de l'ancien Conseil législatif de Jérusalem, le grand Sanhédrin, composé de 70 membres — deux tiers de rabbins et un tiers de laïcs — plus le Président.

Le Sanhédrin établit d'abord ce principe que la loi mosaïque contient des dispositions religieuses, qui sont, par leur nature, obligatoires en tous temps et en tous lieux, et des dispositions politiques, qui ne sauraient être appliquées depuis que le peuple d'Israël ne forme plus un corps de nation. On adopta toutes les décisions votées par l'Assemblée des notables : interdiction de la polygamie, antériorité du divorce civil par rapport au divorce religieux et d'autres dispositions.

Un décret de Napoléon du 17 mars 1808 approuva ces décisions et organisa le culte israélite en France.

Il y avait, peut-être, quelque menace pour l'égalité des diverses religions dans la charte de 1814, dont l'article 6 proclamait le catholicisme religion d'Etat. Mais la Monarchie de Juillet, issue de la Révolution de 1830, abrogea cette disposition et mit les traitements des ministres du culte israélite à la charge de l'Etat.

La loi de séparation des Eglises et de l'Etat de 1905 proclama la laïcité de l'Etat.

7. — *Conflits avec la loi civile.*

En France, par suite de l'entrée des israélites dans la société, le Judaïsme devait irrémédiablement se trouver aux prises avec de graves problèmes. Il lui fallait mettre

en harmonie les commandements de l'antique loi d'Israël et les obligations nouvelles, nées de l'émancipation. Désormais le Droit civil et pénal juif n'aurait plus à s'appliquer en France. La vie proprement juive se réduisait aux questions confessionnelles, philosophiques, et à la direction des consciences (6).

Mais on ne peut empêcher les conflits de naître entre les devoirs religieux et les devoirs civils d'un citoyen de quelque confession qu'il soit. Par exemple, la loi civile admet le divorce, le catholicisme ne l'admet pas; le repos hebdomadaire est le dimanche (7) d'après *la loi civile*, c'est le samedi d'après le Judaïsme; le mariage civil est seul valable devant la loi civile, la conscience religieuse d'un catholique, d'un israélite, d'un croyant affirme que le mariage ne deviendra réellement complet que par la bénédiction religieuse. Le divorce civil, pour l'israélite, ne sera pas suffisant pour dissoudre le mariage, il faudrait, en plus, le divorce religieux.

L'exemple du divorce religieux est, hélas! d'une actualité douloureuse. Avec le caractère particulier d'être une répudiation unilatérale du mari, il fait peser sur la femme et les enfants des conséquences graves, en ce qu'il peut provoquer un conflit entre la loi civile et la loi religieuse, comme nous le verrons.

8. — *Position du problème.*

La question est la suivante : deux époux sont divorcés civilement. Ils sont israélites. Leur mariage a été béni selon les prescriptions de la religion. Le mari peut-il refuser le divorce religieux, non pas parce qu'il tient cette prérogative du Droit juif, et nous insistons sur ce point,

(6) Julien WEILL : *Le Judaïsme*, op. cit., p. 133.

(7) C'est du moins le principe posé sous le bénéfice de quelques exceptions et réserves, par la loi du 13-14 juillet 1906, art. 2.

mais simplement parce que les autorités religieuses ne possèdent plus, comme autrefois, de moyens de coercition?

Le refus du mari entraîne des conséquences très graves pour la femme : l'épouse divorcée civilement, mais non pourvue du divorce religieux, ne peut plus se remarier religieusement.

Ainsi l'impossibilité pour la femme d'obtenir le divorce religieux, et ceci par l'unique faute du mari, fait que la femme pieuse devra rester solitaire, alors même qu'elle trouverait à se remarier, à se refaire une existence meilleure pour elle et peut-être pour ses enfants, si elle en a.

9. — *Objet de cette étude.*

L'objet principal de ce modeste travail est d'examiner une des solutions qu'on a cru trouver, non pas pour remédier au divorce, mais pour en atténuer les graves inconvénients, particulièrement pour la femme qui, divorcée civilement, dépend encore de son ex-mari quant à la possibilité de se créer un nouveau foyer.

Nous tâcherons de montrer, en nous appuyant sur la jurisprudence des tribunaux français, comment la femme peut obtenir, des tribunaux, le moyen de contraindre son ex-époux à lui accorder le divorce juif, ou « gueth ».

Il est vrai, comme nous l'examinerons, qu'on a élevé contre cette solution de nombreuses objections, mais notre rôle est, non pas de proposer une solution complète de la question, ce que nous aurions certes souhaité, mais d'étudier le moyen de vaincre la résistance du mari, grâce au recours ouvert devant les tribunaux civils, et aboutissant sûrement, actuellement du moins, à une condamnation du mari à des dommages-intérêts. C'est déjà un résultat appréciable, si l'on pense que souvent la crainte d'un pro-

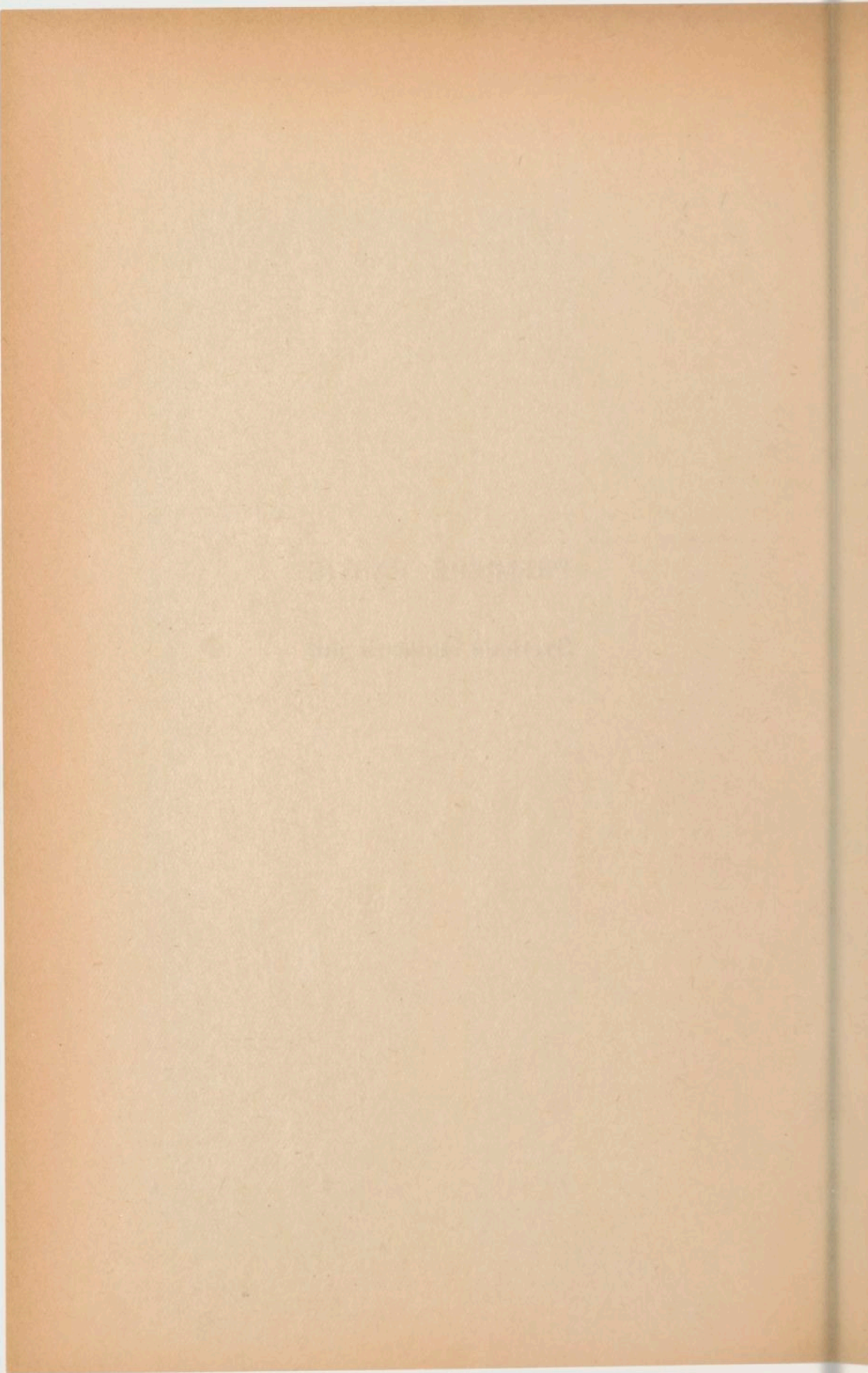
cès, perdu d'avance pour l'époux, influera sur sa volonté et le décidera à donner à sa femme le divorce religieux.

Nous tenons à préciser que cette solution « vaut ce qu'elle vaut », c'est-à-dire qu'en l'état actuel des choses, et en l'absence de solutions admises universellement et à l'intérieur du Judaïsme, solutions proposées, mais non encore adoptées pour des raisons diverses, le Judaïsme a, en France, cette arme juridique : le recours devant les tribunaux.

C'est ce recours devant les tribunaux civils français que nous étudierons tout spécialement, en l'examinant, d'une part, quant à sa recevabilité et, d'autre part, quant à la valeur de ce divorce juif ainsi obtenu, du point de vue du Judaïsme.

PREMIÈRE PARTIE

Système législatif juif



CHAPITRE PREMIER

SOURCES DU DROIT JUIF

10. — *Définition du Droit juif.*

Le Droit juif, c'est l'ensemble des règles juridiques, énoncées dans la Bible, ou formulées par les rabbins, et qui régissent les israélites.

11. — *Son actualité.*

A la différence du droit de certains peuples, par exemple les Romains, le Droit juif, tout en étant un droit ancien, est encore un droit moderne et actuellement vivant : il s'applique intégralement aux israélites, en Palestine, comme droit positif, et il régit dans beaucoup de pays, aux yeux de la loi civile locale, le statut personnel des israélites (par exemple en Bulgarie, Autriche, Pologne, Tunisie, Maroc).

Les israélites français sont régis évidemment par le Droit français.

12. — *Caractère de la législation juive : absence de constructions synthétiques.*

M. G. Boissonade (1) a écrit que la législation talmudique était imprégnée « d'un esprit général d'équité que les talmudistes avaient puisé dans les livres saints, et une

(1) RABRINOWICZ, *Législ. civ. du Talmud*, 1873, 1^{re} partie. Ketouboth, p. 117.

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 pas tendu à la généralisation, à la synthèse, à l'établissement de principes dirigeants. C'est un peu de cette façon que procédaient les jurisconsultes romains, dans leurs *Responsa*, *Disputationes*, *Quætionones*; mais les principes généraux y dominaient toujours, et l'on a pu facilement extraire de leurs ouvrages les *Regulæ 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 quelque peine à trouver un corps de droit civil dans les livres mosaïques.

« Ne soyons pas cependant 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 prêteurs 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 Droit juif s'est trouvé dépourvu de toute contrainte matérielle, dès une époque ancienne et presque dès le temps où ses règles se sont définitivement fixées et précisées (exil de Babylone, dispersion).

13. — *Division des sources du Droit juif.*

On peut diviser les sources du Droit juif en trois grandes classes :

1° La Bible;

- 2° Le Talmud;
- 3° Les Codes juifs.

14. — *La Bible : définition et division.*

La Bible est, pour l'israélite croyant, le livre par excellence, le livre saint, le livre révélé, qui contient la loi donnée par Dieu aux israélites et qui doit commander chaque acte de la vie et le sanctifier.

La Bible juive est le livre qu'une terminologie usuelle, inspirée du christianisme, appelle l'ancien Testament, par opposition aux Evangiles ou nouveau Testament.

Cette Bible juive se divise en trois grandes parties : 1° le Pentateuque; 2° les Prophètes; 3° les Hagiographes, ou écrits saints.

15. — *Le Pentateuque, la Thora : droit et croyance.*

Ce sont les cinq livres de Moïse : *la Genèse, l'Exode, le Lévitique, les Nombres et le Deutéronome.*

C'est la loi de Moïse, en hébreu : « la Thora », c'est-à-dire la loi, loi que Dieu a donnée aux israélites par l'intermédiaire de Moïse.

C'est évidemment la loi religieuse qui y est, tout d'abord, énoncée, mais, comme l'ont démontré beaucoup d'auteurs (2), cette Bible va façonner le peuple d'Israël, de telle sorte qu'il deviendra, dans le monde, le champion de l'idée religieuse, et toute sa vie se trouvera baignée d'une ambiance de sainteté. Israël, en effet, ne souffrira et ne vivra que pour sa religion. Rien d'étonnant alors à

(2) J. WEILL, *op. cit.* — I. ABRAHMS : *Valeur permanente du Judaïsme.* — G. BENHAMOZEG : *Israël et l'humanité.* — E. FLEG : *Anthologie juive des origines à nos jours*, 1924; *Anthologie juive des origines au Moyen âge.*

ce qu'il puise dans la Bible, les principes qui commanderont sa conduite, aussi bien au point de vue moral et religieux qu'au point de vue juridique.

Les éléments de droit et de croyance se trouveront intimement mêlés (3).

Moïse rendra la justice au nom de la divinité. C'est par ces mots : « Je suis l'Eternel ton Dieu » que débute le Décalogue ou dix commandements, document primordial, qui est passé dans l'Eglise chrétienne, et qui est le premier énoncé méthodique de lois civiles.

C'est de ce décalogue que les commentateurs de la Bible déduiront les principales lois civiles et pénales. *Exode*, ch. 20 (4).

Nous trouverons dans les différents livres de cette loi de Moïse, dans la Thora, éparses, les règles du Droit juif. Par exemple :

Dans le *Lévitique* : les empêchements au mariage (ch. 18-19); la peine capitale (ch. 20).

Dans *les Nombres* : l'adultère, et l'épreuve des eaux amères, les bases du régime successoral (ch. 27), le principe de la conservation des biens dans la famille (ch. 36, v. 6), les meurtres (ch. 35).

Le Deutéronome, ou répétition de la loi, est le dernier et cinquième livre du Pentateuque.

C'est la partie la plus importante pour les sources du Droit juif.

On y retrouve :

le décalogue;

puis les lois sur l'esclavage;

sur le témoignage (ch. 19, v. 15);

le droit d'aînesse;

le Lévirat (5) (institution spéciale au Droit juif et

(3) Par exemple dans le *Deut.* IV, v. 8. La Bible parle de lois civiles et commandements religieux ensemble (HOK et MISHPAT).

(4) Cf. traduct. du Rabbinate français : pp. 90, 145, 203, 215.

(5) Levirat, voir *infra*.

qui consiste dans l'obligation imposée à un beau-frère d'épouser la veuve de son frère, qui est mort sans laisser d'enfants);
et encore d'autres lois.

16. — *Importance de la Thora.*

Nous nous excusons d'insister particulièrement sur cette partie de la doctrine juive, la Thora ou cinq livres de Moïse; mais c'est dans cette « Thora » que les Rabbins, les Commentateurs de la loi, rechercheront le « jus », le droit, et même s'il arrivait que des réformes fussent faites, c'est toujours en invoquant cette loi de Moïse, qu'on osera les proposer et les justifier.

En effet, la Thora est la loi écrite.

Sans entrer dans les détails de son élaboration, et laissant nettement de côté les hypothèses souvent fragiles et surtout très osées de la critique biblique, on peut considérer qu'elle remonte à une époque très ancienne.

Pour l'israélite traditionaliste, elle remonterait à Moïse et aurait été écrite par Dieu lui-même sur les fameuses tables de la Loi.

Les israélites comptent, en 1935, 5.695 années depuis la création du monde, et le Canon biblique, c'est-à-dire la liste des livres sacrés composant l'ancien Testament, aurait été définitivement arrêté avant l'époque d'Ezra, environ vers le v^e siècle avant l'ère actuelle.

17. — *La loi orale; son application.*

Mais, à côté de cette loi écrite et toujours considérée d'essence divine, il existe une autre loi, la complétant, la vivifiant, lui donnant, dans la pratique courante, le mou-

vement et la forme d'adaptation aux exigences de la vie, c'est la loi orale.

La loi orale est transmise de père en fils, de génération en génération, et n'a jamais entièrement été codifiée.

Cette loi orale, nous la trouverons dans l'enseignement des commentateurs de la Bible, des savants versés dans les écritures saintes, des Rabbins de la Michna et Guemara ou Talmud, en un mot dans la Tradition.

Cette loi orale est le complément de la loi écrite et à ce titre est également une source de Droit juif.

La Tradition juive considère d'ailleurs que la loi orale, tout en complétant la loi écrite, en dérive, ne faisant que développer ce qui est implicitement contenu dans cette loi écrite.

Prenons par exemple le mariage. Pour légitimer cette institution, on fera appel à un texte de la loi écrite, le verset 24, ch. II, de la Genèse : « C'est pourquoi l'homme abandonne son père et sa mère; il s'unit à sa femme, et ils deviennent une seule chair ».

Mais pour les détails on se reportera à la loi orale, que l'on trouvera en partie dans les commentateurs de la Bible, le Talmud et les Codes juifs.

Nous passerons rapidement sur les deux autres parties de l'ancien Testament : les Prophètes et les Hagiographes, qui ont un but plutôt moralisateur et homilétique.

18. — *Les Prophètes et Hagiographes* (6).

Les Prophètes, comme l'ont démontré James Darmesteter, Salomon Reinach, qui ont su dégager l'esprit de leurs enseignements, peuvent être invoqués comme source de Droit international public.

(6) J. WEILL : *Foi d'Israël*, p. 16. — DARMESTETER : *les prophètes d'Israël*, 1895. — S. REINACH, dans *Rev. des Etudes juives*. — E. RENAN : *Judaïsme et christianisme*, discours prononcé à la *Rev. des Etudes juives*. Cf. annuaire 1883.

Pour le Droit civil, on puise dans leurs discours de précieux enseignements, par exemple pour le divorce (Malachie).

On distingue les grands et les petits prophètes.

Quant aux Hagiographes ou écrits saints, ce sont les Psaumes, les Proverbes, le livre de Daniel, etc.

Dans cette troisième partie de l'ancien Testament, surtout dans les psaumes et les proverbes de Salomon, nous trouverons des idées de justice, d'équité, de morale, mais ce sera toujours le développement de la loi de Moïse.

19. — *Le Mosaïsme.*

En un mot, tradition écrite ou tradition orale, prophètes ou hagiographes, c'est toujours le Mosaïsme qui sera la source première du Droit juif.

Moïse est considéré comme le grand législateur du passé et aussi de l'avenir, par la pérennité de la loi qu'il a transmise à Israël et qui est encore observée aujourd'hui dans de nombreux pays par les israélites.

Voyons à présent la deuxième grande source du Droit juif : le Talmud.

Pour comprendre ce qui va suivre il est nécessaire de se remémorer l'histoire du peuple juif.

En voici un exposé très succinct :

20. — *Histoire du peuple juif.*

Après sa sortie de l'Égypte, ce peuple est conduit par Moïse jusqu'au pays de Canaan et, avec Josué, fait la conquête de la Palestine vers l'an 975 avant l'ère actuelle.

Il s'y installe, devient une nation, gouvernée par une royauté, et vers l'an 586, toujours avant l'ère chrétienne, le roi de Chaldée, Nabuchodonosor, prit Jérusalem et détrui-

sit le Temple; mais, malgré un départ pour la Babylonie, beaucoup de Juifs restèrent en Palestine (7).

Ce n'est que vers l'an 70 après l'ère actuelle, que la grande dispersion d'Israël eut lieu, et le second Temple, construit grâce à l'édit de Cyrus, fut détruit par Titus.

Mais bien avant cette date de 70, marquée d'un trait noir dans les annales juives, de nombreuses colonies de Judéens s'installèrent en Egypte, en Perse, en Babylonie et un peu partout.

Après la destruction de Jérusalem, on aurait pu croire que le judaïsme serait anéanti. Le temple, centre de la vie religieuse, n'existait plus. La nation juive était détruite.

Le salut lui vint de Yohanan ben Zaccaï, docteur de la loi, qui enseignait à Jérusalem dans une école et jouissait d'une grande autorité.

Il comprit que le sort du judaïsme n'était pas lié à celui du sanctuaire, et avant même que Jérusalem fût tombée, il résolut de transférer le centre des études hors la capitale de la Judée. Il s'établit à Yabné, près de Jaffa, devint le chef de cette académie.

21. — *Formation du Talmud.*

Nous assistons alors à la création d'écoles ou d'académies, comme on les appelait.

L'enseignement qu'on y donnera sera toujours l'explication de la loi de Moïse.

Ce sera un enseignement oral, expliqué par des maîtres éminents. Rabba, par exemple, vers le iv^e siècle de l'ère vulgaire, fera ses cours devant un nombre d'élèves relativement important : 1.200 étudiants.

On distingue parmi ces docteurs, qui vont commenter la loi de Moïse :

(7) Cf. GRAETZ, *op. cit.* et ARYÉ, *op. cit.*

d'une part les *Tanaïms*, mot qui veut dire « ceux qui enseignent ». Leur rôle était simplement d'expliquer ce que la Bible ordonne. Ils vécurent du 1^{er} au 11^e siècle, jusqu'à la rédaction de la Michna. Ils se divisent en quatre générations :

1^o 90. Yohanan ben Zaccaï et Rabban Gamliel II de Yabné;

2^o 130. Les disciples de Yohanan ben Zaccaï : R. Eliezer ben Horkenos, Yehochoua ben Hanamia, R. Akiba, R. Ismaël;

3^o 130-160. Les disciples de R. Akiba : R. Meïr, R. Yehouda ben Haï, R. Yossé ben Halaphta;

4^o Fin et commencement du 11^e siècle : Rabbi Yehouda Hanassi;

d'autre part, les *Amoraïms*, mot qui veut dire « les Interprètes », car ils interpréteront l'enseignement des premiers, des Tanaïms, et vécurent de 210 à 500.

On les divise en deux classes :

A. *Les Palestiniens* :

219-279. R. Yohanan, R. Siméon ben Lakisch.

279-320. Les disciples de R. Yohanan : Rab Ami et Rab Assi.

320-359. Les rédacteurs du Talmud de Jérusalem : R. Yirmeïa, R. Yona, R. Yossé bar Zebdaï.

B. *Les Babyloniens*, qui enseignèrent dans trois écoles à Néhardéa, Sora et Pumbedita.

219-257. Rab, fondateur de Sora; Schemouel, fondateur de Néhardéa.

257-320. Rab Houna, disciple de Rab et Schemouel; Rab Yehouda ben Yeheskiel (Pumbedita).

320-375. Rabbah bar Nachméni; R. Yossef ben Ilai; Abbaïé (neveu de Rabbah); Rabba ben Yossef bar Hana de Mahouza; Rab Papa (Ecole de Naresch).

375-437. Rab Aschi, Mar Zoutra.

427-468. Mar ben Rab Aschi.

466-500. Rabbi Gamliel II ben Hanania; Rab Yossef.

Et enfin les *Saboraïms*, ceux qui examinent le « pour et le contre ». Ce sont ces derniers qui donnèrent la forme au Talmud, tel qu'il nous a été conservé jusqu'à nos jours. Ils enseignèrent jusque vers 499 environ.

Mais qu'est-ce donc que ce Talmud, auquel vont travailler tant d'auteurs?

22. — *Définition du Talmud et division* (8).

Le Talmud, c'est, pourrait-on dire, une encyclopédie mais sans classification alphabétique.

Pour avoir une vague idée de ce qu'est cette vaste compilation, il suffirait de se représenter des grands recueils de jurisprudence (Sirey ou Dalloz par exemple) avec, d'une part, les textes du Code et au-dessous de chaque article les opinions de la doctrine sur ces articles (il faut entendre par là, non pas les références ou les énoncés de ces doctrines, mais les discussions sténographiées des auteurs de ces opinions) et on aurait le Talmud. Les articles du Code et le bref exposé des principes formulés par les auteurs seraient la Michna, la discussion des opinions serait la Guemara, et l'ensemble formerait le Talmud.

Le Talmud est donc la Michna plus la Guemara.

Il existe deux talmud, le talmud de Jérusalem (9), clos dans les écoles de Palestine, moins brillant que l'autre, le talmud de Babylone (10), riche en documents et en discussions, œuvre des Amoraïms et des Saboraïms, et clos vers l'an 499-500; c'est ce talmud qui est devenu le talmud officiel.

(8) Les travaux parus sur le talmud sont fort nombreux. Voir GRAETZ, ARYÉ, J. WEILL, IS. ABRAHMS, A. DARMESTETER : *le Talmud* dans *Actes de la Société des Etudes Juives*, t. III, etc...

(9) Voir Moïse SCHWAB : *le talmud de Jérusalem*, trad. fr. en 11 vol.

(10) Voir traduction française de RABBINOVICZ.

23. — *La Michna : définition, caractère.*

La *Michna* est l'œuvre d'un Rabbín appelé Rabbi Juda Hakadosch, ou le Saint, et qui vivait vers l'an 135 à 210 de l'ère actuelle.

C'est une première codification des lois juives (sur le mariage, le divorce, le droit pénal), c'est la mise par écrit de l'enseignement des Rabbins qui vécurent dans les deux premiers siècles de l'ère actuelle, les Tanaïms.

Le trait distinctif de la *Michna* est de présenter toutes les prescriptions, aussi bien celles qui sont inscrites dans le Pentateuque que celles qui en ont été déduites par les docteurs comme des ordonnances également obligatoires et au-dessus de toute attaque.

La *Michna* devint, à côté de la Bible, la source principale qui alimentera l'enseignement des écoles juives, postérieurement au II^e siècle de l'ère actuelle.

24. — *La Guemara.*

La *Guemara* est la deuxième partie du talmud. Elle comprend les discussions des Rabbins sur les textes de la *Michna*, et les conclusions de ces savants sur différents points de doctrine religieuse et de Droit juif.

Avant de quitter le talmud, il faut dire quelques mots de l'activité des commentateurs de la Bible et du talmud après le VI^e siècle.

De Babylonie, le flambeau de la science juive fut transporté en Espagne, puis en France et plus tard en Allemagne, sur les bords du Rhin.

Des écoles s'ouvrirent dans ces différents pays et, à l'exemple des Académies babyloniennes, on se mit à étudier la loi de Moïse et surtout le Talmud.

25. — *Raschi* (11).

Le plus grand commentateur est, sans contredit, le Français Raschi qu'on a surnommé le Descartes de la pensée juive, né à Troyes en 1040.

Il sut mettre de la clarté, de la précision et de la méthode dans l'interprétation du Talmud.

26. — *R. Gerson : Polygamie et divorce.*

En Allemagne on peut citer R. Gerson (Guerschome ben Yehouda), mort vers 1028, appelé « la lumière de l'exil », qui commenta le Talmud et fit des ordonnances; entre autres, il défendit la polygamie et décréta que, pour le divorce, le consentement de la femme était nécessaire aussi bien que celui du mari.

Pour en terminer avec les sources du Droit juif, à côté de la Bible et du Talmud, il faut voir : les Codes juifs.

27. — *Troisième source : les Codes et Lois postérieures. Maïmonide.*

Il appartenait à un grand philosophe, rabbin et médecin, Moïse ben Maïmon, ou Maïmonide, né à Cordoue en 1135 et mort vers 1204 en Egypte, à Fostat, de faire un travail de classification ordonné de toutes les lois juives éparses dans la Bible et le Talmud.

De ce chaos, a dit un historien, Maïmonide a fait un tout organique, hiérarchisé et clair.

(11) Raschi est le nom obtenu par les initiales de *Rab Schelomo Itshaki*. Cf. *Gallia Judaïca* : GROSS, p. 225. — Il fit école avec ses deux gendres, R. Yehouda ben Natan (Riban) et R. Meïr ben Chemouel et ses quatre fils : Yitshac (Ribam), Yaakob (R. Tam) et Schelomi.

Ce Code a été fait vers l'an 1180 et s'appelait « Michné Thora » ou répétition de la loi.

28. — *Joseph Caro.*

Mais c'est vers 1550 que le Code du Judaïsme universel va faire son apparition avec Joseph Caro, né vers 1488 en Espagne et mort en 1575.

Cet homme, d'une grande érudition, passa trente-deux années (1522-1554) de sa vie à ce travail gigantesque de codification et de coordination.

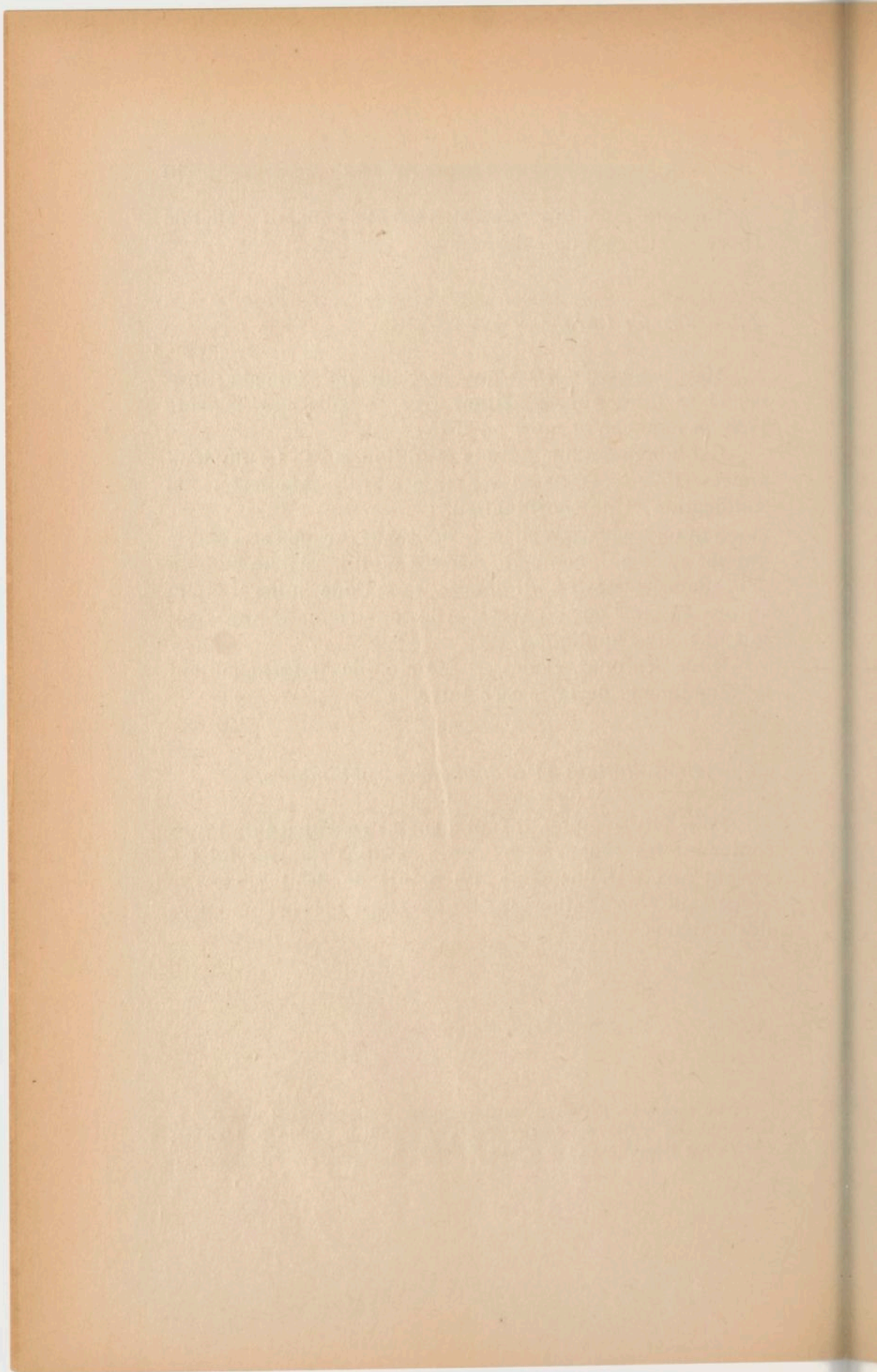
Son ouvrage s'appelle « Schoulhane Arouch », « Table dressée », et qui, complété par les additions d'un Rabbín de Pologne, Isserlès, deviendra le « Code juif » auquel encore aujourd'hui on se reporte pour connaître le Droit juif et pour l'appliquer.

Bible, Talmud, Codes de Maïmonide et Caro, autant de monuments de la pensée juive.

29. — *Consultations et ordonnances rabbiniques.*

Pour être complet, il faut signaler l'existence de livres contenant les réponses à des questions que les fidèles posent aux Rabbins pour des points de droit, sortes de recueils de consultations juridiques (12), et les ordonnances des Rabbins.

(12) Appelées « chehaloth ou techouboth » « questions et réponses », par exemple, celles de Joseph TOBÉLEM (Bonfils), rabbin à Limoges, éditées par Kassel avec préface de Rappoport.



CHAPITRE II

LA CONCEPTION DE LA FAMILLE DANS LE JUDAÏSME (FIANÇAILLES, MARIAGE, LÉVIRAT ET SPÉCIALEMENT THÉORIE DU DIVORCE)

30. — *Généralités.*

Le Judaïsme est une pratique familiale, a écrit M. J. WEILL (1), car il a pour berceau la famille patriarcale. Abraham et Sara, Isaac et Rébecca, Jacob, Rachel et Léa sont les grandes figures bibliques qui ont toujours dominé les traditions d'Israël et modelé la vie juive, par l'influence de leurs exemples bienfaisants.

Amour conjugal, piété filiale, sentiment de la famille caractérisent le foyer juif et lui confèrent solidité et force.

La civilisation chrétienne a propagé à son tour, la pratique et le respect des mœurs patriarcales. Elle a même accentué la sainteté du lien conjugal, en en faisant un sacrement indissoluble, alors que la dissolution de ce lien est admise en Israël par la loi religieuse sous certaines conditions (2).

« En revanche, ce que le Judaïsme ne connaît pas, ce qui est opposé à son esprit c'est la défiance à l'égard de la chair (3), qui, ailleurs, fait du célibat un état privi-

(1) *Le Judaïsme*, op. cit., p. 162.

(2) Voir *infra*.

(3) J. WEILL, op. cit., p. 163.

légié. C'est péché pour l'homme de ne point fonder de famille (4).

« La morale juive répugne à l'épicurisme grossier, fait sa part aux exigences de l'instinct, en le bridant, en le sanctifiant, pour le faire servir aux fins les plus hautes de l'institution familiale. »

31. — *Le mariage : généralités.*

Le mariage est, en effet, pour l'homme une obligation sociale et religieuse (5). Son but est la perpétuation de l'espèce (6). Le cérémonial est le suivant : réunion des époux sous un dais « la Houpa » ; remise par le fiancé à la fiancée de l'anneau nuptial ; bénédiction du vin, lecture de la Ketouba ou contrat de mariage, récitation des prières d'usage.

Dans toute la Bible, il n'est question d'aucune cérémonie religieuse. Aucun prêtre n'était nécessaire pour cette cérémonie. Plus tard, on institua une cérémonie publique, avec présence du rabbin.

On distingua : 1° les promesses du mariage ou « schidouchines » qui étaient comme les fiançailles de nos jours, un simple engagement verbal entre les parents du jeune homme et les parents de la jeune fille (7). Parfois on écrivait les conditions (les Tenaïms).

32. — *Les fiançailles.*

Si les jeunes gens étaient d'accord, on célébrait les fiançailles (Iroussine), anciennement la cérémonie avait

(4) Le mariage est une obligation religieuse à 18 ans, âge qu'on peut dépasser pour raison d'études. Voir Sch. Ar. Kidd.

(5) Genèse, II, 18. YEBAMOTH, 62 b.

(6) Genèse, I, 28. YEBAMOTH, 69 a.

(7) Kidd, 5 b et 6 a. IBN EZER, 34.

lieu dans la maison des parents de la fiancée, et en présence des deux familles et de deux témoins, le fiancé remettait à la fiancée une bague en prononçant la formule de « Kiddouchine » : « Par cet anneau tu m'es désormais consacrée, conformément à la loi de Moïse et d'Israël (8). » On laissait un temps de douze mois, pour permettre à la fiancée de se préparer et aux jeunes gens de se connaître (une veuve, qui se remariait, avait trente jours (9)).

Le fiancé envoyait, le lendemain des fiançailles, des cadeaux à la fiancée (10).

Les fiançailles peuvent être faites par mandataires, par procuration (11).

33. — *Le mariage proprement dit.*

« *Les Nessouïne* », autrefois dans la maison du mari, la cérémonie, qui se déroule sous le dais nuptial aujourd'hui, indique que la femme va passer de la puissance paternelle à la puissance maritale, et deviendra épouse par la cohabitation.

Le mari et la femme se devaient désormais assistance, fidélité et affection. Par la Ketouba, ou acte de mariage, le mari promet que « même l'habit qu'il a sur ses épaules, servira de garantie et de gage pour payer les créances dotales de sa femme, il promet de travailler pour sa femme, de la traiter avec respect, de la nourrir, de l'entretenir suivant l'usage des maris israélites, qui travaillent pour leurs femmes, les traitent avec respect, les entretiennent, les nourrissent convenablement (12) ».

(8) KIDD, 5 b et 6 a; IBN EZER, 34.

(9) KETOUBOT, 57 b.

(10) KIDD, 50 b et IBN HAEZER, 45.

(11) IBN HAEZER, 36.

(12) Traduction de la *Ketouba*.

34. — *Les mariages irréguliers (13) : entre Israélites étrangers.*

On sait que dans les pays de l'Europe orientale, l'état civil est encore confié aux églises, comme en France, sous l'ancien régime.

Les rabbins reconnus par l'Etat procèdent aux mariages religieux et, suivant les pays, tiennent les registres des mariages ou communiquent les mariages célébrés par eux, aux autorités civiles, qui les enregistrent.

Mais à côté de ces rabbins reconnus, il en existe d'irréguliers, qui opèrent plus ou moins clandestinement et, souvent même, les célébrants ne sont pas des rabbins. Cet abus s'explique d'une part, par le fait, que le Judaïsme ancien ne définissait pas la qualité de rabbin et, d'autre part, parce que l'assistance du rabbin, bien que requise en principe, n'est pas indispensable à la validité du mariage.

Il arrive souvent, dans les milieux populaires, que l'on se marie sans passer par le rabbin officiel, soit parce que celui-ci ne demeure pas sur place, soit pour toute autre raison : éviter les formalités, les frais.

Ces mariages « à côté », que les Israélites, eux-mêmes, considèrent comme clandestins, sont malheureusement assez répandus, et, la persistance de cet usage tient à ce qu'en Europe orientale, l'assimilation civile et sociale s'opère lentement, que l'Etat ne s'occupe pas suffisamment d'agir sur les mœurs des minorités ethniques et religieuses et qu'en général, l'autorité religieuse, quand elle n'est pas désarmée, recule devant les mesures de rigueur dans la crainte que les intéressés s'affranchissent de tout mariage religieux.

Il faut bien se rendre compte que ces mariages clan-

(13) Appelées souvent « stille-houpa », mariages clandestins.

destins ne sont pas des unions libres, que les conjoints ainsi unis entendent mener une vie conjugale.

Ainsi ces mariages, bien qu'ils ne soient pas reconnus, mais désapprouvés, sont valables au regard de la loi religieuse juive, et ne peuvent être dissous régulièrement que par le divorce juif.

Avec l'immigration cette pratique fâcheuse s'est introduite en France (14) et elle tend, malheureusement à se développer, non seulement parce que les immigrants apportent les usages, bons ou mauvais, de leur pays d'origine, mais parce qu'ils sont circonvenus par des individus qui leur offrent de les marier à bon compte et il faut le dire, parce qu'ils éprouvent souvent des difficultés à se marier à la mairie; situation malheureuse pour certains, qui ne peuvent obtenir aucune pièce régulière de leur consulat.

Or, comme les rabbins français ne bénissent les mariages qu'après s'être assurés de la célébration du mariage civil, les Israélites étrangers préfèrent le mariage religieux à l'union libre et sont ainsi amenés à contracter des mariages clandestins.

Cette pratique offre différents inconvénients pour ces étrangers :

1° Ces mariages ne sont reconnus ni par leur pays d'origine, ni en France à plus forte raison, d'où difficultés nombreuses :

a) les enfants, issus de ces unions, sont considérés comme illégitimes vis-à-vis des lois civiles;

b) les conjoints, sont regardés par les autorités, comme vivant en concubinage.

c) Pour la femme, c'est souvent l'abandon, hélas! de plus en plus fréquent dans les classes populaires; elle devient *Agounah*, abandonnée, sans possibilité d'obtenir

(14) En Alsace-Lorraine, par exemple, et à Paris.

aucune protection des lois, aucune pension alimentaire (15).

Ces femmes abandonnées, ces « agounoth » se trouvent souvent dans l'impossibilité de rompre le lien religieux, ainsi contracté.

En effet, si les conjoints mariés religieusement, veulent divorcer religieusement, le tribunal rabbinique de Paris, refusant de reconnaître le mariage clandestin, ne veut pas non plus procéder au divorce religieux, ce qui donne lieu à des situations inextricables, et maintient les immigrants dans une situation irrégulière, au point de vue social et religieux.

Il paraît difficile (16), de sévir contre les intéressés qui sont souvent des victimes — victimes de l'ignorance et de circonstances diverses.

Le Code pénal (art. 199 et art. 200) punit l'infraction à la règle de l'antériorité du mariage civil par rapport au mariage religieux, mais ne vise que le ministre du culte.

On pourrait peut-être poursuivre ces célébrants, comme agissant en qualité de ministres du culte et par conséquent tombant sous le coup de la loi pénale.

35. — *Le Lévirat : ou halitza...*

Dans la Bible, ch. 25 du « Deutéronome », versets 5-10, il est dit (17) : « Si des frères demeurent ensemble et que l'un d'eux vienne à mourir sans postérité, la veuve ne pourra se marier, au dehors, à un étranger; c'est son beau-frère (18) qui doit s'unir à elle. Il la prendra donc

(15) Sauf le cas où on peut obtenir la reconnaissance de ce mariage clandestin, comme mariage putatif, en démontrant la bonne foi d'un époux, de la femme souvent, qui croyait contracter un véritable mariage, valable entièrement.

(16) Dit une note que M. Israël Lévi, grand Rabbin de France nous a fait parvenir.

(17) Trad. du Rabb. franç., *op. cit.*, p. 250.

(18) Célibataire ou marié.

pour femme, exerçant le lévirat à son égard. Et le premier fils qu'elle enfantera sera désigné par le nom du frère mort, afin que ce nom ne périsse pas en Israël.

« Que s'il déplaît à l'homme d'épouser sa belle-sœur, celle-ci montera au tribunal, par-devant les anciens, et dira : « Mon beau-frère refuse de relever en Israël le nom de son frère, il ne veut pas m'accorder le lévirat (19). » Alors les anciens de la ville le manderont et l'interpelleront; et lui, debout, dira : « Il ne me plaît point de l'épouser. » Et sa belle-sœur s'avancera vers lui à la vue des anciens, lui ôtera sa chaussure du pied, près de lui, crachera et dira à haute voix : « Ainsi est traité l'homme qui ne veut pas édifier la maison de son frère! », et la sienne sera surnommée, en Israël, la maison du déchaussé.

On peut noter, pour caractériser le lévirat (20), que l'obligation formulée dans le texte précité incombe non à la femme, mais au frère du mari.

La femme, elle, n'intervient que pour réclamer l'exécution de l'obligation prescrite par la Bible à la charge du beau-frère, dénoncer la désobéissance de ce dernier et lui infliger sur l'ordre et, en présence des juges, le traitement, décrit plus haut, à titre de pénalité.

Sans insister trop sur le lévirat, nous devons dire, qu'aujourd'hui, dans beaucoup de pays, cette institution est tombée en désuétude. On a pris l'habitude d'insérer dans l'acte de mariage (21) (comme on voudrait le faire pour la question du divorce) une clause annulant le mariage, au cas où le mari ayant des frères vivants, mourait sans laisser d'enfant.

Autrefois, le jour de la noce, avant qu'on procédât au mariage, les frères du fiancé devaient signer un acte par lequel ils s'engageaient à se soumettre au lévirat; s'ils

(19) Levirat vient du mot *Levir*, en latin, qui veut dire : frère du mari.

(20) Rapport du Rabbinate, 1907.

(21) Coutume pratiquée en Algérie, et pratiquée déjà au XIII^e siècle, à Neustadt, en Allemagne.

refusaient, le tribunal rabbinique avait pleins pouvoirs pour les contraindre à signer cet engagement (22).

On réservait dans l'héritage du frère mort, une part la plus grande, au frère qui accomplissait le lévirat (23), pour l'inciter à accomplir son obligation (24).

Le lévirat devenait impossible quand le beau-frère était absent, c'est-à-dire au loin, et qu'on était sans nouvelles de lui, ne sachant pas s'il était encore vivant ou non.

Ou alors il y a impossibilité physique du mari, qui est muet par exemple et ne peut prononcer la phrase sacramentelle : « je ne veux pas prendre cette femme comme épouse », ou bien c'est un renégat à la religion d'Israël, donc incapable d'accomplir aucune obligation religieuse (25).

LE DIVORCE DANS LE JUDAÏSME

36. — *La question du divorce est certainement un des points les plus délicats de la législation juive (26).*

37. — *Considérations générales.*

Le divorce existait chez les Babyloniens. Chez les Fallachas, une déclaration publique suffisait pour divorcer.

(22) Réponse de Schebout, jacob II, 128. — EBEN HAEZER, 164, IV, Beth Schemouel.

(23) Lois de succession. Cf. Nombres 27. — Baba Batra, VIII, 2.

(24) EBEN HAEZER, 165, IV.

(25) EB. HAEZER, 157. Beth. Yossef.

(26) MAURICE CAHN : *Le divorce dans la législation talmudique*, 1901. RENÉE LÉVY : *Le divorce juif et les conflits de lois qu'il peut engendrer* (Thèse, Nancy, 1929). — DRACH : *Du divorce dans la synagogue*, par DRACH, bibliothécaire de la Propagande de la Foi, Rome, 1840.

Le droit juif, comme le droit romain (27), admet le divorce.

La remise d'une formule de répudiation du mari à la femme est une condition *sine qua non*, pour la validité du divorce.

Le mari seul a le droit de divorcer — comme chez les Babyloniens, autrefois.

La femme peut seulement, dans certains cas, s'adresser au Tribunal qui forcera le mari à donner le Gueth (28).

Dans les papyrus d'ASSOUAN on trouve la plus ancienne formule de Gueth juif.

38. — *Dans la Bible.*

Il semblerait que la Bible, qui affirme dans les premières pages de la Genèse, que l'homme et la femme ne formeront, par le mariage, qu'un seul et même être, soit opposée au divorce.

C'est à cette conséquence que le christianisme (29) a abouti; les Samaritains, secte du Judaïsme n'admettent pas non plus le divorce.

La Bible a énoncé quelques règles sur le divorce, mais ce sont surtout les docteurs du Talmund, qui ont précisé les causes, la procédure, et les effets du divorce.

En fait, les divorces devaient assez rarement se produire à l'époque patriarcale (30).

39. — *Défaveur du divorce dans le Judaïsme.*

Il ne faudrait pas croire cependant que le Judaïsme voie le divorce favorablement.

(27) GIRARD : *Manuel élém. de dr. Rom.*, 3 éd.

(28) MICHNA GUITTIN, 88 b. — MAYER : *Recht der Israeliten Athener und Römer*, Trêves. 1876, 3 vol.

(29) *Evangelies*. S. Matthieu, XIX, 9; S. Marc, XII; S. Luc, XVI, 18.

(30) RABBINOVICZ, t. I, *op. cit.*, p. 107 et 395.

Au contraire, la Bible elle-même est hostile aux divorcés.

L'idée de Dieu qui, d'après les livres sacrés, avait présidé à l'union conjugale, devait former un obstacle à sa rupture.

En effet, Dieu considère la société des époux comme tellement étroite, qu'ils ne font plus qu'une seule personne, « una caro ». C'est pourquoi l'homme quitte son père et sa mère, il s'unira à son épouse, et ils seront une seule « chair », comme ils l'étaient autrefois avant la création d'Eve, qui a été formée du corps de son mari. Leurs noms mêmes se confondent et c'est « icha » que s'appellera désormais la compagne de l'homme nommé « isch ».

Dieu ne veut pas que son nom sacré soit associé au divorce; en effet, dans la formule du divorce ne figure pas le nom de la divinité.

Les prêtres, à cause de leur sacerdoce, ne pouvaient pas épouser une femme répudiée (31).

Un rabbin talmudiste disait : « Celui qui répudie sa femme, est cause que même le sanctuaire de Dieu, est rempli de tristesse » (mot à mot : verse des larmes).

Déjà le prophète MALACHIE avait crié aux Hébreux son indignation en ces termes : « Et voici un autre méfait de votre part. Vous êtes la cause que l'autel du Seigneur est couvert de larmes, de pleurs et de sanglots, et vous dites « pourquoi cela ? » Parce que Dieu fut témoin entre toi et ta femme de la promesse que tu as trahie, la femme était unie à toi par un pacte. Veillez donc sur vous-mêmes et que personne ne trahisse la femme de sa jeunesse, *car je hais la répudiation, dit l'Eternel* (32). »

(31) Théorie présentant quelque analogie avec la théorie catholique de la bigamie, quant aux ordres (Esmein, le mariage en dr. canonique, II, 101), d'après laquelle, l'homme, qui a été marié deux fois ou qui a été marié avec une veuve, se voit fermer l'accès des ordres sacrés. Le clerc, revêtu des ordres mineurs, qui se marie ou se remarie, dans ces conditions, perdrait son privilège de cléricature.

(32) *Malachie*, II, 13.

Aussi lorsqu'un homme se présente devant les tribunaux pour réclamer le divorce, il lui faut tenir ce langage : « Sais-tu que peut-être tu transgresses la loi qui dit : ne te venge pas, ne garde pas rancune, n'aie aucune haine dans ton cœur, aime ton prochain comme toi-même ? Songes-tu que demain on dira en tous lieux que tes filles sont les filles d'une femme que le mari a répudiée ? « Elle doit être bien coupable ta femme, pour avoir mérité pareille disgrâce (33) ! »

Le traité du Talmud, appelé « guittin », qui traite spécialement de la question du divorce, se termine par le verset de *Malachie* : « Je hais la répudiation », dit l'Eternel.

Le divorce, dit E. WEILL, toléré plutôt qu'autorisé par la loi, ne laissa pas de provoquer en tous temps, chez les Juifs, la désapprobation et le mépris de la société honnête.

40. — *Difficultés de la matière.*

L'étude complète du divorce juif nécessiterait plusieurs volumes.

Nous allons essayer, limité par le cadre de notre sujet, de donner un exposé méthodique de la question, en montrant d'abord de quelle manière les rabbins ont déduit les règles fondamentales du divorce, puis nous ferons un exposé plus condensé de la question et nous essaierons, en dernier lieu, de grouper toutes ces explications pour en présenter un tableau d'ensemble qui sera, dans la mesure du possible, ordonné et clair.

(33) NÉDARIM, IX, 4. — E. WEILL, p. 92, *op. cit.*

I

Règles fondamentales du divorce juif.41. — *Règles du divorce.*

Voici exposées les règles fondamentales du divorce juif, telles que nous les trouvons énoncées dans les traditions du Judaïsme.

42. — *Dans le « Deutéronome ».*

Le texte fondamental (34) se trouve dans le *Deutéronome*, ch. 24, v. 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 remettra en main et la renverra de chez lui. »

La Bible continue ainsi : « 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 laissé 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. »

De ce texte, bien court, on va tirer toute la réglementation du divorce. Donc la Bible pose les principes sui-

(34) Traduction dans la *Bible du Rabbinate Français*, édition Durlacher-Kaan, 1930, p. 248, *op. cit.* Sautayra et Charleville, t. I, p. 72 à 75.

vants : « Quand un homme aura une cause de divorce, il donnera à sa femme un libelle de divorce, et le divorce aura lieu; il ne pourra plus ensuite reprendre cette femme, qui se serait mariée ou serait devenue veuve après ce divorce. Il peut se réconcilier avec elle et de nouveau se remarier avec cette même femme, qui sera restée libre sans prendre un nouveau mari. »

43. — *Les dix principes du divorce.*

Les principes que les rabbins vont déduire de ce texte sont au nombre de dix.

44. — *Premier principe : acte volontaire du mari.*

Le verset dit : « Quand un homme aura pris une femme et cohabité avec elle, si elle cesse de lui plaire », (mot à mot, ne trouve grâce à ses yeux, donc aux yeux de cet homme).

Le « gueth » est un acte volontaire du mari et du mari exclusivement. Si la femme est divorcée sans l'acte volontaire du mari, le « gueth » n'est pas valable.

C'est le mari qui donne l'ordre de dresser le « gueth ». Il faut qu'à ce moment, il agisse dans la plénitude de sa liberté (35), et en toute connaissance de cause, qu'il ait la volonté bien arrêtée de répudier sa femme et qu'il mesure la portée de son acte. S'il y a doute sur ces points, on maintient le mariage. Si la violence arrache au mari son consentement, le « gueth » est nul.

Le même résultat se produit s'il est engagé, sous serment, à répudier sa femme. Toutefois, le Tribunal peut

(35) *Michna Yebamoth*, XIV, 1.

l'affranchir de cette obligation imprudemment contractée (36).

Même un ordre écrit est insuffisant pour faire dresser un acte de divorce.

Un homme sourd-muet est incapable, en général, de divorcer (37). Toutefois, en cas de mutisme subit, on lui rend ce droit; mais pour s'assurer de sa volonté bien arrêtée de renvoyer sa femme, on lui pose trois questions, auxquelles il doit donner des réponses correspondantes par signes. Si l'expérience réussit, la répudiation acquiert la force de toute convention (38).

La femme est divorcée, qu'elle y consente ou non (39), tel est le principe. C'est pourquoi on admet qu'une femme sourde et muette puisse être divorcée (la femme, en général, n'a rien à répondre, à dire, ou à entendre), il en est de même pour la femme mineure. Exception est faite pour une folle, qui, par définition, n'a pas de bon sens et qui ne peut être divorcée. Mais le rabbin GERSON a établi qu'une femme ne peut être répudiée que si elle consent au divorce. Bien plus, si la femme avait consenti au divorce, mais si avant qu'on ait achevé d'écrire le « gueth », elle refuse de continuer à donner son consentement, on ne doit pas procéder au divorce (40). Toutefois, si on a confectionné un « gueth » avec le consentement de la femme, et, que ce « gueth », pour une raison quelconque, soit ensuite déclaré fautif, on peut procéder à un nouveau divorce, même sans le consentement de la femme (41).

Si le mari se trouve obligé de donner un « gueth », sans que sa liberté de vouloir soit entière, qu'il ait donné le « gueth », en déclarant, d'avance, par exemple, que l'acte qu'il va faire est nul à ses yeux, ce « gueth » n'est pas

(36) *Guittin*, 72 a.

(37) *Michna Yebamoth*, XIV, 1.

(38) *Michna Guittin*, VII, 1.

(39) *Mich. Yeb.*, 112 b. — *Guittin*, 49 a. — *Ibn Ezer*, 111, 6.

(40) *Quenèssèt Guédolah*, *Guitt.*, 141, 1, 2.

(41) *Sch. Ar.*, 119.

valable. Il faut qu'au moment où il divorce, le mari soit entièrement libre, et que sa volonté ne soit limitée par aucune restriction (42).

Si le mari a annulé le « gueth », ce qui est en son pouvoir, après que ce « gueth » fût écrit, mais avant qu'il fût remis à la femme, le « gueth » est nul (43).

Un point important à bien mettre en évidence est celui du « gueth forcé » ou « gueth meoussé » (44). Le Tribunal a droit, dans certains cas, de faire pression sur la volonté du mari, de le forcer jusqu'à ce qu'il dise : « Je le veux bien », et alors on écrit le « gueth », qui est valable.

Un tribunal non juif ne peut employer de moyen de contrainte directement, mais s'il dit à l'époux récalcitrant de faire comme si c'était un tribunal juif qui décidait, et que l'époux obéisse, le « gueth » est valable ».

45. — 2^e principe : nécessité d'un écrit.

Le verset dit : « Il lui écrira », d'où règles de confection du libelle de divorce.

Il faut que ce soit un écrit, sans rature, ni surcharge, ni interligne. Maïmonide excepte les cas où elles sont approuvées, car alors, il n'y a plus de danger de fraude. Il faut de la bonne encre et du bon papier. On ne doit pas écrire sur des objets qui souffrent trop facilement des altérations, comme du papyrus ayant déjà servi, des palimpsestes ou des peaux encore incomplètement préparées.

C'est une écriture dont il s'agit, le texte ne prévoit pas que l'on grave, d'où discussion sur l'emploi de la plume. On défendra une plume en fer (45).

(42) C'est un peu ce qui existe en droit français pour le mariage, où le consentement des époux doit être libre au moment du mariage.

(43) *Schulhan Arouch*, 134, 141, 558 à 68.

(44) Voir *infra*.

(45) *Remah*, 125-5.

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

« Il », 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 le « gueth » sans avoir reçu l'ordre formel du mari (46).

Les docteurs de la loi ont décidé que celui qui s'adresse à une foule, doit dire, pour écrire, signer ou apporter un « gueth » n'importe qui parmi vous a le droit d'écrire, n'importe quel groupe de deux a le droit de signer, n'importe qui parmi vous a le droit de porter le « gueth » à ma femme (47).

Il faut qu'il s'adresse directement au scribe et aux témoins, *mais il ne peut déléguer à une autre personne le pouvoir de donner à sa place cet ordre* (48).

Même s'il a écrit par lettre pour demander au scribe de rédiger le « gueth », ce n'est pas valable.

Il faut qu'on entende le mari donner l'ordre de faire le « gueth ». Tel est le principe.

Cependant, un auteur permet d'écrire le « gueth » par lettre (*Redak*, le rabbin David COHEN).

Il ne s'agit pas d'une véritable instance devant un tribunal régulier. Les personnes prenant part à l'acte sont des particuliers. Tout homme peut, par conséquent, y jouer le rôle d'écrivain, de greffier. Exception pourtant est faite pour les idolâtres, les esclaves, les sourds-muets, les idiots et les mineurs, parce que l'accomplissement des formalités exige certaines capacités religieuses, civiles et physiques que les incapables n'offrent pas : c'est pourquoi les classes de personnes mentionnées recouvrent le

(46) MICHNA GUITTIN, 71 b. — IBN EZER, 120 et 122.

(47) GUITTIN, 67 b. — IB. EZER, 120, 11.

(48) GUITTIN, 66 b. — IBN EZER, 120, § 4.

droit d'écrire l'acte, quand elles le confectionnent sous la surveillance d'une personne capable (49).

On permet même, malgré l'opposition de certains docteurs (50), de rédiger d'avance des actes en blanc, sauf à les remplir quand on met le divorce à exécution.

La femme elle-même est admise à écrire le « gueth », mais sous certaines conditions; d'abord, elle doit conformément à la règle générale, en avoir reçu l'ordre de son mari; pour que le document paraisse bien émaner de lui, elle devra le lui remettre, une fois établi, puis le recevoir à nouveau de ses mains (51).

46. — 3^e principe : *au nom de la femme.*

« Il lui écrira », dit le verset, « lui », à elle, c'est-à-dire au nom de la femme.

On indique d'une façon précise la femme à qui le divorce s'adresse et le nom de son père, sinon la validité de la procédure devient douteuse.

Les préparatifs de la confection du « gueth » doivent être faits, à l'intention de la femme, qui va être répudiée (52).

Deux femmes ne peuvent pas être divorcées par un même « gueth » (53).

47. — 4^e principe : *rupture totale.*

Le verset dit « lettre de scission », libelle de divorce, de séparation, donc signifiant rupture totale sans aucune restriction, ni condition. Il ne faut pas que le mari res-

(49) GUITTIN, 23 a.

(50) MICHNA GUITTIN, III, 2.

(51) Mich. Edouoth, 26 b.

(52) Voir GUITTIN, 20 a; IBN EZER, 131, 7.

(53) Voir GUITTIN, 87 a; IBN EZER, 137, 7.

treigne la « force » du « gueth ». Il ne peut pas dire, par exemple, « tu es libre de te marier avec quiconque, sauf avec un tel », ce ne serait pas une rupture totale.

Il ne faut pas que le mari se réserve des droits, qu'il lie sa femme pour toujours à l'accomplissement d'une condition par exemple, s'il dit, « je te donne ce « gueth » à la condition que durant ta vie, tu ne boiras pas de vin », le « gueth » est alors annulé. Mais s'il dit : « tu ne boiras pas de vin durant la vie d'un tel », étant donné que ce tiers peut mourir avant elle, le « gueth » est valable (54).

48. — 5^e principe : don du « gueth » par le mari.

Le verset dit: « Il donnera », il faut que ce soit le mari qui donne l'écrit constatant le divorce, ou son mandataire (55). La femme n'est pas admise à donner le divorce.

Le mari doit payer le « gueth », car il doit donner l'acte, c'est-à-dire en transférer la propriété à la femme. La matière sur laquelle on écrit le « gueth », doit appartenir au mari. Mais les rabbins, pour que la femme puisse se libérer, décident que la femme peut payer les frais du « gueth ».

On admet qu'il n'y a pas de « gueth » valable, quand il est remis *post mortem*, par exemple, si le mari meurt avant que le « gueth » soit parvenu à la femme.

Il faut que le mari dise « écrivez et donnez ». Dans des cas exceptionnels, s'il dit seulement « écrivez » sans dire « donnez », cela suffit.

49. — 6^e principe : remise du « gueth » à la femme.

Le verset dit : « Il lui mettra l'acte dans la main », donc il faut que le mari (ou son mandataire) remette l'acte

(54) GUITTIN, 33 b.; IBN EZER, 143, 20.

(55) GUITT., 77 b.; I. E., 138.

dans les mains de la femme, donc avec prise de possession de la part de la femme et remise effective du mari.

Si le mari dit : « prends le « gueth », qui est là et la femme le prend », ce n'est pas valable (56).

50. — 7^e principe : renvoi effectif.

« Qu'il la renvoie », dit le verset.

Il faut que le mari renvoie la femme, qu'il prononce une formule nette, disant : « Toi, femme, tu es divorcée » et non, par exemple, « moi, je ne suis plus ton mari » (57).

51. — 8^e principe : remise possible.

Il écrit et donne. Il lui écrira un libelle de divorce et le lui remettra en mains, dit le verset. Il faut que le « gueth » une fois écrit, on puisse le donner.

On ne doit pas écrire le « gueth » sur un objet non détaché du sol (58), puisqu'il faut remettre le document entre les mains de la femme, ce qui est impossible s'il adhère au sol. On ne saurait, d'autre part, le détacher de la terre après son achèvement, c'eût été mettre un intervalle de temps entre la confection de l'acte et sa remise à la femme; c'est ce que défend la loi (sauf remise par mandataire). Mais il est permis d'ébaucher l'acte sur un objet fixé à terre, qu'on arrache ensuite, puis de compléter l'écrit et d'en faire la délivrance obligatoire.

(56) GUITT., 24 et 78; I. E., 138.

(57) KIDD, 5 b. — IBN EZER, 136, 3, 4. — Cf. ZURI : *droit Talmudique* : en hébreu, 1921, ch. : divorce.

(58) GUITT., 29, 20; IBN EZER, 124, 2 à 4.

52. — 9^e principe : *formule de remise.*

Le verset dit : « Il lui donnera. »

Il faut que le mari donne l'acte, non comme cadeau, mais comme « gueth », c'est-à-dire qu'il faut que la femme sache, que ce que lui remet son mari, est bien un libelle de divorce. Pour cela, le mari doit dire au moment de la remise du « gueth » : « voici ton « gueth », ou une phrase indiquant clairement qu'il s'agit là d'un « gueth » (59).

53. — 10^e principe : *causes du divorce.*

Parce qu'il aura remarqué en elle quelque chose de malséant, dit le verset.

Que doit-on entendre par « quelque chose de malséant » ?

Les deux grandes écoles talmudiques, l'école de Schammaï et celle d'Hillel ont interprété différemment ces mots, pour préciser dans quels cas le divorce était permis.

Pour l'école de Schammaï, les seuls motifs de répudiation étaient ceux qui s'appuyaient sur des actions contraires à la pudeur. Pour l'école d'Hillel, c'était tout ce qui pouvait déplaire au mari, de la part de la femme.

Cette dernière opinion a triomphé (60).

54. — *Résumé des principales règles.*

Le texte biblique indiquait donc les droits du mari, la dépendance de la femme et les formalités essentielles de la répudiation, du moins implicitement.

(59) GUITTIN, 78 a; I. E., 136, 5.

(60) Nous laissons de côté la controverse sur les témoins. Voir Guittin, 86; I. E., 130, 20.

Les rabbins ont dégagé les principes généraux du divorce juif, en interprétant le texte :

Si elle ne lui plaît plus — de là, le consentement seul du mari est indispensable pour la répudiation.

Il lui écrira — nécessité de donner la répudiation par écrit.

Il — indique que c'est au mari à fournir ce qui est nécessaire pour dresser l'acte.

Lui — à elle que l'acte doit être établi, à l'intention de la femme, et qu'il faut un acte distinct pour chaque femme que le mari veut répudier.

Une lettre de scission — donc rupture complète, sans aucune restriction ni condition.

Il remettra — c'est le mari ou son envoyé qui doit faire la remise de l'acte.

Il lui mettra l'acte dans la main — la répudiation n'est parfaite que lorsque l'acte est remis à la femme ou à son mandataire.

Il la renverra — nécessité de la séparation effective, de la part du mari.

Quelque chose de malséant — il faut un motif sur l'admission duquel on est très large.

Tableau d'ensemble du divorce juif.

55. — *Dans le Code de Caro.*

Toutes les règles éparses dans le Talmud, que nous avons essayé de grouper autour des dix principes du divorce, se trouveront dans le Code de CARO, énumérées et classées dans un ordre plus rationnel.

Nous suivrons ce Code, mais nous séparerons, pour les besoins de l'exposition, les développements en paragraphes différents.

Aujourd'hui encore, c'est le Code de CARO, qui est le

Code officiel du Judaïsme, et c'est à ce Code qu'on se réfère, de nos jours, pour fixer un point de droit juif.

En droit français, les causes du divorce sont limitativement déterminées, mais la notion d'injures graves, permet d'étendre à l'infini les cas de divorce.

En droit juif, les mots *Ervat dabar* « quelque chose de malséant », vont jouer un rôle analogue. On va englober sous cette même qualification, l'adultère, la mauvaise conduite, la négligence de la femme dans le ménage, le fait par elle de laisser brûler le repas, de contrevenir aux règles les plus élémentaires de la décence et de la pudeur.

L'opinion de l'école de Hillel sera adoptée par CARO, quant aux grandes facilités d'admission des causes de répudiation. Mais, le principe formulé par le rabbin GERSON, que le divorce n'est valable que si la femme accepte ce divorce, a fait, certes, que la répudiation unilatérale s'est transformée en un genre de divorce par consentement mutuel (61), avec toutefois cette particularité, qu'il ne s'agit nullement d'un accord mutuel, en vue de la rupture du lien conjugal, quels que soient les motifs de cette rupture, même s'il n'y avait pas motifs à rupture.

Bien au contraire, on entend par là que la femme doit, en tout état de cause, être consentante, sans quoi le divorce ne serait pas valable. Ce consentement obligatoire de la femme au divorce, rend le divorce moins arbitraire de la part du mari. L'omnipotence maritale n'est donc plus absolue.

Certains rabbins du Talmud, qui déjà avaient formulé le principe adopté par R. GERSON, — le consentement de la femme au divorce, — ont fait en créant la catégorie des « gueths forcés », encore plus, à notre avis, pour l'émancipation de la femme.

CARO résumera, dans son Code, l'état de la législation juive, telle qu'elle s'est développée jusqu'à lui.

(61) Voir *Rev. Jur. d'Als.-Lorr.*, 1932, p. 421.

C'est le droit juif actuel (62).

56. — *Cas d'interdiction de divorce.*

La Bible elle-même ne permet pas toujours au mari de répudier sa femme.

1° La répudiation est défendue au mari, qui a outragé sa femme, par une fausse accusation (de non virginité).

2° Le mari ne peut pas non plus répudier la femme qui lui est imposée par le *Deutéronome* (63), la vierge à laquelle il a été fait violence (64).

Il en est autrement dans le cas où la femme a consenti où, par conséquent, l'homme n'a pas usé de violence vis-à-vis d'elle (65).

3° La loi rabbinique interdit à l'homme qui a épousé une femme atteinte d'aliénation mentale de la divorcer (66).

4° Le mari ne peut pas se soustraire à l'obligation de faire recouvrer la liberté à sa femme prisonnière de guerre, ou emmenée en captivité. Il ne peut pas la répudier quand elle est captive, parce qu'il est certain que, séparé de sa femme, il n'a point de sujets de mécontentement actuels.

5° Si un homme devient sourd et muet pendant son mariage, il ne peut valablement répudier sa femme, car

(62) Le passage du talmud (Ketoub., 63), dit si la femme déclare que son mari ne lui convient pas du tout et qu'elle refuse le devoir conjugal, on ne peut pas la forcer, le mari lui donnera le gueth. C'est une loi rabbinique très remarquable, fait observer Rabbinowicz (*op. cit.*, t. I, p. 188), au point de vue de l'indépendance de la femme, qui désormais pourra se débarrasser du mari, qui devient pour elle, insupportable. Ainsi Maïmonide et Rabli Samuel disent qu'on peut forcer le mari de lui donner la lettre de divorce.

(63) DEUTÉR : ch. 22, v. 14 à 19.

(64) DEUT., ch. 22, v. 28-29.

(65) *Exode*, ch. XXII, v. 16-17.

(66) Par assimilation au cas de la vierge, à laquelle il a été fait violence.

on n'est pas certain de sa volonté de répudier, et le législateur estime qu'on ne doit prendre en considération ni ses signes, ni ses écrits. Il en serait autrement si le mari était déjà sourd et muet au moment de son mariage, car la femme peut sortir de la même manière qu'elle y est entrée.

La question est controversée de savoir si un agonisant peut donner valablement le « gueth ».

57. — *Causes péremptoires de divorce : divorces obligatoires.*

La notion de nullité du mariage est très peu précisée en droit juif. On exigera souvent le divorce dans des cas où la nullité du mariage paraîtrait, de préférence, s'imposer. Voici quelques cas de divorces obligatoires.

1° *Union impossible.*

La notion du divorce obligatoire joue principalement quand les époux se sont unis malgré une prescription légale rendant leur union impossible. L'infraction à cette prescription les oblige à divorcer. En voici quelques exemples :

a) Les descendants de la race sacerdotale (COHEN), ne devant pas épouser de divorcées, ont épousé cependant une femme désignée par la rumeur publique comme divorcée, cette rumeur étant bien constatée et antérieure au mariage. Plus généralement, tout descendant de la race sacerdotale doit répudier sa femme s'il existait une prohibition à leur mariage. Il devra répudier également la femme, qui s'était fait passer pour vierge, alors qu'elle ne l'était plus.

b) En principe, chaque fois qu'il y avait un empêchement au mariage d'un homme et d'une femme, leur union, si elle avait eu lieu, devait être dissoute par le divorce. Lorsque l'homme et la femme ont été avertis d'un obstacle

à leur union et que malgré cet avertissement ils contractent mariage, ils doivent divorcer. S'il n'y a pas eu avertissement, la bonne foi des époux l'emporte, et le divorce n'est plus obligatoire. D'autre part, les fiançailles conclues malgré un empêchement, peuvent être dissoutes par le divorce.

c) Le mariage entre parents à un degré prohibé (67) entraîne répudiation obligatoire, quand ces prohibitions sont formulées par la loi rabbinique, et nullité quand ce sont des prohibitions bibliques.

2° *Mariage d'une validité douteuse.*

Une autre série d'unions doivent être rompues par le divorce. Ce sont celles dont la régularité n'est pas parfaitement constatée, celles sur la validité desquelles il peut exister quelque doute, que ce doute provienne du défaut de consentement, de la qualité des témoins, de l'inaccomplissement soit de la condition imposée, soit des formalités présentes, soit enfin à cause de l'engagement symbolique du mariage (Kiddouchin).

3° *Adultère.*

L'adultère est une cause obligatoire de divorce.

Le mari qui soupçonne sa femme d'infidélité peut l'avertir et lui défendre de s'isoler avec celui qu'il désigne comme complice probable. Si la femme s'isole, malgré cet avertissement, elle devra être répudiée. La répudiation n'est obligatoire qu'à deux conditions : a) l'avertissement a eu lieu devant deux témoins au moins; b) l'isolement de la femme avec l'homme soupçonné est attesté par deux témoins, ou encore si la rumeur publique l'accuse d'adultère. En outre, selon Caro, le mari qui a porté contre sa femme une accusation d'adultère devra la répudier (68).

(67) On distingue deux sortes d'empêchements au mariage résultant de la parenté, ceux résultant de prohibitions formulées par la Bible (mère, sœur, tante, etc.), et ceux résultant de prohibitions formulées par les Rabbins, qui en comptent 47.

(68) SCH, Ar., t. II, p. 353.

sauf s'il se rétracte et donne un motif plausible de son accusation, par exemple, il a accusé sa femme, à la suite d'une querelle de ménage.

58. — *Causes au profit de la femme.*

La loi talmudique a beaucoup favorisé la femme sous ce rapport. Théoriquement, la femme n'avait jamais le droit de demander le divorce. Les rabbins du talmud ont permis à la femme de réclamer le divorce, et de l'obtenir, ce qui est plus important. Ils ont admis que la femme pourrait utilement s'adresser aux tribunaux, qui forceront le mari à lui donner la lettre de divorce.

C'est toujours le mari, qui doit dire d'écrire le gueth, mais les tribunaux peuvent l'obliger à donner cet ordre et à faire le nécessaire pour que la femme ait le divorce.

C'est là un progrès très appréciable pour la femme. La multiplicité des cas dans lesquels la femme peut obtenir le divorce est tellement variée, qu'on peut dire que, grâce aux « gueths forcés », la femme a désormais le droit au divorce.

Voici quelques cas de « gueths forcés » au profit de la femme.

1° *Défaut d'entretien.* — Si le mari ne veut pas nourrir sa femme, on le force de lui donner la lettre de divorce. D'après Samuel, il vaut mieux le forcer de la nourrir, mais Rab est d'avis que la femme a le droit de dire que ce serait pour elle une vie insupportable, si elle devait à chaque instant s'adresser au tribunal pour obtenir sa nourriture (69).

La loi mosaïque oblige le mari de nourrir sa femme.

2° *Injures graves.* — Si le mari veut empêcher la

(69) Cf. RABBINOWICZ, t. I. éd. 1880, *op. cit.*, p. 188 et p. 203, 204, 205, 207, 208, 67.

femme, sans motif, de se nourrir ou de s'habiller selon ses habitudes, de manière à lui faire honte devant ses voisins, ou s'il l'empêche de faire des visites habituelles à ses parents, ou de vivre en bonne harmonie avec ses voisins, et tout cela sans motif, la femme peut exiger la lettre de divorce et sa ketouba.

3° *Sévices*. — Si le mari maltraite sa femme, elle peut exiger qu'il lui donne la lettre de divorce et la ketouba (70).

Si un mari rend sa femme très malheureuse et que celle-ci, tout en décidant à se séparer de lui, désire cependant soit par délicatesse, soit pour toute autre cause, obtenir la séparation, sans divulguer les motifs de sa décision (71), il lui suffit de déclarer qu'elle est décidée à se séparer de son mari; et si, après des tentatives faites pendant 12 mois pour la faire changer d'avis, elle persiste à réclamer la séparation, le mari est obligé de lui donner le divorce, mais dans ce cas, elle n'a pas de ketouba.

4° Si le mari, d'après le talmud, qui admettait la polygamie, épouse une deuxième femme sans le consentement de la première, celle-ci peut exiger la lettre de divorce (72).

5° *Refus du devoir conjugal*. — Si le mari ne remplit pas son devoir de cohabitation, la femme peut demander immédiatement le divorce.

6° *Etat physique ou social du mari*. — La femme peut encore exiger la répudiation en considération de l'état physique ou social de son mari. Le mari, qui répand par la bouche ou par le nez des exhalaisons intolérables peut être forcé de répudier sa femme, si elle le demande. Il en est de même du mari qui exerce certaines professions (tanneur, mineur dans des mines de cuivre, etc.), et qui rend la vie commune très pénible et insupportable.

7° La femme peut exiger le divorce, si par le fait de son conjoint, elle ne peut plus avoir d'enfants. Elle peut

(70) Cf. p. 139, note 1. RABBINOWICZ, *op. cit.*, t. I.

(71) P. 188. RABBINOWICZ.

(72) RABBINOVICZ, p. 89.

notamment 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 de dix ans, autorise la femme à demander la répudiation, lorsque cette demande est faite, par elle, dans le but d'avoir des enfants pour l'aider dans ses vieux jours. Si l'impuissance du mari est évidente, la répudiation peut lui être imposée avant ce délai.

8° Si le mari est lépreux, la femme peut demander le divorce (73).

Le mot lépreux... n'est pas limitatif, il est simplement indicatif, aussi les casuistes n'ont-ils pas hésité à l'étendre à tous les cas, qui présentaient quelque analogie.

Ainsi le mari, qui est affecté de la teigne ou de maladies vénériennes, est obligé comme le lépreux de répudier sa femme.

Il en est de même de celui qui contrarie la conscience de sa femme, qui lui fait subir des mauvais traitements, des sévices ou des outrages graves.

En résumé, comme l'a fait remarquer E. Weill, « la jurisprudence des rabbins est que si la plainte de la femme est fondée, sa demande équitable, les tribunaux se chargent d'y faire droit. Le mari sera forcé d'octroyer à sa femme le libelle de répudiation ».

« La loi rabbinique employait l'anathème et même la flagellation (pour forcer le mari à donner le gueth à sa femme, dans les cas de « gueths contraints »); dans tous les cas, dit El-Faci, où la loi biblique (74) ou rabbinique prescrit la répudiation, le mari qui résiste sera frappé de verges. Plus tard on se servit des moyens de coercition en usage dans les localités habitées par les israélites, notamment de l'emprisonnement. En France, la flagellation pas plus que l'emprisonnement ne sauraient être autorisés;

(73) Cf. E. WEILL, *op. cit.*, p. 88.

(74) SCH. AR., ch. 154, art. premier, note 2.

le seul moyen qu'ait une femme de contraindre son mari est une action en dommages-intérêts (75). » C'est ce que nous verrons.

59. — *Causes au profit du mari.*

Nous avons laissé en dernier lieu l'examen des causes de divorce au profit du mari, pour montrer que dans le code de Caro, et par conséquent en droit juif moderne, l'omnipotence du mari n'est plus aussi absolue qu'à l'époque biblique. L'existence des cas de « gueths forcés » au profit de la femme a changé totalement la physionomie première du « gueth ». De répudiation unilatérale du mari, le gueth est devenu divorce, ouvert au mari comme à la femme.

Cependant, la procédure du divorce est encore sous la dépendance directe du mari, qui peut, par son refus à se prêter aux exigences des règles procédurales du divorce juif, paralyser l'action de la femme. Le droit juif ignore le divorce prononcé par défaut. La présence des époux est nécessaire et, par un reste de formalisme ancien, il est indispensable que le mari prononce certaines paroles et surtout donne l'ordre d'écrire le gueth. Le mari peut obtenir le divorce dans les cas suivants :

Tout d'abord, il faut un motif grave, pour que le mari puisse divorcer. Ces motifs sont des raisons tirées de la religion, de l'intérêt de la société ou de celui du mari même.

« Il n'est pas permis au mari, dit Caro, de rompre un premier mariage, sans un motif grave. Si ce motif existe, le mari ne doit même pas se hâter de répudier sa femme. »

(75) L. WEILL, *op. cit.*, p. 26. — Cf. arrêt 9 avril 1908. *Univers israélite*, du 1^{er} mai 1908, p. 208 et *infra*.

Ces motifs graves peuvent tenir à la conduite de la femme.

a) *Infraction à la religion.* — Le mari peut répudier sa femme quand elle transgresse les préceptes religieux : par exemple elle fait manger à son mari des aliments défendus (76), elle ne respecte pas les lois relatives à la purification, elle n'accomplit pas un vœu, elle est impudique, et d'une façon générale, quand elle se conduit mal.

b) *Refus de cohabitation.* — On distingue le cas où la femme refuse la cohabitation par répugnance pour son mari, alors ce dernier obtiendra immédiatement le divorce — et le cas où elle manifeste un esprit de rébellion, le tribunal devra, par des menaces, essayer de ramener la femme au foyer conjugal. Si, au bout d'un an, on n'a pu réussir à faire réintégrer à la femme le domicile conjugal, elle sera divorcée.

c) *Erreur sur les qualités physiques ou sociales de la femme.* — Caro cite 3 cas de répudiation pour cause d'erreur ou plutôt de tromperie.

1° *Sur l'état social de la femme.* — Par exemple, la femme lui avait caché qu'elle était déjà deux fois veuve, car « la femme deux fois veuve ne doit pas se remarier. Si elle contracte un troisième mariage, le mari pourra, lorsqu'il apprendra qu'elle a été deux fois veuve, maintenir le mariage ou le faire dissoudre par le divorce (77). On considère qu'il y a un certain risque à épouser une femme, qui a déjà enterré deux maris.

2° *Erreur sur la fortune de la femme.* — Si la femme s'est engagée à apporter une dot à son mari et qu'elle ne tienne pas sa promesse, le mari peut invoquer cette cause de divorce. Il faut que ce soit la femme, qui ait fait la promesse. Si c'est le père de la jeune fille, le mari ne peut divorcer pour le non-versement de la dot.

(76) SCH. AR., 115, art. 1, 2.

(77) SCH. AR., ch. 9, art. 1.

3° Erreur sur la constitution physique de la femme.

— Le mari peut obtenir le divorce quand 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 graves. Le Talmud en énumère 142 cas, dont huit seulement pour la femme. En voici quelques exemples : une transpiration permanente (78), une mauvaise haleine, la cicatrice de la morsure d'un chien, une verrue à la naissance du front.

Seconde captivité de la femme.

Caro cite encore le cas spécial du divorce permis au mari, quand la femme est de nouveau prisonnière de guerre. La loi juive oblige le mari à payer la rançon nécessaire pour racheter la femme, quand elle est emmenée, une première fois en captivité (79). Il ne peut alors la répudier; mais si le fait se reproduit, le mari peut obtenir le divorce.

Impossibilité de procréer de la part de la femme.

La femme stérile (80), peut être répudiée; la femme malade, qui ne peut avoir des enfants, est dans le même cas. Mais les docteurs de la loi, Caro, Maïmonide blâment les maris qui répudieraient leur femme pour cette cause.

Formalités du divorce.

Il faut noter qu'il y avait, en Israël, en tous temps et en tous pays, une magistrature « Le Beth-Dine », dont

(78) SCH. AR., t. I, p. 138.

(79) Cf. *supra*.

(80) E. WEILL : *la femme juive*, p. 91; *Yebamoth*, 113 b.

l'autorité, en raison de l'ascendant moral exercé par elle, était presque sans limite. A lui venait toute plainte, à lui revenait aussi, par une tradition remontant jusqu'au grand-prêtre Aaron, l'obligation de prévenir les dissensions domestiques, d'apaiser les querelles, de ramener les cœurs l'un à l'autre, en rappelant chacun à l'indulgence et au devoir. On essayait, par tous les moyens, de réconcilier les époux qui voulaient divorcer, et c'est seulement quand toutes les interventions ont été vaines, qu'on va laisser le divorce suivre son cours. Le rabbin aujourd'hui joue un rôle analogue à celui du « Beth-Dine ». Il déconseille le divorce et prêche aux époux, qui voudraient se séparer, la paix et l'oubli des rancunes. Si cette procédure « gracieuse » ne réussit pas, on utilise la procédure « contentieuse », qui se déroulera devant un tribunal, composé de trois rabbins (81).

60. — *Cérémonial de la répudiation.*

Le rabbin (82) demandera au mari si c'est bien volontairement qu'il répudie 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 s'il y a lieu.

Le mari présentera le papier, l'encre et le chalumeau au scribe devant témoins en lui disant : « Ecris pour moi un acte à l'effet de répudier ma femme (noms de la femme) et dans le but d'une scission. Je t'autorise à 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 les signatures. Et vous, A. et B., soyez témoins : « Je détruis toute protestation directe ou indirecte que j'ai pu

(81) Cf. BLAU : *Jüdische Ehescheidung und der Jüdische scheidebrief.*

(82) Qui préside le Tribunal rabbinique.

faire contre l'acte de répudiation que vous allez signer. Je déclare et en outre m'oblige à ne rien faire contre cet acte, et je récuse tout témoin qui prétendrait avoir entendu une parole emportant opposition à la répudiation. »

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.

Le mari devra jurer, par la Thora, qu'il ne protestera pas contre l'acte et qu'il ne le contre-mandera pas.

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

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

Le scribe, avant d'écrire, prononcera devant les témoins la formule suivante : « J'écris cet acte au nom de (nom du mari) dans le but de répudier sa femme (nom de la femme) et dans leur intention pour qu'il y ait scission entre eux », puis écrira. Les témoins signeront l'un au-dessous de l'autre. Ils devront d'abord lire l'acte.

Ils signeront en présence l'un de l'autre. Chaque témoin dira, avant de signer : « Je signe cet acte dans l'intention de N... pour qu'il répudie avec cet acte sa femme S..., puis il signera immédiatement.

Le scribe ne signera pas.

Le rabbin et les témoins liront l'acte complet ainsi que les signatures. Le rabbin demandera ensuite au scribe si c'est l'acte qu'il a écrit sur l'ordre du mari, en son nom et dans l'intention de répudier sa femme S... Le scribe devra répondre affirmativement. Le rabbin demandera alors à chacun des témoins : « As-tu entendu l'ordre donné au scribe par le mari d'écrire en son nom et à l'effet de répudier sa femme S...? »

Le rabbin aura les témoins à ses côtés, l'un à sa droite, l'autre à sa gauche. Le scribe sera devant ainsi que le mari et la femme. Tous seront debout.

On pose les questions au témoin :

« Reconnais-tu cet acte ? »

« L'as-tu signé par ordre du mari ? »

« En son nom et pour répudier ? »

« Reconnais-tu ta signature ? »

« L'as-tu apposée en présence de ton collègue ? »

Les réponses de témoins devront être affirmatives.

Le rabbin remettra l'acte au mari en lui demandant de nouveau s'il divorce librement.

Le mari protestera, de nouveau, contre toute opposition.

La répudiation sera donnée devant dix personnes majeures (83), y compris le scribe, les témoins et le rabbin.

Le rabbin engagera les personnes présentes à déclarer s'il y a quelque chose à redire au sujet de l'acte dressé; dès qu'il sera remis, l'acte sera à l'abri de toute critique.

Le rabbin invitera l'assistance à prêter attention. Les témoins signataires seront présents.

Il ordonnera à la femme d'enlever ses bagues et de joindre les mains sans les incliner. Il lui demandera si elle accepte le divorce volontairement. Sa réponse doit être affirmative.

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

Le mari mettra l'acte dans les mains de la femme en disant :

« Voici ton acte de divorce. Par cet acte, tu es répudiée de moi et permise à tout autre homme. »

La femme fermera sa main. Le rabbin déclarera anathème quiconque se permettra de douter de sa régularité (84).

(83) Se référant au chiffre dix, car ce chiffre est un minimum pour toute cérémonie religieuse publique, sauf quelques cas particuliers. C'est le « miniane ».

(84) SCH. AR., t. II, p. 293 et suiv.

61. — *Formule de la lettre de répudiation.*

« Tel jour de la semaine... du mois... de l'année... de la création du monde suivant le comput que nous comptons à... ville sise... moi (nom, prénoms, surnoms du mari) domicilié en ce jour à... j'ai voulu par volonté personnelle, sans que j'y aie été forcé, renvoyer, répudier toi, ma femme (noms de la femme), qui était ma femme avant ce jour et maintenant, je te laisse, je te quitte, je te répudie, afin que dorénavant tu aies la liberté et le pouvoir d'aller épouser tout homme que tu voudras (85) et nul ne pourra protester contre, dès ce jour et à jamais; et te voici libre pour tout homme, par moi qui te donne un écrit de répudiation, une lettre de renvoi, un acte d'abandon, suivant la loi de Moïse et d'Israël. »

62. — *Divorce à terme ou sous condition.*

a) *La condition* (86). — L'omnipotence du mari étant encore admise, l'époux peut insérer dans l'acte de divorce des conditions en sa faveur ou au profit de la femme.

En fait, c'est ce dernier cas qui se produit le plus souvent; c'est, par exemple, la répudiation sous la condition du décès, ou, du non-retour du mari au bout d'un temps déterminé. Si ces événements se produisent, l'épouse est affranchie du lévirat et de l'obligation indéfinie d'attendre le retour du mari absent, pour se remarier.

S'il y a une condition impossible (87), le gueth est réputé pur et simple, de même si c'est un événement qui doit naître le lendemain de la mort du mari (88), car il

(85) SCH. AR., t. II, p. 235 et suiv.; Sautayra et Charleville (Alger, 1868).

(86) GUITTIN, 81 b.

(87) GUITTIN, 81 a, comme en droit français.

(88) GUITTIN, 72 a.

suppose le mariage encore existant et les époux vivants. La condition ne rétroagit pas au jour de la confection de l'acte, mais produira effet au jour de l'arrivée de la condition (89).

On dresse le gueth et on exprime verbalement, à la remise de l'acte, la condition. On n'écrit pas la modalité à la suite du gueth (90).

Toutefois, le mari peut faire rétroagir la condition, s'il le dit expressément : « Tu es répudiée dès ce jour, par exemple, si tel événement se produit (91). »

D'un commun accord, les époux peuvent, avant la réalisation de la condition, annuler le gueth, soit expressément, soit tacitement, par la cohabitation par exemple, sauf si la communauté de domicile est interdite (92).

Si le mari meurt, la répudiation est impossible (93). On doit interpréter restrictivement les modalités de l'acte (94).

b) *Terme*. — *Divorce à terme suspensif*. — La répudiation qui ne doit produire effet qu'après la mort du mari est nulle (95). Avant l'expiration du délai fixé, la vie commune entre les conjoints est interdite.

63. — *Preuve du divorce*.

La femme doit pouvoir garder le libelle de divorce, pour montrer (96) qu'elle est divorcée. Le mari n'a pas à faire cette preuve, puisque théoriquement la polygamie est permise.

Si l'acte de divorce a disparu, surtout pendant les

(89) MICHNA GUITTIN, VII, 9.

(90) GUITTIN, 75 a.

(91) GUITTIN, 74 a.

(92) GUITTIN, 74.

(93) GUITTIN, 77 b.

(94) GUITTIN, 74.

(95) GUITTIN, 72 a.

(96) GUITTIN, 28 a.

persécutions religieuses, les deux témoins de la remise du gueth doivent témoigner que le gueth a été donné; si les témoins ont disparu, la femme est crue sur l'existence de son divorce. La rumeur publique peut suffire même à établir cette preuve.

64. — *Effets du divorce.*

Le divorce rompt l'union d'une façon absolue. Le délai de remariage est de trois mois (97). Les époux doivent avoir une habitation distincte (98). Toute obligation cesse, entretien, nourriture, sauf décision du tribunal (99).

Le remariage entre eux des conjoints divorcés était envisagé d'un œil favorable par la loi, qui considérait les époux séparés tenus encore l'un envers l'autre d'une obligation morale d'amitié. On cite l'exemple de R. José le Galiléen (II^e siècle) qui entretenait chez lui, à ses frais, sa femme répudiée et son second mari, quand elle fut tombée dans la misère.

La Bible elle-même, fait remarquer Caro, peut-être n'a interdit l'union d'un prêtre avec la femme divorcée, que pour permettre à celle-ci de renouer son premier mariage.

Le législateur de la Bible reconnaît que la rupture entre les époux provient souvent d'un accès de colère passager et qui se calmera facilement; mais il n'admet pas que la femme consomme cette scission en concluant un second mariage. Il réprouve les tiers qui s'y prêtent, d'où interdiction pour le prêtre et blâme contre les autres israélites qui prennent une femme répudiée, alors que son premier époux vit encore; de même aussi pour une autre raison défense de remariage de la femme adultère et de son

(97) MICHNA YEB., IV, 10.

(98) KETUBOT, 27.

(99) KETUBOT, 54 a et I. E., 130.

(100) MICHNA YEB., II, 8.

complice. Le mandataire du mari ne peut se marier avec la femme, à qui il apporte le divorce.

Le mari doit subvenir aux frais d'entretien des enfants après le divorce.

Les garçons jusqu'à 6 ans, les filles sans limite d'âge sont confiés à la mère, sauf décision contraire du tribunal, agissant toujours dans l'intérêt des enfants (101).

Le père reste tenu de l'entretien des filles, même confiées aux soins de la mère, ayant convolé en seconde noce (102).

La femme avait une hypothèque générale sur tous les biens du mari, mobiliers et immobiliers (104), garantissant ses reprises après le divorce. Elle n'a plus droit à son douaire si elle commet une infraction à la loi religieuse — par exemple, elle n'a pas prélevé la dîme, elle refuse la cohabitation par répulsion de son mari, elle a servi à son époux des aliments défendus, ou quand elle transgresse des préceptes moraux, par exemple, elle a manqué de pudeur, avait une tenue négligée (105).

Quand la femme n'a aucun reproche à se faire, quand elle n'a commis aucune faute religieuse ou morale, elle obtiendra l'intégralité de ses créances dotales : par exemple, elle veut habiter la Palestine (106), mais son époux s'y refuse (107), ou elle a demandé le divorce pour défauts graves du mari, qui a perdu la vue, une main, une jambe (108), ne peut plus la nourrir, lui a fait subir des mauvais traitements (109), a pris une seconde femme sans son consentement (110).

(101) KET., 65 b.

(102) KET. 101 b.

(103) KET. 65 b.

(104) KET. 82 a.; I. E., p. 17.

(105) I. E., art. 4. Cf. *supra*.

(106) La Palestine est encore, aujourd'hui, pour les gens pieux, la terre sainte, où ils aimeraient aller vivre.

(107) MICHNA KETUBOTH, XIII, 2; KETUB., 110 b.

(108) KET. 77 a.

(109) KET., 71 a., 77 a; KETUBOT, 39, per. 111.

(110) YEBAMOLT, 65. Cf. *supra*.

Les cadeaux que l'épouse divorcée a reçus de son conjoint restent sa propriété; elle les emportera après répudiation, quelle qu'en soit la cause.

La prescription est de 25 ans pour les créances dotales de la femme (111), et a pour point de départ le jour du divorce.

65. — *Divorce par mandataire.*

Le divorce par mandataire est permis. Le mandataire doit être capable d'accomplir tout acte religieux (112). Les païens, les esclaves, les enfants, les sourds-muets, les idiots ne peuvent être mandataires.

Chacun choisit son mandataire, sauf cas urgent (113), et confirmation du mari, si la femme a fait choix d'un mandataire pour lui.

Une femme peut représenter un homme, et vice-versa (114).

Le mari ne peut annuler un divorce fait par mandataire, hors la présence du messenger ou de la femme divorcée (115).

Le divorce est présumé réalisé dès la remise du gueth par le mandataire, même si, entre temps, le mari décède, sauf s'il était agonisant au moment de la confection du gueth (116).

Ce divorce devient définitif au moment de la remise de l'acte entre les mains de la femme ou de son mandataire, avec effet rétroactif au jour de la rédaction de l'écrit.

(111) RABBINOVITCH : *Législ. civile du Talmud*, p. 301.

(112) MICHN. GUITH., II, 5; GUITH., 23 b.

(113) GUITH., 62 b.; NAZ, 141, 1.

(114) GUITH., 23 b.

(115) MICHNA GUITH., IV, 2.

(116) MICHNA GUITH., III, 3; GUITTIN, 28 a.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
1100 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
1100 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
1100 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
1100 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

DEUXIÈME PARTIE

Système législatif français

GEORGE B. BARTLE

GEORGE B. BARTLE

66. — *La famille en droit français.*

La famille est pour l'homme une nécessité inéluctable. Elle est aussi le plus essentiel des éléments qui composent les nations (1).

Le législateur doit donc se préoccuper au plus haut point de l'organisation de la famille (parenté, alliance, adoption), des conditions de son existence (mariage), de la situation juridique des personnes qui la composent (époux, enfants légitimes), et des incidents qui peuvent surgir dans la vie familiale (divorce, séparation de corps). Voyons tout spécialement et très brièvement le divorce en droit français.

67. — *Définition du divorce en droit français.*

Le divorce est la dissolution du mariage du vivant des deux époux, à la suite d'une décision judiciaire, rendue à la requête de l'un d'eux ou de l'un et de l'autre, pour une des causes établies par la loi (2).

68. — *Importance du divorce.*

L'institution du divorce, dit Colin et Capitant (3), est

(1) PLANIOL : *Traité élém. de dr. civil*, t. I, N^{os} 637, 642.

(2) COLIN et CAPITAN : *Cours élém. de dr. civil français*, t. I, p. 196, N^o 172, éd. 1931.

(3) COLIN et CAPITANT, p. 196, *op. cit.* ..

l'une des plus importantes de notre droit privé, l'une de celles qui mettent en jeu les plus graves considérations et qui suscitent les plus âpres controverses.

C'est particulièrement en France, comme un champ de bataille où s'entre-choquent les conceptions rivales qui se disputent, depuis plus d'un siècle, la puissance politique et le gouvernement des consciences.

69. — *Historique.*

Sous l'influence du christianisme, partisan de l'indissolubilité du mariage, la France, dès le ix^e siècle, interdit le divorce.

Dans l'ancien droit, les tempéraments à la prohibition du divorce étaient les suivants :

1^o La séparation de corps, qui était accordée à la femme, pour des causes très variées et qui la libérait de l'obligation de la vie commune avec son mari, mais qui se distinguait du divorce actuel, en ce qu'elle ne permettait pas à l'un des conjoints séparés de contracter un nouveau mariage.

2^o L'annulation du mariage, qui était accordée pour certaines causes déterminées (vice du consentement, parenté, etc.).

3^o En outre, le lien conjugal pouvait être rompu en cas de non consommation physique du mariage (en vertu de l'idée que le mariage ne devenait parfait et indissoluble, que par la consommation (4)).

4^o Enfin, dans quelques cas très exceptionnels, le mariage pouvait être dissous, par exemple, dans le cas de l'époux, qui devenait chrétien et qui ne pouvait déterminer son conjoint à adopter le christianisme.

La Révolution française, après avoir sécularisé le ma-

(4) Cf. ESMEIN : *le mariage en dr. can.*, t. II, p. 98, 268, 275.

riage et déclaré dans la Constitution du 3 septembre 1791 que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil », établit le divorce par la fameuse loi du 20 septembre 1792.

Est admis le divorce par consentement mutuel, par simple déclaration devant l'officier de l'état civil, ou même sur demande, pour causes déterminées telles que les crimes, sévices ou injures graves d'un conjoint contre l'autre, l'adultère, la condamnation de l'un des conjoints à une peine afflictive ou infamante, le dérèglement notoire des mœurs, l'abandon d'un époux par l'autre *pendant deux ans au moins*, l'aliénation mentale, l'absence sans nouvelles *pendant cinq ans*, l'émigration, et même pour simple incompatibilité d'humeur et de caractère.

On alla plus loin et par un décret des 4-9 floréal an II, on décida qu'il serait permis à l'officier de l'état civil de prononcer le divorce sur un simple acte de notoriété, délivré par le Conseil général de la commune, ou sur l'attestation de six témoins déclarant que les deux époux vivaient séparés depuis six mois au moins.

70. — *Code civil et législation postérieure.*

Les rédacteurs du Code civil maintinrent l'institution du divorce.

On limite les causes de divorce à trois cas : adultère, condamnation d'un des époux à une peine afflictive et infamante, excès, sévices ou injures graves.

Le divorce par consentement mutuel est maintenu, mais avec des formes et des conditions multiples et sévères.

On établit une procédure spéciale, lente et coûteuse pour en écarter les classes populaires, (l'assistance judiciaire ne sera établie qu'en 1851).

De plus, on décide que les époux divorcés ne pour-

ront plus se réunir (art. 295), que l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé pour cause d'adultère ne pourra épouser son complice (art. 298).

Après le retour des Bourbons, la loi du 8 mai 1816 supprima le divorce.

La loi du 27 juillet 1884 rétablit le divorce, et la loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps a simplifié les formes du divorce en les rapprochant très sensiblement de celles des procès ordinaires.

La loi du 6 juin 1908 réglemente et facilite la conversion de corps en divorce.

Désormais, l'un des époux séparés de corps peut, à son gré, demander la conversion en divorce, par cela seul que la séparation a duré trois ans.

71. — *Les causes du divorce.*

Le Code civil admet actuellement quatre causes de divorce :

L'adultère. — La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. — Les excès et sévices. — Les injures graves.

72. — *Les injures graves.*

La notion d'injures graves est, sans contredit, celle qui offre le plus d'applications.

Ce seront des outrages adressés par un des époux à l'autre au moyen de la parole ou de la plume, des actes offensants pour l'époux, tels que l'ivrognerie habituelle et publique, le jeu, etc.

L'injure grave, par son absence de précision, peut en-

glober les faits les plus divers et rendre le divorce recevable dans des cas les plus variés. Les recueils de jurisprudence fourmillent d'exemples des plus curieux.

Des simples légèretés de conduite, tentative d'adultère, communication d'une maladie secrète, abstention volontaire et persistante du devoir conjugal, abandon volontaire et intentionnel de l'un des époux par l'autre, refus non justifié du mari de recevoir sa femme; le refus persistant de la femme de réintégrer le domicile conjugal, sans motifs plausibles. Le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage après la célébration civile (Rouen, 29 avril 1910, S. 1911-2-37).

Et cette jurisprudence est sans cesse en voie d'extension et ne peut même pas être sous le contrôle de la Cour de Cassation. car elle se fonde sur l'appréciation des faits (5).

Elle aboutit parfois à violer, à tout le moins à tourner la loi, à en méconnaître l'esprit.

Par exemple : la condamnation, simplement à une peine correctionnelle suffit pour justifier le divorce pour injures graves, ou même des faits antérieurs au mariage, tels que l'impuissance du mari, l'erreur sur l'intégrité judiciaire ou corporelle d'un conjoint, ou sur les croyances religieuses (avec dissimulation frauduleuse). Le divorce sera prononcé pour ces causes alors que la loi ne les aurait pas admises pour annuler le mariage.

Il faut ajouter qu'en fait, souvent, des époux qui n'ont pas de causes déterminées à faire valoir simuleront des griefs inexistants en réalité, et se mettront d'accord pour divorcer, ou l'un d'eux fera défaut et ainsi le divorce par consentement mutuel sera réalisé.

(5) Voir comme exemples d'extension assez aventureuse de la notion d'injure : Cass., 30 nov. 1898. D. 99, 1, 358 (refus de renvoi d'un domestique), Cass., 10 juin 1907. S. 1907, 1, 454 (habitudes d'ivresse), 11 janvier 1921. D. 1921, 1, 71 (immixtion abusive du mari dans la conduite du ménage).

73. — *Les anciennes interdictions de divorce.*

Signalons que l'art. 295 disait, dans son alinéa 3, que lorsque deux époux divorcés se seraient réunis, il ne serait plus reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce. La loi du 5 avril 1919 a abrogé cette disposition.

Chacun des époux est désormais libre de contracter après le divorce, un nouveau mariage avec une tierce personne.

D'après le Code, un nouveau mariage entre époux divorcés n'était pas permis. On croyait ainsi rendre les divorces plus réfléchis et plus rares. La loi de 1884 a supprimé cette interdiction.

De même les époux ne pouvaient plus se réunir si l'un ou l'autre avait, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage, suivi d'un second divorce, mais la loi du 4 janvier 1930 a supprimé cette prohibition.

74. — *Procédure.*

La procédure du divorce organisée par la loi du 18 avril 1886 comprend trois phases successives, se déroulant :

1° Devant le Président du Tribunal (requête portée en personne, — tentative de conciliation, — permis d'assigner, etc...).

2° Devant le Tribunal et la Cour.

3° Après la décision définitive (publicité — transcription — mention en marge de l'acte de mariage).

75. — *Conséquences du divorce.*

Le divorce met fin aux rapports juridiques que le mariage avait créés entre les époux. Il ne les efface pas

dans le passé, en cela il diffère de l'annulation du mariage.

Dans l'avenir, aucun rapport de droit ne subsiste plus entre les anciens époux (usage du nom, *droit de se remarier*, suppression des devoirs entre époux, de l'alliance).

76. — *Pension alimentaire.*

L'époux qui a obtenu le divorce peut, s'il se trouve dans le besoin, obtenir du tribunal une pension alimentaire, qui ne pourra pas excéder le tiers des revenus des époux condamnés à la lui servir et, de plus, sera révocable le jour où elle cessera d'être nécessaire (art. 301 du Code civil) (6).

77. — *Domages-intérêts.*

Il pourra aussi, indépendamment de cette pension, et quand même il ne serait pas dans le besoin, obtenir des dommages-intérêts, par application de l'art. 1382, s'il résulte des faits qui ont motivé le divorce un préjudice matériel ou moral distinct de celui qui découle déjà pour lui de la rupture du mariage et que l'allocation de la pension alimentaire a pour but de réparer.

78. — *Devoirs envers les enfants.*

Le père et la mère restent tenus, malgré le divorce, de l'obligation de subvenir chacun dans les limites de ses moyens, aux frais d'éducation et d'entretien de leurs enfants.

(6) Civ., 21 juin 1927. D. H. 1927, 398. S. 1927, I, 299. Paris, 23 mars 1928, G. P., 28, 1, 685. D. H. 1928, 325.

Cette obligation est d'ordre public.

Il est intéressant de noter que malgré la rupture du lien conjugal, le divorce peut encore laisser subsister à la charge de l'un des époux soit une pension alimentaire en faveur de l'autre, soit une allocation à des dommages-intérêts.

79. — *Fondement de l'obligation alimentaire (art. 1382).*

Certes, l'obligation alimentaire, après le divorce, paraît surprenante. L'époux, qui a obtenu le divorce n'est, par rapport à l'autre conjoint, ni parent, ni allié; il n'est plus, par définition, dans les liens du mariage. La réponse traditionnelle à cette question, c'est que le fondement de l'obligation alimentaire visée par l'article 301 se trouve dans le préjudice que l'époux coupable a pu, en rendant, par *sa faute*, le divorce nécessaire, causer à l'autre conjoint, si celui-ci n'a pas les ressources suffisantes pour subsister.

La base de l'article 301 doit être cherchée non dans l'article 212 « devoirs entre époux », mais dans le principe de l'article 1382.

La pension alimentaire allouée à l'époux sorti vainqueur de l'instance est la réparation d'un préjudice injustement subi (7).

80. — *Conditions.*

Toutefois, l'octroi de cette pension alimentaire est subordonnée à certaines conditions.

(7) Req. 15 déc. 1909. D. P. 1011, 1, 25, note de M. de LOYNES. S. 1912, 1, 313, note de M. GAUDEMET. Civ. 18 oct. 1926. D. P. 1927, 1, 101, note de ROUAST. G. P. 1926, 2, 693, Georges RIPERT : *le caractère de la pension alimentaire en cas de divorce*. D. H. 1927, p. 53, chroniques..

En effet, l'art. 301 dit : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. »

Ainsi donc, seul l'époux « innocent » a droit à une pension alimentaire. L'époux coupable ne pourrait en réclamer une; et si le divorce était prononcé aux torts de l'un et de l'autre, aucun des deux n'aurait ce droit.

C'est donc la réparation du préjudice causé par la faute de l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé (8).

De plus, et par voie de conséquence, pour que le tribunal puisse, soit par le jugement prononçant le divorce, soit par un jugement spécial (9), attribuer une pension alimentaire à l'époux innocent, il faut que la gêne dont celui-ci se prévaut ait existé dès l'époque de la dissolution du mariage. C'est seulement dans ce cas, en effet, que le divorce lui cause un préjudice certain. S'il tombe dans le besoin postérieurement, la cause de son dénuement n'est plus le divorce, et on ne concevrait pas que son ancien époux fut condamné à lui fournir des aliments!

C'est une obligation alimentaire à caractère spécial au lieu de reposer sur une qualité personnelle comme toute autre obligation alimentaire, et prenant fin avec la vie de celui qui la doit, la pension de l'art. 301 continue à être due au conjoint innocent par les héritiers du conjoint coupable, ce qui est la marque de toute obligation de payer

(8) Nancy, 21 fév. 1903. D. P. 1904, 2, 452.

(9) Le tribunal statue sur la question de pension par jugement distinct, lorsque la demande en pension n'a été présentée qu'après le jugement de divorce. (Ce retard dans la présentation de la demande ne l'empêche pas d'ailleurs d'être recevable).

des dommages-intérêts en raison d'un préjudice causé (10).

En raison de la qualité particulière de cette obligation alimentaire, à base délictueuse, l'époux qui a droit à pension peut valablement renoncer à ce droit postérieurement au divorce. En effet, la victime d'un délit est libre de renoncer à la créance que ce délit a fait naître à son profit. Sans doute, on ne peut renoncer à l'avance au droit de réclamer des dommages-intérêts pour un délit à venir, parce que l'ordre public s'y oppose, mais il ne s'oppose pas à ce qu'on renonce à un droit déjà né (11).

Enfin, on a agité la question de savoir si une décision ordonnant le divorce peut, en dehors de la pension alimentaire de l'art. 301, attribuer à l'époux innocent des dommages-intérêts en *capital*, correspondant au préjudice causé par les agissements de l'époux coupable.

La jurisprudence admet l'affirmative (12). En déterminant un mode spécial de réparation d'un certain préjudice causé à autrui, la loi n'a pas entendu exclure les autres procédés, notamment le procédé usuel consistant dans l'allocation d'un capital à la victime du délit.

(10) Civ., 18 oct. 1926, précité. Cf. notes WAHL. S. 1905, 2, 57. VALÉRY. D. P. 1902, 2, 25 et de LOYNES. D. P. 1908, 2, 297.

(11) Req. 28 juillet 1903. D. P. 1904, 1, 37. S. 1905, 1, 9, note de M. NAQUET; *Contra* : RIPERT, *op. cit.* D. H. 1927, *chron.*, p. 54. C. CAPITANT *pour*, p. 381.

(12) Cf. note de M. LACOSTE. S. 1901, 2, 197; Civ. 21 juin 1927. G. P. 1927, 2, 343.

TROISIÈME PARTIE

**Difficultés nées des Conflits
entre ces deux systèmes législatifs**

THE NEW YORK

LIBRARY OF THE

NEW YORK HISTORICAL SOCIETY

CHAPITRE PREMIER

LOI CIVILE ET LOI RELIGIEUSE — CONFLIT ENTRE CES DEUX LOIS

81. — *Généralités.*

La loi civile n'ignore pas totalement la loi religieuse.

En droit international privé s'élève la grave question de savoir si les tribunaux peuvent, sans violer le principe de laïcité, de neutralité de la justice en matière religieuse, connaître des procès, où fatalement ils ont à examiner le côté religieux du litige soumis à leur appréciation; en présence de cette difficulté, les tribunaux français ont longtemps hésité à se déclarer compétents en matière de divorces relatifs à des étrangers dont la loi avait un caractère confessionnel.

Cantonnons-nous au droit privé français, applicable, par définition, aux citoyens français. Voici quelques exemples de procès où la question religieuse est en cause et où cependant les juges ont jugé.

82. — 1° *Refus de célébration religieuse du mariage.*

(Cause de divorce ou de séparation de corps.)

Voici un arrêt ancien rendu le 29 janvier 1859 (1)

(1) D. 60, 2, 97. Voir aussi Rouen, 29 avril 1910. D. 1912, 5, 2. S. 1911, 2, 32.

(Angers), qui prononça la séparation de corps (2) au profit de la femme, parce que le mari, ayant refusé de se prêter à la célébration religieuse du mariage, a causé, d'après l'arrêt, une injure grave envers la femme.

Ainsi donc, le refus du mari de procéder au mariage religieux, réclamé par la femme, après le mariage civil, peut être considéré comme une injure grave de nature à motiver une demande en séparation de corps.

Madame L... contre L...

« M. L. épousa, en 1813, M^{lle} Jeanne N., mais devant l'officier de l'état civil seulement. Le mariage religieux ne fut pas célébré. Depuis cette époque, les époux vécurent séparés. En 1849, intervint entre eux un traité, par lequel le mari s'engageait à fournir à sa femme une rente annuelle et la femme, de son côté, renonçait à l'avance à tous les droits d'épouse commune en biens. En 1858, la dame L. fit sommation à son mari de la recevoir au domicile conjugal, après la célébration du mariage religieux. Le sieur L. offrit de recevoir sa femme au domicile conjugal, mais il se refusa absolument à la célébration du mariage religieux.

La dame L. intenta alors une demande en séparation de corps, fondée sur ce refus, qui constituait à ses yeux une injure grave, puisqu'elle n'eût pu accepter l'offre qui lui était faite sans se dégrader à ses propres yeux, causer un grand scandale et s'exposer au juste mépris des personnes religieuses.

« Cette demande ayant été repoussée par le tribunal de Mayenne, la dame L. a interjeté appel de son jugement.

(2) En droit français, les causes sont identiques pour le divorce et la séparation de corps.

« Arrêt :

« La Cour, considérant qu'à l'audience de la Cour,
« en présence de L..., il a été hautement déclaré, en son
« nom, qu'il se refusait formellement et se refuserait tou-
« jours à la célébration du mariage religieux réclamé par
« sa femme;

« Considérant que par de telles prétentions, L... mé-
« connaît les obligations et devoirs que lui impose l'ar-
« ticle 214 du Code civil (Napoléon), qu'il refuse, en y
« mettant des conditions inadmissibles, de recevoir sa
« femme au domicile conjugal et porte en même temps
« atteinte à sa dignité de femme et à sa liberté de cons-
« cience (4), que c'est la placer entre la misère, résultat
« d'un abandon qui n'a duré que trop longtemps, et l'ac-
« ceptation d'une position pire encore, *la cohabitation*
« *sans mariage religieux*, que repoussent sa conscience et
« le sentiment de ses devoirs comme femme attachée à sa
« religion;

« Considérant que le refus persistant de L., cette
« alternative à la fois outrageante et inacceptable consti-
« tue une *injure grave*, de nature à entraîner la sépara-
« tion;

« Qu'on ne pourrait admettre, avec les premiers ju-
« ges, que la prétention de M^{me} L. est tardive; que les
« droits et devoirs sont imprescriptibles et qu'il n'est ja-
« mais trop tard pour demander et obtenir la réparation
« d'un tort ou d'une faute qui y porterait atteinte;

« Considérant encore qu'il est impossible d'accueillir,
« comme l'ont fait les premiers juges, les appréciations de
« L. quant au mariage demandé par sa femme et qu'il
« refuse, parce qu'il le considère désormais comme sans
« but et comme une profanation; que l'on doit voir, au
« contraire, dans l'expression de pareils sentiments un

(4) Très important.

« outrage de plus et une aggravation de l'injure puisque
 « la loi civile admet et que l'Eglise consacre le mariage,
 « quelque avancé que soit l'âge des contractants, que, loin
 « de constituer une profanation, de telles unions qui font
 « cesser des situations irrégulières sont plutôt un hom-
 « mage à la morale, et pour la foi religieuse une juste
 « réparation;

« Par ces motifs, infirme le jugement du tribunal de
 « Mayenne, et prononce la séparation au profit de M^{me} L.

« Du 29 janvier 1859. Cour d'Angers. »

La note sous cet arrêt fait remarquer « que la ques-
 « tion de savoir quelles peuvent être les conséquences ju-
 « ridiques du refus de procéder à la célébration du ma-
 « riage religieux » n'est pas tout à fait neuve en juris-
 prudence (5).

Mais c'est entre les auteurs que la question est agitée.
 Des systèmes différents ont été proposés.

1^o *Théorie de Bressoles (6) : Nullité du mariage civil.*

Le mariage civil non suivi de la célébration du ma-
 riage religieux, alors que cette dernière solennité était la
 volonté expresse ou *tacite*, mais non douteuse des époux
 avant le mariage, serait nul; l'époux trompé (la femme
 ordinairement) pourrait se prévaloir du refus de son con-
 joint comme d'une cause d'erreur sur la personne, car
 l'époux hypocrite, dit M. Bressoles, n'est plus le même que
 la femme a voulu épouser.

2^o *Théorie de Marcadé : Mariage annulable.*

Dans ce cas le mariage n'est pas nul, mais annulable,

(5) Cf. Montpellier, 4 mai 1847. D. P. 47, 2, 81. A propos d'une
 pension alimentaire réclamée par la femme dont le mariage civil
 n'avait pas été suivi du mariage religieux, et la note.

(6) *Rev. de législation*, 1846, 1, 2, p. 149.

parce qu'il y a erreur sur une qualité essentielle de la personne et que l'erreur sur les qualités peut être une cause d'annulation, lorsqu'elle a été la cause déterminante du mariage et qu'elle a une importance morale assez grande.

L'auteur de la note fait remarquer qu'il ne peut accueillir ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes, car, dit-il, « un mariage ne peut être annulé pour cause d'erreur qu'autant que cette erreur porte sur l'identité même de la personne, qu'autant que l'un des mariés est fondé à dire : la personne que j'ai épousée n'est pas celle que j'ai cru épouser (7); or, ici, rien de pareil.

A proprement parler, continue-t-il, il n'y a pas d'erreur, il y a simplement un fait volontaire, un dissentiment qui se produit entre les époux après la célébration du mariage civil; et en admettant qu'on doive y voir une erreur de l'un des époux sur les opinions et les sentiments de l'autre, en admettant même que ce dernier l'ait fait naître avant le mariage civil, par une déclaration mensongère ou l'ait entretenu par un silence calculé, cette erreur ne serait pas de nature à motiver une demande en nullité du mariage, car elle n'affecte point l'identité de la personne.

3° *Théorie de Thierriet* (8).

Dans ce système, l'époux à qui son conjoint refuse la célébration du mariage religieux ne pourrait prétendre, ni que le mariage est nul, ni qu'il est annulable; il ne pourrait même pas demander la séparation de corps. Tout son droit (nous supposons la femme) consisterait à se

(7) Jurisp. générale . V. mariage, N° 68. En ce sens, Cour de Paris, 4 février 1860. D. P. 60, 2, 87, avec observations.

(8) *Rev. de Législ.*, t. III, p. 161.

refuser à l'habitation commune. Il n'y a qu'une manière de voir différente entre époux, un dissentiment rien de plus.

Ce système pèche en sens contraire du système précédent. Il est trop absolu.

Le mariage religieux est sans doute indépendant du mariage civil, cependant il est impossible de ne pas tenir compte de l'état des mœurs, de la puissance du sentiment religieux, et de la légitime attente de la femme, au moment où le mariage civil a été contracté.

Contraindrait-on la femme à l'habitation commune après un simple mariage civil? Alors on violenterait sa conscience religieuse, qui se confond avec sa conscience morale. Dans la pensée de la femme catholique le mariage est un sacrement en même temps qu'un contrat. La contraindre à l'habitation commune avant le mariage religieux c'est la forcer à vivre dans un état de concubinage, c'est outrager sa pudeur (9).

La loi, à la vérité, ne reconnaît aucune force légale au mariage religieux, mais notre droit public proclame la liberté religieuse. Or il y a ici deux parties; la conscience de l'une ne peut être sacrifiée au bon plaisir de l'autre; que l'époux qui se refuse à la cérémonie religieuse n'y puisse être contraint, cela se conçoit, quoique ce soit un manque de foi; mais c'est bien le moins que, de son côté, l'épouse catholique puisse librement se refuser à demeurer dans un état illicite, coupable à ses yeux. Autrement sa liberté religieuse, sa conscience, sa pudeur seront sacrifiées; et l'on ne peut admettre que notre droit public proclame la liberté du sentiment religieux dans le seul intérêt de *ceux qui n'en ont pas*.

(9) C'est le même problème qui se pose pour la femme israélite, divorcée civilement, mais non religieusement et qui trouverait à se remarier. Son deuxième mariage n'est possible religieusement que si elle obtient le divorce d'avec son premier mari.

4° *Théorie de Demolombe (10) et Thiercelin (11) : le refus du mariage religieux est une injure grave.*

Le refus de procéder au mariage religieux ne rend le mariage ni nul, ni annulable, attendu qu'il ne touche en rien à l'identité de la personne, mais constitue une injure grave suffisante pour être une cause de séparation de corps.

Voici ce que nous lisons dans Planiol et Ripert (13) à propos du refus de consentir à la célébration religieuse :

« La loi ne reconnaît pas une valeur juridique à la célébration religieuse du mariage, mais elle ne l'ignore pas, puisqu'elle impose la priorité du mariage civil.

« Le mariage religieux est donc, aux yeux du législateur, un complément facultatif du mariage civil. Si un des conjoints ne consent au mariage civil que sur la promesse d'une cérémonie religieuse, il est fondé à invoquer devant les tribunaux, comme cause de divorce, le grave manquement de son conjoint à sa promesse. On peut même admettre, étant données les habitudes reçues, que cette promesse peut être considérée comme sous-entendue quand l'autre conjoint n'a rien dit, avant le mariage, qui pût faire croire qu'il refuserait la cérémonie religieuse (14). »

Il y a lieu de remarquer, ajoute-t-on, que dans ce cas le divorce est permis par la loi religieuse à un époux catholique puisqu'il n'est pas marié aux yeux de l'Eglise.

(10) DEMOLOMBE, t. IV, N° 390.

(11) THIERCELIN : *Du mariage civil et du mariage religieux*, 1855, p. 148 et suiv.

(12) L'auteur de la note de cet arrêt adhère à ce quatrième système. Cf. Jurisp. gén. V. sép. de corps, N° 58.

(13) T. II, 524. *Op. cit.*

(14) Angers, 29 janvier 1859. D. 60, 2, 97 (rapporté plus haut). Orléans, 10 juillet 1862. — *D. Jur. gén.*, v. divorce, N° 87. — Bruxelles, 17 juillet 1889. S. 90, 4, 28. — Rouen, 29 avril 1910. D. 1912, 5, 2.; D. 1911, 2, 37. — La doctrine est divisée.

83. — *Refus du baptême, cause de divorce.*

Nous sommes dans un pays à législation laïque, certes, mais non dans un pays antireligieux (comme la Russie nouvelle par exemple). La question de sanction contre le refus de se prêter à une cérémonie ou même à une formalité religieuse s'est posée souvent en Droit français. En voici un autre exemple (15) : il s'agissait de deux époux catholiques, le mari s'opposait à ce que les enfants communs reçoivent le baptême... « Attendu, dit cette décision, que si le refus du père de faire baptiser ses enfants peut ne pas être toujours et par lui seul une cause de divorce, puisqu'il n'est que l'exercice, peut-être rigoureux mais du moins légal, de l'autorité paternelle, il en est autrement lorsque le mari, ayant affiché avant le mariage des sentiments religieux, manque après l'union à la parole donnée, et viole l'engagement qu'il a pris expressément ou *tacitement* de respecter les croyances de son épouse, il fait à son conjoint, qu'il blesse dans l'intimité de sa conscience et de sa foi, la plus cruelle des injures. »

84. — *Mariage des prêtres.*

Le mariage contracté par des prêtres ou religieux catholiques, au mépris de leurs vœux ou de la discipline catholique, a été examiné, quant à sa validité, par les juges et n'a été définitivement validé que depuis un arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation en date du 25 janvier 1888 (16).

Il y a eu aussi quelques décisions annulant, pour er-

(15) Req. 30 nov. 1898. D. 99, 1, 358. Sur appel Cour de Paris, 13 juillet 1898 et Pourvoi en cassation, du 30 novembre 1898.

(16) D. P. 1888, 1, 97. S. 1888, 1, 193 et la note de M. Labbé.

reur, le mariage d'une catholique avec un prêtre ou un religieux qui avait dissimulé sa situation (17).

85. — *Antériorité du mariage civil par rapport au mariage religieux.*

Le législateur ne doit pas s'immiscer dans la réglementation et l'administration religieuses du mariage telles qu'elles sont organisées par les diverses confessions religieuses. Le texte (encore en vigueur sur ce point) de la Constitution de 1791 ne dit pas que le mariage n'est qu'un contrat civil, mais seulement que la loi le considère exclusivement à ce point de vue, ce qui est tout différent. Les contractants sont donc entièrement libres de donner en outre à leur mariage le caractère religieux et de l'entourer de formes cultuelles. Rien ne doit gêner à cet égard une liberté dont use d'ailleurs en fait l'immense majorité des époux.

Cependant nous devons constater qu'il y a ici un léger désaccord entre la loi positive et les principes juridiques.

En logique et en équité, les contractants devraient être libres de faire bénir leur mariage par leur curé, leur ministre, ou leur rabbin, *après* ou *avant* le mariage civil.

Or la loi du 18 Germinal an X, contenant les articles organiques du Concordat, interdit aux curés des paroisses, par son article 54, de procéder à la bénédiction nuptiale avant que les parties aient justifié devant eux de la célébration du mariage civil; et les articles 199 et 200 du Code pénal font de l'infraction à cette disposition, qu'ils généralisent et étendent aux ministres de tous les cultes, un délit punissable de l'amende, de la prison, voire même de la déportation.

(17) Colmar, 6 déc. 1811. et Obs. et autres décisions citées par Rousseau, S. 1920, 2, 129.

Cette atteinte au principe de la neutralité de l'Etat en matière confessionnelle et de l'indépendance respective des deux réglementations du mariage pouvait se justifier en l'an X par des raisons d'opportunité. Il fallait ménager les transitions, empêcher, dans leur propre intérêt et dans celui de leurs enfants, que de futurs époux se dérobaient à la formalité, alors nouvelle, de la célébration civile.

La règle de l'antériorité nécessaire du mariage civil doit être considérée, chez nous, comme toujours en vigueur même depuis la loi de séparation des Eglises et de l'Etat du 9 décembre 1905. Car, si cette loi a abrogé celle du 18 Germinal an X, elle a laissé subsister les articles 199 et 200 du Code pénal (18).

86. — *Tendance des tribunaux civils à tenir compte des faits d'ordre religieux.*

On peut citer également un jugement récent du tribunal civil de Bordeaux du 9 juin 1924, qui tient compte des convictions religieuses de la femme demanderesse.

Dans l'espèce, il s'agissait d'une annulation pour erreur sur la personne, du mariage d'un divorcé, déjà père d'un enfant, qui s'était faussement fait passer pour célibataire.

Toutefois, il faut noter que l'atteinte aux convictions religieuses de la femme n'a pas été le seul motif de l'annulation. L'existence d'un enfant du premier lit était, pour le ménage qui venait de se constituer (par suite du second mariage), une charge et une cause de difficultés, et la

(18) Crim. rejet., 9 nov. 1906. D. P. 1907, 1, 161. S. 1907, 1, 153, note de M. Roux. — Montpellier, 31 oct. 1907. D. P. 1908, 2, 95; S. 1908, 2, 99. — Trib. Lorient, 29 nov. 1923. G. P. 1924, 1, 68. — Cf. BEUDANT : *l'état des personnes*, t. I, p. 297, N° 1.

(19) G. P. 1924, 2, 201. *Rev. Tr. de dr. civil*, 1924, p. 983 (avec obs. de Gaudemet).

deuxième femme était fondée à soutenir — même en faisant abstraction de considérations confessionnelles — qu'il y avait là un élément d'appréciation de première importance, qui aurait pu changer sa décision si elle l'avait connu.

87. — *En droit international privé* (20).

La question a été soulevée en droit international privé, surtout à propos du divorce des israélites russes en 1905.

Le conflit de la jurisprudence de 1905 est précisément celui qui s'élève entre deux lois dans un litige, qui est, d'après l'une d'elles, de la compétence de l'autorité civile et que l'autre réserve à l'autorité religieuse. Ces deux autorités représentant, dit-on, deux autorités absolument distinctes : le droit et la religion (21).

Les arrêts justifient l'impossibilité pour le juge français de connaître d'un pareil litige par la raison qu'il est interdit à celui-ci de s'ingérer dans les matières religieuses, cette interdiction étant elle-même la conséquence de la règle de la neutralité de l'Etat entre les divers cultes.

Tout se ramène donc à savoir l'exacte portée de cette séparation des deux autorités; et l'on remarquera que, même en France, cette règle n'a pas été considérée toujours comme intangible et infranchissable. Il suffit de se rappeler que jusqu'à la fin du siècle dernier nos tribunaux tenaient pour nuls les mariages de moines catholiques romains comme contraires aux vœux prononcés par ceux-ci, et ceux des prêtres, comme contraires à la règle disciplinaire de l'Eglise, qui leur interdisait le mariage.

Un principe certain de Droit français, c'est la com-

(20) Cf. *infra*.

(21) SOÏFER, *op. cit.*, p. 132.

plète indépendance de la religion et du droit : l'une est du domaine de la conscience, l'autre du domaine des tribunaux.

Il n'a pas été facile de départager le spirituel et le temporel.

M. Laurent dit (22) : « Le mariage est un contrat civil, indépendant de toute religion, de toute Eglise. Je parle du mariage légal. La loi est étrangère aux croyances religieuses; elle les abandonne au for de la conscience... La loi a dû faire abstraction des croyances religieuses. » Mais il n'en reste pas moins vrai que le mariage est, encore aujourd'hui, pénétré d'influence religieuse. Le Droit ne peut ignorer totalement la religion.

(22) Tr. dr. civil inter., T. IV, N° 191, p. 366, 367.

CHAPITRE II

DIVORCE JUIF ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

88. — *Généralités.*

Le principe de laïcité n'est pas admis par toutes les législations. Beaucoup de 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, par exemple, sont de la compétence des autorités religieuses, ou obéissent à des règles d'ordre confessionnel.

De tous temps, les hommes ont voyagé et se sont trouvés, à certains moments de leur existence, en pays étrangers, ou même s'y sont fixés à demeure. La question se pose de savoir comment les lois de la nation, auprès de laquelle ils ont trouvé asile, leur sont applicables, et dans quelle mesure leur loi nationale les régit encore. Des conflits peuvent naître entre ces lois différentes. Prenons, par exemple, le divorce des étrangers et plus spécialement des étrangers de confession israélite, fixés dans un pays de l'Europe occidentale, nous trouverons un conflit à caractère particulier. En France, ce conflit porte le nom de divorce des israélites étrangers, mais il faut préciser que ce conflit peut exister, également, à propos des divorces de non-israélites.

Quel est, d'une manière générale, le régime juridique

applicable aux étrangers, en France, pour les questions d'état?

89. — *Historique.*

Dans notre ancien Droit il a été admis, par toutes les Ecoles, quoique pour des motifs différents, que l'état et la capacité des personnes rentraient dans ce que l'on était convenu d'appeler alors le statut personnel qui, à la fin de l'ancien Droit, obéissait à la loi du domicile, et le principe de la compétence de la loi du domicile pouvait être considéré comme à peu près consacré en France du moins, à la veille du Code (1).

Au cours des travaux préparatoires du Code civil, la question fut débattue de savoir si on devait soumettre les étrangers en France, à la loi française. Le Code resta muet sur ce point. La doctrine est à peu près unanime cependant pour soumettre le statut personnel des étrangers à la loi nationale. Elle considère que la solution expresse de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, n'est que l'application aux Français d'un principe absolument général, par conséquent applicable aussi aux étrangers en France (2).

En 1804, le législateur n'avait donc pas précisé ce point de droit. En 1886, lors de la discussion de la loi de 1886, la question du divorce des étrangers fut de nouveau débattue, mais on s'en tint à la solution de 1804 (3).

La jurisprudence française est bien fixée depuis longtemps en faveur de la compétence de la loi nationale des étrangers pour tout ce qui a rapport à l'état des personnes.

Pour les « heimatlos », les « sans patrie », on leur appliquera la loi de leur domicile.

(1) M. PILLET et J.-B. NIBOYET : *Manuel*, *op. cit.*, éd. 1924, p. 511 et suiv.

(2) NIBOYET et PILLET, *op. cit.*, p. 523.

(3) Cf. R. LÉVY, *op. cit.*, 119. — NIBOYET et PILLET, *op. cit.*, p. 522.

C'est un principe donc admis en Droit français, d'après l'article 3, alinéa 3, que la loi nationale des étrangers est applicable en France, aux étrangers, pour toutes les questions d'état (et de capacité).

Cependant, d'autres notions telles que celles d'ordre public par exemple, peuvent s'opposer à l'admission de ce principe. Très peu précise, la notion d'ordre public varie suivant les temps et les lieux.

Une autre limitation à l'application de la loi nationale des étrangers résulte de la distinction entre le fond de droit et les formes de procédure. Chaque fois que la loi française ordonne l'application d'une loi étrangère pour régir un litige entre étrangers, elle restreint sa compétence au fond du droit, mais ne l'étend pas aux formes de procédure. Ces dernières sont soumises toujours à la loi territoriale. Les formes édictent, en effet, les procédés permettant de saisir les tribunaux et d'assurer la marche du procès. La justice ne pourrait pas fonctionner si les règles de procédure variaient avec les plaideurs.

En conséquence, les lois de procédure civile et les voies d'exécution françaises régissent toutes les procédures qui se déroulent dans notre pays. Tout le monde est d'accord pour admettre le principe et la question ne se discute même pas. Mais ce qui est plus délicat, c'est la distinction des formes et du fond de droit (4). Il se pourra, par exemple, que la loi étrangère et la loi française ne soient pas d'accord pour déterminer ce qui est fond du droit et ce qui est forme. Il y aura là un conflit de qualification.

Chaque pays possède ses propres qualifications, c'est-à-dire ses propres déterminations de la nature juridique reconnue à une institution. Or la jurisprudence française est constante à décider que la qualification d'une institution doit être donnée par la loi territoriale ou plus exac-

(4) Cf. NIBOYET et PILLET, *op. cit.*, p. 520, N^{os} 433 et 306 et 1933.

ièrement par la *lex fori*, la loi du tribunal saisi du litige. Ainsi, d'après la majorité de la doctrine et la jurisprudence, la distinction entre les règles de fond du droit et les règles de forme devra être appréciée par la loi française.

Un autre obstacle à l'application de la loi étrangère dans les matières où elle devrait être compétente peut provenir de la mise en jeu de la théorie du renvoi. Cette théorie est une des plus importantes et des plus actuelles du Droit international privé et a déjà été ardemment discutée. La question qui se pose est la suivante : lorsque, d'après les règles de Droit international privé de l'Etat dont relève le juge saisi, la loi d'un autre pays est compétente, faut-il appliquer les dispositions du pur droit interne de la législation étrangère ou aussi ses règles de Droit international ? Ainsi, en vertu des principes de Droit international privé français, la loi nationale des étrangers est compétente pour toutes les questions d'état ou de capacité. Mais il se pourra que cette loi étrangère dispose que ses nationaux seront toujours soumis à la loi du pays où le litige se présente, même pour les affaires de statut personnel ; ces étrangers devraient donc être soumis en France à la loi française.

Dès lors, en vertu des principes français de Droit international privé, la loi étrangère interne serait compétente ; en vertu des principes étrangers de Droit international privé, la loi française serait compétente. Il faudra donc choisir. On dit qu'il y a renvoi quand on fait appel aux dispositions de Droit international formulées par la législation du pays étranger, dont la loi est compétente.

A l'heure actuelle, le renvoi (4 *bis*) est admis par la jurisprudence de la plupart des pays et notamment dans la jurisprudence française.

(4 *bis*) Cf. G. P., déc. 1934, N° 364-365. — G. P., 1933, 1-884. — S. 75, 1-409. — S. 78, 1-429. — G. P., 26, 1-404. — G. P., 32, 2-633.

Ainsi on tient aujourd'hui, comme étant de jurisprudence constante, en France, que toutes les fois qu'une loi étrangère doit être appliquée, si, dans le pays étranger, la loi française était compétente en pareil cas, c'est cette dernière loi que les tribunaux français appliqueront. De même la loi française s'appliquerait encore si la loi étrangère renvoyait à la loi d'un pays tiers, c'est-à-dire à une loi autre que sa loi nationale ou la loi française.

Le renvoi aboutit donc, en définitive, à donner compétence à la loi française, même dans les cas où nos principes de Droit international privé préconisent l'applicabilité de la loi étrangère.

Si le renvoi est universellement adopté par nos tribunaux, il est par contre très violemment critiqué par une partie de la doctrine, de sorte que cette question ne peut pas encore être considérée comme résolue.

Le droit de saisir les tribunaux français suppose, bien entendu, conformément d'ailleurs à la thèse de nos tribunaux, soit que les étrangers sont domiciliés en France, ou du moins ne possèdent pas de domicile à l'étranger, soit qu'une convention internationale leur donne le libre accès des tribunaux français.

90. — *Etat du Droit français jusqu'en 1921.*

Par application du principe de la compétence de la loi nationale des étrangers dans les litiges relatifs au statut personnel, on devrait conclure à la possibilité pour les Juifs, appartenant à des pays à législation religieuse, d'obtenir leur divorce en France en vertu de la loi juive (5).

Jusqu'en 1902 (6), la jurisprudence française avait admis sans hésitation la compétence de la loi juive (7).

(5) 12 mai 1887, le tribunal civil de Seine prononça le divorce entre époux israélites hongrois. Cf. le droit, 22 mai 1887. Soifer, p. 39.

(6) 5 juin 1891, se déclara compétent pour une demande de divorce entre israélites russes. (CLUNET, 1892, p. 194; 5 mars 1892, p. 661.

(7) 3 juillet 1896. (1896, p. 848). Epoux Levine. Très intéressant.

Cela a duré ainsi pendant fort longtemps, dit Soïfer, et l'ordre public français ne fut pas pour cela ébranlé.

Le 5 mars 1901, le tribunal de la Seine déclarait encore qu'une demande en divorce d'israélite étranger, soumis à une loi confessionnelle, était recevable (8).

Le jugement du 5 mars 1901 fut infirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1902, par lequel la Cour se déclara incompétente pour connaître des demandes en divorce formulées par des Juifs régis par leurs lois confessionnelles (9).

La Cour de Cassation confirma cet arrêt.

C'est le fameux arrêt Levinçon, qui a fait longtemps jurisprudence (10) et a suscité un certain mouvement de doctrine.

Dans son arrêt de 1905, la chambre civile relève tout d'abord que le divorce est bien régi par la loi nationale des époux, ici la loi russe. Mais il ne l'applique que pour constater immédiatement qu'elle subordonne le divorce à l'accomplissement de certains rites religieux et à une décision de l'autorité religieuse rabbinique, laquelle a seule qualité pour dissoudre une pareille union.

Il en conclut que nos tribunaux doivent se déclarer incompétents, vu l'impossibilité de pouvoir appliquer la loi nationale des époux en pareille matière et, de plus, la procédure religieuse imposée par la loi russe est contraire à notre ordre public et on ne peut l'appliquer.

La Cour dit notamment :

« Considérant que la séparation des matières civiles

(8) D. 1903, II, 49.

(9) Jugement du Tribunal civil de la Seine, 18 déc. 1902. J. C. 1903, p. 805. Epouse Olschwang.

(10) S. 1906, 1, 161.

« et religieuses est l'une des bases essentielles de la légis-
 « lation française, que si ce principe ne s'oppose pas à ce
 « que le juge français déduise du mariage religieux con-
 « tracté par des étrangers soumis à une législation diffé-
 « rente, les conséquences juridiques qu'y attache 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 vaine-
 « ment que la juridiction civile a la plénitude de juridic-
 « tion en matière de mariage et divorce, que la règle de
 « la séparation du civil et du religieux n'est que d'ordre
 « public interne... »

C'est donc en vertu de la notion d'ordre public que la Cour écarte l'application de la loi juive en France et se déclare incompétente pour statuer sur le divorce de deux époux juifs russes.

Elle considère que la législation française étant essentiellement laïque et ayant marqué une séparation très nette entre les matières civiles et religieuses, elle ne peut pas autoriser une juridiction française à appliquer une loi confessionnelle dont les dispositions sont d'essence religieuse.

Selon elle, la loi juive, en donnant à l'autorité rabbinique un rôle très important dans l'accomplissement de la répudiation, lui confère un caractère nécessairement confessionnel.

Un tribunal français ne peut donc pas s'y substituer.

Il y aurait en matière de divorce un défaut de communauté juridique entre la loi juive et la loi française. Ainsi l'ordre public en France serait intéressé à ce que la législation française n'admette pas l'application de la loi juive dans les litiges relatifs au divorce.

Depuis cet arrêt, malgré les critiques de la doctrine,

de nombreuses décisions ont été rendues dans le même sens (11).

Le Tribunal de la Seine, antérieurement à l'arrêt Levinçon, partisan de la recevabilité d'une action en divorce de Juifs russes, a dès le 18 décembre 1902 modifié sa jurisprudence.

« Attendu, dit ce jugement, 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 (12). »

Le Tribunal de la Seine s'étant en 1907 de nouveau déclaré compétent pour connaître d'un divorce de Juifs russes, dans une affaire où la femme étant demanderesse, le mari fit appel.

La Cour de Paris, fidèle à sa précédente jurisprudence, se déclara incompétente.

« ...Qu'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 de ces rites, non comme de simples formalités de procédure, mais comme des règles essentielles qui touchent au *fond du Droit*, et que le principe de la neutralité de l'Etat entre les divers cultes défend aux juges français de s'ingérer dans les matières

(11) Paris, 21 juin 1910, Frenkel Rev. Lapr. 1910, p. 837. Seine, 9 mai 1911. Levin Rev. Lapr. 1911, p. 640 et sur appel, Paris, 26 déc. 1912. Rev. Lapr. 1913, p. 424. — Cf. également contra : Alger, 7 mars 1892, Clunet, 1898, p. 1102 et Rev. Lapr. 1922, p. 378. Epoux espagnols.

(12) CLUNET, 1903, p. 805.

« religieuses, même lorsque le litige ne concerne que des « étrangers... (13) »

Depuis cette époque, de nombreuses demandes (14) en divorce furent formées devant les tribunaux français par des Juifs ressortissants de nations qui s'en remettent à leur loi religieuse, du soin de régir leurs unions (15).

Mais ce furent autant de décisions d'incompétence (16).

Encore en 1919, le tribunal de Bordeaux et celui de la Seine se déclaraient incompétents à connaître du divorce d'israélites russes.

Ces différents jugements et arrêts ont renvoyé les parties « devant les autorités qui, d'après leur loi nationale, peuvent dissoudre ces unions ».

Le tribunal rabbinique de Paris a eu à examiner les demandes en divorce de Juifs étrangers dont la loi nationale était la loi juive.

Ces divorces ont été même transcrits sur les registres de l'état civil du département de la Seine en vertu de réquisitions formelles du Parquet.

Une circulaire du garde des Sceaux du 7 avril 1908 a condamné très nettement cette juridiction des rabbins et interdit la transcription de ces divorces.

Elle a autorisé néanmoins les officiers d'état civil à faire une mention de ces divorces en marge de l'acte de mariage, mais à titre de simple renseignement officieux dans l'intérêt des tiers.

La jurisprudence paraît cependant hésiter à reconnaître la régularité du divorce prononcé par les rabbins.

Le Tribunal de la Seine, après l'avoir d'abord admis, refusa ensuite de faire produire à ces divorces aucun effet civil.

(13) R. dr. int. pr. 1910, 837; S. 1912, 1, 132.

(14) S. 1912, 1, 132 : Affaire Rosembaum-Kahn, 18 nov. 1911.

(15) Affaire Levin, 9 mai 1911. Rev. dr. int. pr. 1911, p. 160; 1913, p. 434; G. P. 1913, 1, 302, etc.

(16) Dame Mendelevitch, 11 mars 1913. Rev. dr. int. pr., 1913, p. 446.

La Cour de Nancy a jugé, dans un arrêt du 17 juin 1922, que l'autorité rabbinique, par une décision rendue à Paris, avait valablement prononcé le divorce entre deux israélites du Levant qui s'étaient mariés à Constantinople devant un ministre de leur culte.

Cette jurisprudence a été vivement critiquée : des auteurs considérables ont examiné la question sous toutes ses formes; ils ont combattu ses arrêts, au double point de vue des principes généraux et des conséquences pratiques. Les opinions qu'ils ont émises ne sont pas, il s'en faut, concordantes; mais toutes tendent à tempérer, sinon à modifier radicalement ce système juridique.

D'autre part, les avocats généraux, tous les substituts, qui ont donné leur avis dans les procès en question, ont invariablement conclu dans un sens contraire à ce système. Ce fait est remarquable et significatif.

91. — *Critiques doctrinales* (17).

L'arrêt Levinçon déclare le divorce de la loi juive contraire à notre ordre public parce que prononcé par l'autorité rabbinique et en la forme religieuse.

Il ne peut par suite être appliqué en France.

La matière du divorce, dit Pillet, est du ressort du statut personnel, et ici le statut personnel des intéressés est leur loi religieuse. Nos juges ne se contentent pas de dire que cette loi religieuse sera appliquée par exemple à des Russes en France, comme elle l'aurait été en Russie, ils veulent qu'elle leur soit appliquée par la même juridiction, le tribunal rabbinique, comme si la désignation de la juridiction compétente dépendait de la loi applicable à chaque affaire litigieuse (18).

(17) Cf. PILLET ET NIBOYET, *op. cit.*, p. 664, N° 577, 2°.

(18) S. 1906, 1, 161.

En liant le fond du droit et la compétence juridictionnelle, notre jurisprudence déroge à un principe certain de droit international privé. Un pays, sauf convention diplomatique, ne peut imposer à un autre pays ses règles de compétence, qui font partie de l'organisation même de la justice nationale, par conséquent de l'ordre public de chaque Etat.

C'est un principe qu'a méconnu la Cour de Paris.

La thèse de l'incompétence, consacrée par la chambre civile, nous paraît très contestable, précisent Pillet et Niboyet (19), elle procède d'une confusion fondamentale entre deux ordres d'idées nettement distincts : les règles de fond soumises à la loi nationale et les règles de procédure qui doivent être de la compétence exclusive de la *lex fori*, en vertu des principes généraux de droit bien établis. Lorsque la loi russe réserve la connaissance des divorces des israélites aux tribunaux rabbiniques, elle n'édicte pas une règle de fond, mais une disposition d'organisation judiciaire et de compétence *ratione materiæ*.

92. — *Jurisprudence française depuis 1921.*

Il y a un revirement en jurisprudence.

Après s'être déclaré incompétent le 9 décembre 1921, le Tribunal civil de la Seine se déclara compétent le 24 décembre 1921 (20).

Récemment encore les tribunaux de Metz, de Colmar, de Strasbourg ont eu à connaître des divorces de Juifs et se sont déclarés compétents pour en connaître.

(19) *Op. cit.*, p. 661 et N° 407 et suiv.

(20) CLUNET, p. 117; S. 1924, II, 9; *Rev. Lapr.* 1922, p. 425; G. P. 1922, II, 176, pour Juifs polonais; D. P. 1922, II, 62. Cf. G. P. 1926, I, 600, pour israélites grecs; Seine, 11 juin 1921; *Rev. Lapr.* 1921, p. 519, orthodoxes grecs; *Rev. Lapr.* 1922, p. 378, espagnols; Seine, 16 janvier 1921. — CLUNET, 1921, p. 525, orthodoxes russes. — PILLET et NIBOYET, *op. cit.*, p. 664, N° 2.

La première chambre civile de Strasbourg a prononcé, le 22 octobre 1930 (21), le jugement suivant de dame Herszkowicz contre son mari.

« Attendu, dit ce jugement, que (le mari) I. Herszkowicz soutient que la demande est irrecevable, le mariage des Juifs polonais ne pouvant, d'après leur loi personnelle, être dissous qu'après que le divorce a été prononcé par un rabbin, conformément aux prescriptions de la loi juive. » Donc ici le problème est également posé, quant à la recevabilité de la demande, ce à quoi le jugement répond en disant : « Attendu qu'il résulte des pièces produites qu'I. Herszkowicz est Juif polonais, originaire de la partie de la Pologne ayant appartenu à la Russie (Temaszow);

« Attendu qu'en se mariant Rosalie-Régine Kapinski a pris la nationalité de son mari;

« Attendu qu'il est constant que, depuis 1925, les époux sont domiciliés à Strasbourg;

« Attendu qu'ils ont accepté de comparaître devant le tribunal de Strasbourg; que la compétence de ce tribunal n'est pas contestée;

« Attendu que le défendeur élève une fin de non-recevoir, tirée de ce qu'il n'a pas été procédé au divorce religieux par le rabbin;

« Attendu qu'aux termes de la loi polonaise les Juifs polonais peuvent être divorcés par les tribunaux civils seulement après que le rabbin, dont la décision ne lie d'ailleurs pas les juges, a prononcé la dissolution du mariage, conformément aux prescriptions de la confession israélite... »

Et ceci est très intéressant.

« Mais, attendu, continue ce jugement, que les tribunaux français ne sauraient se soumettre à une procédure

(21) Nous devons à l'obligeance de M^{me} Lévi, avocat à Metz, ces références jurisprudentielles. *Rev. jur. d'Als.-Lor.*, 1931, p. 373.

(22) Domicile.

établissant entre les plaideurs des différences d'ordre confessionnel; que le principe de la neutralité de l'Etat français vis-à-vis des différents cultes en matière civile doit être considéré en France comme une règle d'ordre public international;

« Attendu qu'aux yeux de la loi française, il s'agit, en la cause, uniquement de la dissolution du mariage, que les parties ont contracté le 23 décembre 1924 devant l'officier de l'état civil de Saint-Gall, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la cérémonie religieuse qui a pu suivre;

« Attendu que le tribunal ne peut admettre à aucun titre l'intervention du rabbin pour la dissolution d'un mariage contracté conformément à la seule loi civile et auquel le ministre du culte est demeuré totalement étranger...

« Par ces motifs déclare recevable, etc. »

La 3^e chambre civile de Metz, le 20 mai 1931 (23), eut à connaître d'une demande en divorce de Juifs polono-russes et jugea l'action recevable.

[Fajerman contre sa femme.]

Le 23 mai 1931, la Cour d'appel de Colmar, chambre détachée à Metz (24), eut à connaître du divorce de Juifs polono-autrichiens [Rosenfeld contre sa femme] (arrêt par défaut), et prononça le divorce.

Dans cette affaire, le divorce religieux avait été prononcé par le tribunal rabbinique sous la présidence du Grand Rabbin de Metz.

(23) *Rev. jur. d'Als.-Lor.*, 1931, p. 607.

(24) *Rev. jur. d'Als.-Lor.*, 1932, p. 421.

CHAPITRE III

CONFLIT ENTRE LA LOI RELIGIEUSE ET LA LOI CIVILE,
EN MATIÈRE DE DIVORCE JUIF, DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS,
EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

93. — *Etude de la jurisprudence.*

Avant d'entreprendre la discussion de cette jurisprudence (1), exposons chaque décision judiciaire et examinons-la dans le cadre des principes du Droit français.

Prenons tout d'abord l'arrêt du 9 avril 1908 (Dame Lévy contre Toubiana).

94. — *Voici l'arrêt.*

Dame Lévy contre Toubianna.

ARRÊT

La Cour :

Attendu que la dame Lévy Rachelle, a contracté mariage avec David Toubiana, instituteur, le 26 novembre 1890, par-devant l'officier de l'état civil de Constantine et qu'un mariage religieux more-judaïco a été célébré le même jour;

((1) Voir R. A. 1886, 2, 120; 1886, p. 178; 1910, 2, 51, note LARCHER; 1920, 2, 142, note RECTENWALD; 1922, p. 228; 1924, 15, 5; 1926, 2, p. 231; 1927, p. 139; 1928, p. 189; 1932 (juillet). — *Journal de Robe*, 1908, p. 362; 1919, p. 37. — *Univers Israélite*, 1908, p. 208. — *Gaz. des Trib. Maroc*, 1933, 215.

Attendu qu'à la date du 31 mai 1904, le Tribunal de Constantine a prononcé le divorce d'entre les époux, sur la demande du mari (2); que ce jugement fut transcrit sur les registres de l'état civil de Constantine le 23 août suivant;

Attendu que si ce jugement de divorce a fait disparaître le lien civil qui unissait les époux Toubiana, il a laissé subsister le mariage religieux qu'en effet, d'après la loi mosaïque et talmudique, nulle femme israélite ne peut se remarier si son mari ne lui a pas consenti une répudiation dans les formes religieuses; que, par conséquent, le mariage religieux israélite n'est rompu que par la délivrance de cette répudiation dite « gheth »;

Attendu que la loi religieuse israélite permettant à l'homme d'avoir plusieurs femmes, Toubiana put se remarier même religieusement (3) après la prononciation de son divorce d'avec la dame Lévy;

Que celle-ci, à l'effet d'user de la même liberté (4), fit, le 6 juin 1905, sommation à Toubiana d'avoir à lui délivrer dans les vingt-quatre heures l'acte de répudiation dite gheth, dans les formes de la loi mosaïque;

Que Toubiana laissa cette sommation sans réponse et que, le 3 juillet 1905, la dame Lévy l'assigna devant le tribunal de Bône à l'effet d'être contraint à lui accorder le gheth ou répudiation religieuse dans les formes de la loi judaïque et à défaut d'être condamné à des dommages-intérêts (5);

Attendu que, par jugement du 6 février 1906, le tribunal de Bône a débouté la dame Lévy de sa demande (6);

(2) Notons sur la demande du mari et le divorce fut prononcé pour abandon de la part de la femme du domicile conjugal et son refus d'y retourner.

(3) Cf. *supra*.

(4) Ceci est à noter.

(5) La question de contrainte est posée, directe ou indirecte.

(6) A noter.

Attendu qu'elle a interjeté appel de cette décision;

Attendu que cet appel est régulier et recevable en la forme;

Au fond :

Attendu que c'est avec raison que les premiers juges ont décidé que les tribunaux civils ne réglant pas les droits et les devoirs des individus au point de vue de la loi religieuse à laquelle ils appartiennent, le tribunal de Bône ne pouvait contraindre Toubiana à délivrer le « ghetth » ou acte de répudiation religieux à sa femme;

Mais, attendu qu'en fait (7) il n'en est pas moins certain que celle-ci ne peut se remarier avec un israélite sans que cette répudiation lui soit accordée;

Qu'en effet son premier mariage existe encore d'après la loi mosaïque et malgré le divorce civil, tant que cette répudiation n'aura pas été accordée (8);

Qu'un second mariage intervenant dans ces conditions serait nul au point de vue de la loi religieuse israélite;

Et que, même aux termes d'un certificat délivré par le Grand Rabbin de Constantine et joint au dossier, il constituerait au même point de vue un état permanent d'adultère;

Attendu que la dame Lévy en passant outre s'exposerait au blâme et au mépris de ses coreligionnaires (9), ce qu'elle ne peut ni ne veut se résoudre;

Attendu qu'elle se trouve donc, par suite du refus de son mari de lui accorder le ghetth, privée (10) du droit dont il a usé lui-même de se remarier ainsi que, par le fait du divorce légalement prononcé, elle pourrait le faire elle-même, d'après la loi civile (11);

(7) Ceci est à noter « en fait ».

(8) C'est là toute la question.

(9) Comme pour la femme catholique dont le mari refuse la célébration religieuse du mariage, cf. *supra*.

(10) A noter.

(11) En effet, il n'y a pas réciprocité dans la situation.

Attendu que par le fait de la privation de ce droit, qu'elle aurait tout intérêt à pouvoir exercer, la dame Lévy subit un préjudice (12) qui ne saurait être dénié;

Que ce préjudice est le fait de Toubiana, qui, s'étant remarié lui-même, paraît n'avoir pas de raison, autre que l'intention de lui nuire, de refuser à sa femme la répudiation demandée;

Attendu qu'il allègue, il est vrai, devant la Cour, ce qu'il n'avait pas fait en première instance, que son refus est fondé sur l'adultère de sa femme et la crainte qu'elle ne se remarie avec son complice;

Mais, attendu que ces faits ne ressortent nullement du jugement de divorce, qui n'est motivé que par l'abandon de la part de la femme du domicile conjugal et son refus d'y retourner; qu'ils ne sont pas autrement établis; qu'ils constituent donc une simple allégation injurieuse pour la dame Lévy, allégation à laquelle il n'échet pas, au regard de la Cour, de s'arrêter;

Attendu que le préjudice causé en fait (13) par Toubiana à la dame Lévy par son refus obstiné de lui accorder le ghetth ou répudiation religieuse était constant, il est tenu de le réparer par application de l'article 1382 du Code civil;

Attendu que la Cour a des éléments d'appréciation suffisants pour évaluer le préjudice éprouvé par l'appelant à 5.000 francs;

Qu'il échet toutefois de réduire cette somme à 1.000 francs si, dans le délai d'un mois à partir de la signification du présent arrêt, Toubiana a accordé à sa femme le ghetth (14) ou répudiation religieuse dans les formes de la loi mosaïque;

Par ces motifs : dit mal jugé, bien appelé émendant et fait ce que les premiers juges auraient dû faire;

(12) Base de l'art. 1382.

(13) A noter.

(14) Très curieux, sorte d'astreinte. Cf. *infra*.

Dit que si Toubiana ne peut être contraint par les tribunaux civils à délivrer à la dame Lévy (15) le ghet ou répudiation religieuse, il lui a causé et lui cause encore (16), en le lui refusant, un préjudice dont il lui doit réparation;

En conséquence condamne Toubiana à payer à la dame Lévy la somme de 5.000 francs à titre de dommages-intérêts avec intérêts de droit à partir du jour de la demande;

Dit toutefois que ces dommages-intérêts ainsi fixés à 5.000 francs seraient réduits à 1.000 francs si Toubiana accorde le ghet ou répudiation religieuse à l'appelant dans les formes de la loi mosaïque, dans le délai maximum d'un mois à partir de la signification du présent arrêt;

Déboute les parties de toutes leurs autres demandes, fins et conclusions, etc.

(Du 9 avril 1908, Cour d'Alger, 1^{re} chambre.)

Parmi les nombreuses décisions jurisprudentielles rendues à ce sujet, l'arrêt de la Cour d'Alger du 9 avril 1908 est le plus important. C'est celui qui servira de base à nos explications.

95. — *Analyse de l'arrêt. Situation de fait.*

L'arrêt se place devant une situation de fait. Un divorce civil a été prononcé. Une personne se plaint. C'est une femme israélite pieuse. Elle prétend que la liberté de se remarier, qui théoriquement devrait être complète après le prononcé du divorce, pour les deux époux, ne l'est, en fait, que pour le mari, car, en fait, la polygamie n'est pas interdite dans le judaïsme; quant à la femme, elle ne peut se remarier que si son ex-époux lui remet le divorce reli-

(15) Cf. *supra*.

(16) Situation qui dure.

gieux ou gueth, le mariage religieux n'étant pas rompu autrement.

96. — *Prétentions de la femme.*

La femme demande au tribunal de contraindre le mari à lui donner le divorce religieux ou à le condamner, s'il s'y refuse, à des dommages-intérêts.

97. — *Arguments.*

L'argument que la femme invoque est qu'elle est privée, par la faute du mari, et, malgré le divorce civil, de la possibilité de se remarier.

Elle ne peut se remarier, car 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, d'après le Judaïsme, la polyandrie n'étant pas admise.

Le fait de passer outre à ces empêchements au remariage religieux, sans le divorce religieux d'avec son ex-époux, et de ne se remarier que civilement, lui attirerait le blâme de sa famille, de ses amis, le mépris de ses coreligionnaires, et les reproches de sa conscience.

Tout cela, par la faute du mari, qui n'agit, en l'occurrence, que par intention de lui nuire et sans aucune autre raison.

La responsabilité du mari est engagée. Il y a faute délictuelle, il y a préjudice subi, il y a relation de cause à effet entre ce préjudice souffert par la femme et la faute commise par le mari; ainsi donc les trois éléments de la responsabilité sont réunis.

La femme est en droit de demander des dommages-intérêts.

98. — *Sanction.*

Quant à contraindre le mari à donner à la femme le divorce religieux, c'est une autre question. La solution idéale serait certes d'obtenir, quand on porte le débat devant les tribunaux, un moyen direct de forcer le mari récalcitrant à s'exécuter.

C'est ce que réclama la dame Lévy, le 3 juillet 1905, devant le tribunal de Bône, assignant son ex-mari « à l'effet d'être contraint à lui accorder le gueth ou répudiation religieuse dans les formes de la loi judaïque ».

Une note sous cet arrêt essaiera de justifier la condamnation à des dommages-intérêts par la notion d'abus de droit.

Abus de droit, responsabilité délictuelle, notions de droit positif français, qui demandent à être précisés surtout quand on les fait intervenir à l'occasion d'un problème de dommage moral.

En définitive ce dont se plaint la femme, qui ne peut obtenir de son mari le divorce religieux, c'est le préjudice moral, non matériel (17), de l'impossibilité de se remarier religieusement.

C'est un préjudice bien caractérisé. Ce n'est pas celui sanctionné par l'article 301 du Code civil, c'est celui de l'article 1382 du Code civil, préjudice né, non pas pendant l'instance en divorce, mais postérieurement au prononcé du divorce civil et à sa transcription. C'est à ce moment seulement que la femme pourra réellement prétendre au divorce religieux, et, si le mari s'y refuse, invoquer le préjudice moral que l'attitude de son époux lui occasionne.

99. — *La responsabilité en Droit français.*

Le problème de la responsabilité en général est fort

(17) Quoique ce préjudice moral puisse avoir comme conséquence de faire subir à la femme un préjudice matériel.

complexe et délicat, mettant en jeu les conceptions philosophiques, religieuses, politiques de ceux qui en discutent. En droit positif, c'est sa définition même qui est difficile à préciser, faisant apparaître chez les auteurs, dans la jurisprudence et en législation, des divergences de vue très profondes (18).

Le mot responsabilité désigne l'obligation de réparer le dommage que l'on cause à autrui soit par son fait personnel, soit par la faute de certaines personnes, soit par le fait d'une chose dont on est propriétaire ou gardien (19).

La responsabilité peut être contractuelle — née à l'occasion de l'inexécution d'un contrat, légale — imposée par la loi, par exemple loi du 9 avril 1898, ou délictuelle, quand une personne cause par sa faute un dommage à un tiers, la seule qui nous intéresse ici, pour le moment.

100. — *La responsabilité délictuelle.*

Le siège de la matière de la responsabilité délictuelle se trouve dans cinq articles fameux, le plus souvent appliqués du Code civil, les articles 1382 à 1386, qui se divisent en deux groupes, les deux premiers précisant ce que sont les délits et quasi-délits et les trois autres, élargissant la notion de responsabilité délictuelle, par la présomption de faute qu'ils établissent.

C'est l'article 1382, qui nous intéresse tout spécialement et qui a trait à la notion de délit.

Nulle part, cependant, dans le Code civil, on trouve une définition de délits. Cette lacune tiendrait, sans doute, à ce que les rédacteurs du Code se sont référés aux défini-

(18) H. et L. MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 2 vol., 1931. Librairie Syrey. Livre capital sur la matière auquel nous faisons de très larges emprunts.

(19) Cf. COLIN et CAPITANT, 7^e éd. 1932. N^o 175 et suiv. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* — Ch MUTEAU : *De la responsabilité civile*, 1898.

tions très nettes que donnait Pothier et n'ont pas jugé utile de les reproduire.

« On appelle délit, dit Pothier, le fait par lequel une personne, par dol ou *malignité*, cause du dommage ou quelque tort à un autre. »

Le délit suppose, chez son auteur, un dol, c'est-à-dire une intention méchante, l'*animus nocendi*.

Voici l'article 1382, base de la responsabilité délictuelle en matière de délit civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

D'où l'on déduit que, pour qu'il y ait responsabilité délictuelle, il faut :

- 1° un dommage;
- 2° une faute;
- 3° un lien de causalité, entre la faute et le dommage.

Nous ne pouvons entrer dans tous les détails de la théorie de la responsabilité délictuelle, ni énumérer la liste très longue des auteurs qui en ont discuté. Nous nous contenterons de donner un aperçu de cette responsabilité délictuelle, telle qu'elle nous apparaît en droit français.

101. — *Le dommage.*

Pour qu'il y ait responsabilité civile, *lato sensu*, il faut un dommage, un préjudice, par suite une personne qui souffre, une victime.

Une personne est responsable chaque fois qu'elle doit réparer un dommage, donc il faut qu'il y ait quelque chose à réparer l'article 1382 rappelle que le seul fait qui donne lieu à réparation c'est celui « qui cause à autrui un dommage ».

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point, qu'il ne peut y avoir de responsabilité sans un dommage.

Mais le dommage peut être matériel, c'est-à-dire se traduisant par une diminution pécuniaire du patrimoine de la victime, ou encore moral, atteignant l'individu dans son honneur, sa réputation, ses affections.

L'atteinte portée aux croyances, aux convictions d'une personne, peut servir de base à des dommages-intérêts. C'est ainsi qu'un instituteur est passible de dommages-intérêts envers les parents de ses élèves pour le fait d'avoir prononcé devant ces derniers des paroles outrageantes contre l'armée et la religion (20).

Cette jurisprudence a soulevé des critiques. Certains auteurs se sont élevés contre cette application d'une réparation pécuniaire de dommages qui ne sauraient s'apprécier en argent. En pareil cas, a-t-on dit, la fixation de l'indemnité sera nécessairement arbitraire.

Il y a incontestablement quelque chose de fondé dans cette critique, disent Colin et Capitant (21), mais il paraîtrait encore plus choquant qu'aucune réparation ne vînt compenser la perte, l'outrage, le trouble moral subis par le demandeur. Si l'arbitraire du juge est toujours un danger, le refus de toute sanction contre le mal souffert par le fait d'autrui serait une injustice criante. Faute de mieux, l'argent sert dans la vie à panser bien des blessures, bien des souffrances.

Il ne suffit pas qu'un dommage soit causé pour qu'il y ait responsabilité civile, il faut encore qu'une faute soit commise.

102. — *La faute.*

Préciser la notion de faute est, sans doute, l'un des points les plus délicats soulevés par le problème de la responsabilité civile.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas donné de défi-

(20) Dijon, 28 déc. 1908. D. P. 1909, 2, 13; S. 1909, 2, 15.

(21) *Op. cit.*, p. 1075, N° 187, et MAZEAUD.

dition de la faute. Ils ont cru inutile de le faire, pensant sans doute que la signification de ce mot est bien claire. Quand on dit qu'un homme commet une faute, chacun comprend ce que cela veut dire. Cela signifie que cet homme ne s'est pas conduit comme il aurait dû se conduire, qu'il n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire.

On commet donc une faute délictuelle, de même qu'on commettait un *dolus*, en Droit romain, chaque fois qu'on agit dans l'intention de causer un dommage. Il y a là une erreur de conduite caractérisée, acte méchant, « malignité » comme disait Pothier, et l'on n'hésite pas à considérer comme engagée la responsabilité de son auteur.

Ainsi, pour savoir si une faute délictuelle a été commise, le juge civil devra se livrer à un examen subjectif, comme le juge pénal, il aura à étudier un état d'âme, à scruter une conscience; il y cherchera cette intention mal-faisante, sans laquelle il ne peut y avoir délit.

103. — *Lien de causalité.*

Qu'un préjudice ait été subi par le demandeur, qu'une faute ait été commise par le défendeur, cela ne suffit pas pour que la responsabilité se trouve engagée. Il faut encore un lien de cause à effet entre la faute et le dommage; il faut que le dommage subi soit la conséquence de la faute commise.

Auteurs et jurisprudence sont d'accord sur la nécessité de ce lien de causalité. Le bon sens veut que l'auteur d'une faute n'ait à réparer que les seuls préjudices qui sont la conséquence de cette faute.

104. — *Application de ces principes à l'espèce de l'arrêt de 1908.*

L'arrêt de 1908 a bien retenu la responsabilité délic-

tuelle du mari, a noté qu'un préjudice est subi par la femme (impossibilité de se remarier, atteinte à ses scrupules religieux), qu'il y a une faute délictuelle du mari, qui se traduit par son refus de donner à sa femme le divorce religieux, n'agissant en la circonstance que par intention de nuire et que cette situation malheureuse de la femme, ce préjudice qu'elle endure est la conséquence de la méchanceté du mari, de son mauvais vouloir.

105. — *L'abus de droit.*

On va essayer d'expliquer, comme nous l'avons dit, cette jurisprudence par une théorie assez curieuse : l'abus de droit.

En exerçant l'un des droits dont elle est titulaire, une personne cause un dommage à autrui. En doit-elle réparation. Evidemment non, semblerait-il; mais, si cette personne agit méchamment, avec intention de nuire, tout en restant dans la sphère d'activité qui lui est impartie pour l'exercice de son droit, on dit qu'il y a abus de droit, car il y a intention de nuire et dès lors application de l'article 1382.

Certains auteurs, entre autres Planiol (22), nient qu'il puisse y avoir abus de droit, car « le droit cesse où l'abus commence et il ne peut y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit... » Mais rien ne s'oppose, répond-on (23), à ce qu'un acte soit à la fois conforme à un droit défini, tel que le droit de propriété, et contraire au Droit, c'est-à-dire à l'ensemble des règles sociales.

Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'accord pour re-

(22) T. II, N° 87, *op. cit.*

(23) MAZEAUD, N° 551.

garder comme engagée la responsabilité du titulaire d'un droit qui l'exerce dans un esprit de malice, pour nuire à autrui (24).

L'abus se manifeste d'une façon non douteuse dans le cas où une personne agit, sans aucun intérêt personnel, exclusivement poussée par le désir de nuire, de causer un préjudice à autrui.

De tout temps, les jurisconsultes ont reconnu qu'il fallait réprimer de tels actes en obligeant l'auteur à réparer le dommage qui en résulte. Il y a là une précaution indispensable au bon ordre, à la sécurité des relations sociales : *Malitiis non est indulgendum*. Si ce n'est pas une faute de nuire à autrui (par exemple, concurrence), il en va différemment lorsqu'on nuit à autrui, sans intérêt et uniquement pour nuire.

Dans ce cas il y a abus de droit, il y a délit civil. Cette solution résulte chez nous des principes généraux du droit.

Mais, en définitive, la notion d'abus de droit n'est qu'une application de la notion de faute. Exercer un droit pour causer un dommage, c'est en effet commettre une faute délictuelle, cette dernière se caractérisant par l'intention méchante, par le désir de causer un préjudice (25).

106. — *La réparation.*

Enfin la responsabilité délictuelle étant établie, il reste au juge à prononcer la condamnation. Deux solutions s'offrent à lui : ou bien la réparation en nature, ou bien la réparation en équivalent, c'est-à-dire en dommages-intérêts.

Réparer, c'est par essence faire disparaître le dommage. Il n'est pas de réparation plus parfaite que celle

(24) S. 1904, 2, 217 et note.

(25) MAZEAUD, *op. cit.*, Nos 564, 567.

qui supprime le préjudice. Le juge qui condamne doit, avant tout, s'efforcer de parvenir à la disparition du dommage. Il doit, chaque fois que la chose est possible, ordonner la réparation en nature (26).

La victime a donc le droit d'exiger la réparation en nature (27). Certes, en matière délictuelle, l'article 1382 porte simplement que l'auteur de la faute est obligé à « réparer » le dommage; mais réparer c'est, avant tout, effacer, c'est procurer la réparation en nature.

Le juge est libre d'adopter la condamnation, qui parce qu'elle lui paraît plus facile à exécuter, lui semble plus favorable à la victime. Il n'est même pas lié sur ce point par les conclusions du demandeur, à moins que celui-ci ne réclame une condamnation en nature. Mais, si le demandeur réclame un équivalent, le juge peut prononcer une condamnation en nature, ou fixer un autre équivalent. Il ne statue alors ni *ultra* ni *extra petita* (28), il ne répare pas un préjudice plus grand que celui dont se plaint la victime; il le répare seulement autrement qu'on ne le lui demande. Cela rentre dans les pouvoirs du juge de donner des ordres (29).

A cette réparation en nature souhaitable à chaque fois que cela est possible, on a opposé l'article 1142 qui dit « que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », donc si inexécution, non pas réparation en nature, mais dommages-intérêts, pour les obligations contractuelles de faire ou de ne pas faire. Mais il n'en est rien, le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire a, comme tout créancier contractuel ou délictuel le droit d'obtenir une condamnation en nature. L'article 1142 (30)

(26) MAZEAUD, 2.303 et suiv.

(27) C'est ce que fait la femme en demandant que le divorce religieux lui soit accordé par ordre du juge.

(28) Ceci est la thèse de M. MAZEAUD.

(29) Cf. *infra* à propos des astreintes.

(30) MAZEAUD, *op. cit.*, N° 2.308.

présente maladroitement comme la règle en matière d'obligation de faire ou de ne pas faire l'exécution en équivalent; celle-ci, même dans ce domaine restreint, ne peut être que l'exception. Il ne suffit pas de payer pour échapper à ses engagements. Le principe est toujours que la victime a droit à la réparation en nature parce que cette réparation seule efface réellement le préjudice.

Il est néanmoins des espèces où la victime ne peut obtenir une réparation en nature et se trouve alors contrainte de se contenter d'une réparation en équivalent, par exemple, quand cette réparation ne peut être accomplie que par le seul responsable. L'hypothèse n'est susceptible de se présenter que dans les obligations de faire ou de ne pas faire.

Mais s'il est matériellement impossible de forcer à agir un individu qui veut rester dans l'inaction, il est néanmoins des moyens pour faire pression sur sa volonté. Le juge a le droit de les employer. Evidemment le principe du respect de la liberté individuelle interdit au juge d'ordonner des mesures de coercition sur la personne du débiteur, sauf dans les cas exceptionnels de la contrainte par corps, supprimée par la loi du 22 juillet 1867 en matière civile et commerciale et maintenue seulement en matière criminelle, correctionnelle et de police. Mais la contrainte sur les biens reste possible : il n'y a plus d'atteinte à la liberté individuelle, la jurisprudence y recourt par le procédé des astreintes (31).

En quoi consiste la réparation en équivalent? Elle se traduit presque toujours par l'allocation d'une somme d'argent, les dommages-intérêts. L'argent (32) est, en effet, l'instrument de paiement; seul il a une valeur absolue d'échange. Sans doute ne peut-il pas effacer le dommage, mais il peut toujours compenser parce que, grâce à lui, la

(31) Voir *infra*.

(32) Cf. *supra*.

victime pourra se procurer quelques satisfactions qui compenseront, autant que cela sera possible, le préjudice subi.

Les dommages-intérêts sont susceptibles d'être accordés sous des formes diverses : capital, rente.

Le juge proportionnera la réparation au dommage subi. Le principe est que la réparation doit comprendre tout le dommage et le seul dommage. Seulement l'application du principe est des plus délicates. Certes, quand la réparation en nature est possible, cela est simple, mais quand elle est par équivalent, par dommages-intérêts, « la balance est sensible au centime (33) », le juge a, alors, un pouvoir souverain d'appréciation, surtout lorsqu'il s'agit d'un préjudice moral. Il doit éviter cependant de prononcer ce qu'on a appelé une peine privée (34), c'est-à-dire d'accorder à la victime plus que ne vaut le dommage subi et ainsi de punir la personne responsable du préjudice causé.

L'arrêt de 1908 fait application de ces principes, en accordant à la femme des dommages-intérêts, pour le préjudice qu'elle a subi.

Cependant, ici, le juge proportionne, ce qui est absolument son droit, d'une façon tout à fait curieuse et nouvelle, à notre connaissance, les dommages-intérêts au préjudice.

« Condamne T... à payer à la dame L... la somme de 5.000 francs à titre de dommages-intérêts, avec intérêt de droit, à partir du jour de la demande;

« Dit toutefois que ces dommages-intérêts ainsi fixés à 5.000 francs seraient réduits à 1.000 francs si T... accorde le gueth ou répudiation religieuse à l'appelant, dans les formes de la loi mosaïque, dans le délai maximum d'un mois à partir de la signification du présent arrêt. »

(33) MAZEAUD, N° 2.332, *op. cit.*

(34) HUGUENEY : *l'idée de peine privée en droit contemporain* (thèse, Dijon, 1904).

Les autres jugements rendus en matière de divorces juifs, d'israélites français, se référeront presque toujours à l'arrêt capital de 1908, que nous avons commenté.

107. — 2° *Dame Bellaïche contre Adda.*

(Guelma, 15 mai 1924.)

Le Tribunal,

Attendu que la dame Bellaïche M... a, par exploit du 11 décembre 1923, actionné par-devant le Tribunal de céans, le sieur Adda Maklouf, représentant de commerce, demeurant à Tébessa, pour s'entendre condamner à lui payer 6.000 francs de dommages-intérêts (35) pour réparation du préjudice qu'il lui a causé;

Attendu qu'elle expose, en effet, dans son exploit introductif d'instance, qu'elle a contracté mariage avec le défendeur à Tébessa, le 19 avril 1913, qu'un mariage more-judaïco a été célébré le même jour;

Qu'à la date du 13 juillet 1922, le Tribunal de Guelma a prononcé le divorce d'entre les époux; que ce divorce est devenu définitif par la transcription du jugement du 13 juillet 1922 sur les registres de l'état civil de Tébessa, qui a eu lieu le 25 novembre 1922; que si ce jugement a fait disparaître le lien civil qui unissait les époux Adda, il a laissé subsister le mariage religieux;

Qu'en effet, d'après la loi mosaïco-talmudique, nulle femme israélite ne peut se remarier si son mari ne lui a pas consenti au préalable une répudiation dans les formes religieuses (36);

Que le mariage religieux israélite n'est rompu que par la délivrance de cette répudiation dite « gheth »;

(35) Cette fois pas d'astreinte demandée.

(36) Cf. *supra*.

Que, malgré une sommation à lui signifiée, le sieur Adda se refuse à délivrer à l'exposante l'acte de répudiation dit gheth, dans les formules de la loi mosaïque;

Que ce refus lui cause un préjudice dont il lui est dû réparation;

Et que ce préjudice ne saurait être inférieur à 6.000 francs;

Attendu que le défendeur Adda Maklouf répond que la demande de la dame Bellaïche est absolument irrecevable et injustifiée tant en fait qu'en droit;

En fait, parce qu'il est constant que le jugement de divorce intervenu, prononcé aux torts et griefs de sa femme (37), établit que les torts sont du côté de cette dernière;

Qu'au point de vue religieux (38) le Talmud lui fait un devoir strict de se refuser à accorder le gheth (39);

Qu'il n'a à répondre de cette attitude que devant sa conscience et devant Dieu (40);

Et que, puisque la dame Bellaïche a piétiné les prescriptions religieuses, données religieusement pour la vie, en violant son serment sacré d'obéissance, fidélité et dévouement, pourquoi fait-elle grand cas de cette même religion?

Pour contracter une nouvelle union, qui l'empêche de se remarier à la mairie, d'avoir un nouvel époux (41)?

En droit que l'obligation de faire ou de ne pas faire ne se résout en dommages-intérêts, dit l'article 1142 du Code civil (42), que lorsqu'il ya obligation et inexécution;

(37) Cas de divorce aux torts de la femme.

(38) A examiner.

(39) Oui, s'il n'était pas admis de coercition de la volonté du mari.

(40) D'après le Talmud, non.

(41) En droit, oui; mais en fait, non.

(42) Art. 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Oui, mais quand exécution en nature impossible. Cf. *supra*.

Que la dame Bellaïche se prévaut d'une inexécution, mais comment prouve-t-elle l'obligation (43)?

Qu'elle doit prouver que son mari a pris l'obligation envers elle de lui accorder ce qu'elle réclame (44);

Qu'en droit, il n'y a aucun empêchement légal à ce que la dame Bellaïche divorcée (45) puisse se remarier avec qui elle voudra; que dans ces conditions sa demande en dommages-intérêts est injustifiée et irrecevable;

Qu'il en demande le rejet et la condamnation de la demanderesse en 500 francs de dommages-intérêts et aux dépens;

Attendu que, dans ses nouvelles conclusions du 21 février 1924, le défendeur ne fait que développer les précédentes en basant ses considérations notamment sur la liberté de conscience;

Attendu que, si la loi religieuse israélite permet à l'homme d'avoir plusieurs femmes, et s'il peut ainsi se remarier religieusement après prononciation de son divorce, la femme ne le peut qu'à condition que son mari lui ait au préalable consenti dans les formes religieuses une répudiation dite « gheth »;

Sous peine, en passant outre, comme la loi civile le permettrait, de s'exposer au blâme et au mépris de ses coreligionnaires (46);

Attendu qu'il résulte d'un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, en date du 9 avril 1908 (47), que si le mari refuse obstinément et sans motif plausible d'accorder le gheth dans les formes de la loi mosaïque, qu'il cause à sa femme un préjudice dont celle-ci peut demander réparation aux tribunaux;

(43) Obligation tacite. Cf. *infra*.

(44) Oui, tacitement, en se mariant religieusement, il a admis que ce mariage serait sous la dépendance de la loi civile et religieuse, quant à ses conditions d'existence et... de rupture. Cf. *infra*.

(45) Civilement.

(46) Idée de blâme des autres, atteinte à la réputation.

(47) Cf. *supra*.

Attendu que l'espèce actuellement soumise au tribunal est identiquement la même et que les mêmes attendus peuvent s'appliquer;

Attendu que les Tribunaux civils ne peuvent évidemment régler les droits et devoirs des parties au point de vue religieux, le Tribunal de céans ne pourrait contraindre Adda Maklouf à délivrer le « gheth » ou acte de répudiation religieuse à sa femme;

Que, d'autre part, celle-ci ne peut se remarier avec un israélite sans que cette répudiation lui soit accordée; qu'un mariage intervenant dans ces conditions serait nul au point de vue de la loi religieuse israélite et serait, au même point de vue, considéré comme un état permanent d'adultère;

Attendu que la dame Bellaïche ne voudrait pas se mettre dans ce cas et s'exposer ainsi au blâme et au mépris de ses coreligionnaires;

Qu'elle se trouve donc, par suite du refus de son mari de lui accorder le gheth, privée du droit dont a usé son mari de se remarier et que, par la privation de ce droit, elle subit un préjudice certain;

Attendu que ce préjudice provient du fait même que Adda Maklouf, qui n'a d'autre but que de nuire à sa femme en lui refusant le « gheth » puisqu'il est lui-même remarqué (48);

Attendu sans doute que le refus d'Adda Maklouf d'accorder la répudiation à la demanderesse est basé sur ce que le divorce a été prononcé aux torts et griefs de cette dernière (49);

Mais attendu que le divorce n'a point été basé sur des faits de mauvaise conduite, mais simplement sur l'abandon du domicile conjugal.

Attendu dès lors que le préjudice causé à la demanderesse par Adda Maklouf par son refus obstiné de lui accor-

(48) Intention de nuire; responsabilité délictuelle.

(49) A noter.

der le ghetth ou répudiation religieuse est nettement établi et doit être réparé aux termes de l'art. 1382 du Code civil;

Attendu que M. le Procureur conclut également de son côté dans le sens de la demande (50) laissant toutefois au Tribunal le soin d'arbitrer le quantum des dommages-intérêts à allouer;

Attendu que le Tribunal possède les éléments pour fixer le quantum à 4.000 francs.

Par ces motifs :

Rejetant les conclusions contraires au présent jugement, condamne Adda Maklouf à payer à la demanderesse la somme de 4.000 francs à titre de dommages-intérêts, le condamne en outre aux dépens.

Dans l'affaire Bellaïche contre Adda, le mari objecte à la femme l'article 1142 du Code civil, qui dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur »; or, dit-il, la femme se prévaut d'une inexécution, la non-délivrance du gueth, mais comment prouve-t-elle l'obligation; qu'elle doit donc prouver que son mari a pris l'obligation envers elle, de lui accorder ce qu'elle réclame.

Le mari aurait voulu porter le problème sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

108. — 3° *Arous contre dame Arous.*

(Cour d'Appel d'Alger, 16 mars 1932.)

La Cour,

Attendu que par jugement en date du 11 mars 1931, le Tribunal civil de Tunis a prononcé le divorce entre les époux Arous, aux torts et griefs du mari (51);

(50) Très important.

(51) Il s'agit ici d'un cas de divorce aux torts du mari.

Attendu que celui-ci qui a régulièrement fait appel de cette décision, demeure défaillant faute de conclure;

Attendu que par la voie d'appel incident, la dame Arous (52) expose qu'appartenant ainsi que son mari, à la religion israélite, elle ne peut se remarier suivant la loi Mosaïque, si son mari ne lui a pas, au préalable, consenti une répudiation dans les formes religieuses;

Qu'elle demande en conséquence que la Cour condamne l'appelant à lui remettre le gueth ou acte de répudiation dans les formes rabbiniques et ce, dans le délai d'un mois, à compter de la signification de l'arrêt, sous peine d'une astreinte de 100 francs par jour de retard (53);

Attendu qu'à bon droit le Tribunal a refusé d'accueillir semblable demande;

Attendu, en effet, que le juge civil n'a pas à connaître des droits et des devoirs qui peuvent résulter pour les parties de l'observation de la loi religieuse à laquelle elles appartiennent;

Que s'il a été décidé que la femme pouvait, dans certains cas, trouver dans la résistance injustifiée de son mari à lui remettre le gueth le fondement d'une action en dommages-intérêts, il n'en est pas moins certain que le juge civil ne saurait contraindre le mari à délivrer à sa femme le gueth ou acte de répudiation, c'est-à-dire à accomplir un acte qui n'est prescrit que par sa religion et auquel la loi civile doit demeurer étrangère.

Par ces motifs :

Donne défaut, faute de conclure, contre Arous;

Confirme en conséquence le jugement entrepris, déclare la dame Arous recevable mais mal fondée en son appel incident et l'en déboute;

Dit qu'à bon droit le jugement entrepris s'est déclaré

(52) La dame Arous devient demanderesse.

(53) La dame Arous ne demande pas des dommages-intérêts, elle réclame le gueth seulement, et cela sous menace d'une astreinte.

incompétent pour statuer sur la demande de remise de gueth sous astreinte;

Condamne Arous aux dépens.

109. — Le Tribunal civil de Rabat a prononcé, le 9 mai 1933 (54), une condamnation à des dommages-intérêts, contre un mari, qui refusait à sa femme la délivrance du gueth.

Ce jugement figure sous le sommaire suivant :

La répudiation more-judaïco, mariage entre Israélites français — Ketouba — engagement du mari à délivrer le gueth — divorce prononcé aux torts du mari — refus de délivrance du gueth — action de la femme devant les tribunaux français — recevabilité — dommages-intérêts.

Les Tribunaux français peuvent intervenir sur la requête d'une femme israélite française, si son mari, israélite français lui refuse la délivrance du gueth, alors qu'un divorce a été prononcé régulièrement aux torts et griefs du mari et que ce dernier avait promis (55), dans un pacte appelé « Ketouba », conclu devant les notaires rabbiniques au moment du mariage, de délivrer le gueth à sa femme, s'il manquait à ses obligations de respect et d'assistance conjugale (56).

En effet, cet engagement du mari constitue une obligation civile qui n'a rien de contraire à l'ordre public (57); donc en refusant de remplir cette obligation de faire (58), le mari porte à sa femme un préjudice moral et matériel certain, dont elle a le droit de demander réparation aux

(54) *Gaz. Trib. Maroc* 1933-215. Affaire Mahoudi contre Siccic. — *Rev. des Sommaires*, sept.-oct. 1933. Nos 3474 et (1191 b).

(55) Ceci est très intéressant.

(56) Cf. *infra*.

(57) Ce qui est notre avis.

(58) Contractuelle.

tribunaux, par une sanction proportionnée à la résistance indûment opposée, et au dommage subi.

110. — *Etude critique de cette jurisprudence.*

De toute cette jurisprudence (59), il résulte que « le juge civil n'a pas à connaître des droits et des devoirs qui peuvent résulter pour les parties de l'observation de la loi religieuse (60) à laquelle elles appartiennent — ceci en théorie, et spécialement, s'il a été décidé que la femme divorcée pouvait, dans certains cas, trouver dans la résistance injustifiée de son mari à lui remettre le gueth, c'est-à-dire l'acte de répudiation consenti dans les formes religieuses et sans lequel, elle ne peut se remarier suivant la loi Mosaïque, le fondement d'une action en dommages-intérêts,

Il n'en est pas moins certain que le juge civil, en prononçant le divorce, ne saurait contraindre le mari à délivrer à sa femme le gueth, c'est-à-dire à accomplir un acte qui n'est prescrit que par sa religion et auquel la loi civile doit demeurer étrangère.

Pourquoi?

Car (61), entre deux Israélites indigènes (62) mariés civilement devant l'officier d'état civil et religieusement more-mosaïco, le jugement de divorce qui intervient rompt le lien civil (63), mais le lien religieux subsiste (64).

Le mari peut alors se remarier même religieuse-

(59) Cf. *G. P.* 2^e semestre 1932. T. A. Rep. H. Jurisprudence conf. alg. N° 12-13.

(60) Alger, 16 mars 1932. *G. P.* 1932-2-59.

(61) *Rep. prat.* suppl. N° 1321-2°.

(62) Peu importe indigène ou non.

(63) Rupture du lien civil.

(64) Maintien du lien religieux, c'est là tout le problème.

ment (65), la loi mosaïque lui permettant plusieurs femmes (66).

La femme, au contraire, ne pouvant avoir qu'un seul mari, le mariage nouveau qu'elle contracterait serait nul (67), et la constituerait en état d'adultère.

Il en serait autrement si le mari lui avait consenti une répudiation dite *gueth*, mais les tribunaux ne peuvent l'y contraindre.

Cependant, si sans motif suffisant (68), le mari refuse cette répudiation, la femme peut demander la réparation du préjudice qui lui est causé (69).

C'est ce qui avait été décidé dans l'arrêt du 9 avril 1908 de la Cour d'Alger. Il y est question de plus de réduction conditionnelle des dommages-intérêts alloués à la femme.

« Le chiffre des dommages-intérêts tel qu'il est fixé par le tribunal, pouvant être réduit par le même jugement à une somme moindre pour le cas où dans un délai déterminé le mari donnerait le *gueth* ».

Application de cette jurisprudence. — Comme l'explique une note sous cet intéressant arrêt, « il s'agissait de deux Israélites algériens mariés civilement et religieusement, puis divorcés civilement ».

Ces Israélites étaient depuis le décret du 24 octobre 1870, citoyens français. Ce décret, en conférant en masse la naturalisation aux indigènes israélites algériens, leur avait enlevé définitivement le bénéfice de leur statut personnel et spécialement le droit de dissoudre leur mariage par le divorce, conformément aux dispositions de la loi mosaïque.

Ce fut seulement le rétablissement du divorce dans la

(65) Remariage religieux possible.

(66) Polygamie.

(67) Nullité du deuxième mariage.

(68) Notion d'abus de droit, ou refus persistant et non fondé, cf. *D. P.* 1910-2-380.

(69) Alger, 9 avril 1908, *D. P.* 1910-2-380 et *R. H.* 13 avril 1933, N° 15.

législation métropolitaine, en 1884, qui rendit aux Israélites algériens la faculté d'user de ce mode de dissolution du mariage.

Mais ne le tenant, que du droit commun français, ils ne l'ont, comme tous les autres citoyens français que dans les termes et sous les indications de la loi française, à l'exclusion du droit mosaïque, dont ils ne sont plus recevables à demander l'application.

Ainsi, dans l'état actuel de la législation, seuls les Israélites établis dans le territoire du Mzab, annexé postérieurement à 1870 (décret du 21 oct. 1882), sont du moins dans l'opinion générale, demeurés en dehors de la naturalisation en masse du 24 oct. 1870, et ont conservé dès lors avec leur statut personnel, le divorce selon la loi mosaïque.

Les Israélites, dont il est question, à propos de l'arrêt de 1908, étant soumis à la loi française, la femme pouvait, en conséquence, se remarier civilement sans être obligée d'obtenir le gueth, exigé par la loi mosaïque, et faute duquel le mariage religieux ne peut se dissoudre.

Cette note ajoute d'ailleurs : « Le gueth n'étant plus (70) une formalité juridique complémentaire, nécessaire pour la perfection du divorce, mais une formalité surabondante, extra-juridique, destinée uniquement à lever les scrupules religieux (71) de la femme qui voulait contracter une nouvelle union, la première étant absolument dissoute d'après la loi civile française, la seule à considérer par les tribunaux français. Ainsi la Cour d'Alger reconnaît-elle que c'est, à bon droit, que les juges de première instance se sont refusés à contraindre *directement* le mari à délivrer le gueth, car les tribunaux français n'ont pas, en principe, à entrer dans les considérations d'ordre purement religieux.

Il semble dès lors contradictoire, comme le fait remar-

(70) Comme autrefois; aujourd'hui cela est vrai au regard de la loi française.

(71) C'est là toute la question.

quer la note précitée, que la Cour (72) ait pu condamner le mari, *sous peine de dommages-intérêts*, à délivrer le gueth sollicité par la femme.

Quelle est alors l'explication de cette décision? On va essayer de dire que la femme pouvait souffrir de ne pas pouvoir se remarier *more judaïco* et que le refus arbitraire de son mari ne l'atteignait pas seulement dans sa foi religieuse, mais encore dans sa réputation (73) qui, si elle passait outre, était compromise vis-à-vis de ses coreligionnaires, parmi lesquels, normalement, elle doit trouver un nouvel époux.

Le mari, n'ayant aucun intérêt légitime à user d'un pouvoir qu'il ne tient que de la loi religieuse, et à refuser le gueth, ce ne serait que dans un but de vexation qu'il pourrait s'obstiner à refuser l'acte sollicité par sa femme, *malitiis non est indulgendum*.

Le mari, ainsi que le constate l'arrêt rapporté, n'ayant aucune raison valable de refuser le gueth, le tribunal pouvait réprimer cet abus de droit (74), par des dommages-intérêts.

La Cour d'Alger a adopté cependant en ce qui concerne l'indemnité mise à la charge du mari, un système assez curieux de dommages-intérêts à deux degrés, moins ou plus élevés, suivant que le refus du gueth par le mari cesserait plus ou moins vite.

Il y a là, certes, un procédé très pratique qui paraît nouveau, dit la note, mais que sa nouveauté ne saurait, à elle seule, faire critiquer.

Arrêtons-nous sur ce genre de dommages-intérêts à deux degrés, ce procédé ressemble fort à l'astreinte, que les tribunaux civils français ont toujours refusé d'accorder pour les demandes en délivrance de gueth.

Or, qu'est-ce l'astreinte?

(72) En 1908. C'est bien là le sens de l'arrêt.

(73) Idée à noter.

(74) Abus de droit, cf. *supra*.

111. — *Les astreintes* (75).

La théorie des astreintes, dit COLIN et CAPITANT, s'est greffée sur celle des dommages et intérêts dont elle serait une déformation.

Ce serait un de ces certains moyens indirects, comme par exemple la contrainte par corps, dans certains cas, aujourd'hui, exceptionnels, pour obtenir l'exécution en nature lorsqu'elle est possible, c'est le cas où des dommages-intérêts sont employés par le juge comme un moyen de contrainte pour forcer le débiteur à l'exécution de l'obligation.

Voici en gros, en quoi cela consiste.

Lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation et lorsque cette obligation consiste en une autre prestation que celle d'une somme d'argent, les tribunaux emploient couramment pour vaincre sa résistance, le procédé suivant, ils lui ordonnent d'exécuter dans un délai fixé et le condamnent pour le cas où il n'obéirait pas, à payer au créancier une certaine somme par jour de retard, ou tant par infraction commise.

En pratique, les hypothèses d'application de cette théorie des astreintes sont très variées; par exemple : en cas de refus par un époux après séparation de corps ou divorce de remettre les enfants à l'époux qui a obtenu la garde ou bien encore pour assurer l'exécution d'obligations de caractère patrimonial, telles que celles de livrer un objet déterminé, de rendre compte, de produire des pièces, d'exécuter des travaux, etc.

Ce procédé constitue un moyen de contrainte d'une portée incontestable, disent COLIN et CAPITANT. Les dommages et intérêts, en cas de résistance prolongée du débiteur, peuvent finir par atteindre un chiffre énorme. Alors le débiteur préférera s'exécuter pour éviter sa ruine.

(75) CAPITANT, éd. 1932, pp. 96, 102, 115, 116.

Ce sera une condamnation à titre comminatoire et purement provisoire, le juge se réservant le droit de statuer ultérieurement en cas d'inexécution, sur le chiffre définitif auquel le débiteur sera condamné.

Pour bien délimiter notre sujet, il est nécessaire de préciser que nous sommes toujours dans la sphère de la responsabilité délictuelle, et plus spécialement dans le domaine de la réparation d'un préjudice.

Certes, la réparation la plus complète consisterait dans la disparition du préjudice, ici, dans le rétablissement de la situation normale de la femme, dans l'absence de tout empêchement à un remariage, en un mot dans l'octroi par le mari du divorce religieux.

Le mari refuse de faire ce qu'il faudrait pour cela. Il agit par malveillance, par méchanceté.

Ne pourrait-on le contraindre à faire, sous la menace d'une importante condamnation pécuniaire, ce qu'il aurait dû faire spontanément, s'il avait obéi à la loi morale?

Il ne s'agit donc pas ici d'une obligation dont l'exécution est ordonnée par justice, de l'exécution de jugements.

Le droit devrait rester étranger à ces considérations, dit-on.

Tout de même, l'arrêt de 1908 semble orienter vers cette solution : Condamnation à 5.000 francs si non-délivrance de gueth, à 1.000 francs si délivrance du gueth, dans le délai d'un mois.

112. — *Les injonctions.*

M. ESMEIN dit qu'il faut chercher ailleurs que dans la théorie des dommages-intérêts, la justification du système des astreintes; c'est, dit-il, dans le pouvoir du juge de donner des ordres.

Les dommages-intérêts fixés par jour de retard sanc-

tionnent non pas la faute du débiteur, mais celle du justiciable.

Il s'agit directement de punir une désobéissance et non de réparer un préjudice.

Dans les obligations dites légales (rapports de famille), l'astreinte serait simplement la sanction de l'ordre du juge.

Le caractère véritable de l'astreinte étant comminatoire, quand l'ordre a été exécuté, le juge peut rapporter en tout ou en partie les dommages-intérêts prononcés.

Mais une objection à ce système est d'ailleurs examinée par M. ESMEIN lui-même : « Les juges ont-ils le droit de donner des ordres, aujourd'hui ? Autrefois, oui ; mais actuellement, il semble qu'il faut répondre négativement. D'un côté, l'autorité judiciaire a été nettement séparée de l'autorité administrative ; d'autre part, le Code civil défend nettement aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. » Ils ont bien le pouvoir de juger (76), il semble qu'ils aient perdu celui de commander.

Cependant, le Code de procédure civile dans l'article 1036, dit : « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, *dans les causes dont ils seront saisis, prononcer même d'office des injonctions*, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. »

Et M. ESMEIN conclut :

« Les juges ont, aujourd'hui encore, le droit de commander, ce qui est le premier élément des astreintes et leur explication réelle. »

Comme la jurisprudence emploie couramment ce procédé dont les avantages pratiques sont immenses, d'éminents auteurs se sont appliqués à justifier l'astreinte.

Celle-ci, ont-ils dit, n'est pas en réalité une condam-

(76) *Op. cit.* p. 37.

nation à des dommages-intérêts, c'est une véritable peine prononcée comme sanction d'une injonction émanant du pouvoir de commandement des magistrats, distinct de leur pouvoir de juridiction (77).

« Il vaudrait mieux, disent COLIN et CAPITANT, reconnaître que l'astreinte est une pratique prétorienne (78), autrement dit illégale, mais son utilité évidente (79) exigerait que, chez nous, le législateur la régularisât à l'exemple du Code de procédure allemand.

(77) *Op. cit.* p. 52.

(78) C. Req. 22 nov. 1934. S. 42-1-170.

(79) Cass. req. 3 nov. 1930. G. P. 1930-2-731.

CHAPITRE IV

SOLUTIONS PROPOSÉES POUR ÉVITER CE CONFLIT ENTRE LA LOI CIVILE ET LA LOI RELIGIEUSE

113. — *Importance de la question.*

On peut dire que cette question du gueth est une des préoccupations les plus graves du Rabbinat, non seulement de France, mais de chaque pays, même là où la législation a un caractère confessionnel.

Les Israélites sont souvent obligés de changer de pays, à cause des persécutions dont ils sont encore, hélas ! en ce xx^e siècle, l'objet. Dès lors, quand les hommes mariés partent pour des terres lointaines et que les difficultés de l'existence les obligent à peiner durement, ils laissent leur femme souvent sans nouvelles pendant de longues années et même parfois, pour certaines raisons d'éloignement, de lâcheté, les abandonnent (1). Ces femmes ne peuvent plus se remarier. Le mari n'est pas là pour permettre la confection du gueth : donner l'ordre au scribe.

114. — *Thèse du mariage conditionnel.*

Problème mondial, problème difficile.

Le Rabbinat français, dans une de ses assemblées,

(1) En droit, c'est la question de l'absence, de l'« Agounah ».

celle de 1907, proposa une solution en partant du mariage. On insérerait dans l'acte de mariage religieux (Ketouba) une clause (un Tnaï), une condition que le mariage sera valable à condition que les époux s'engagent à ne jamais recourir au divorce civil.

Si les époux ne tenaient pas cet engagement, alors la condition tomberait et le mariage serait annulé rétroactivement, il serait dissous, *ipso facto*, nul et de nul effet.

Il est curieux de voir les rabbins préconiser l'indissolubilité du mariage et rejoindre ainsi l'Eglise catholique, en n'entrevoyant comme remède aux mariages malheureux, non pas le divorce, mais l'annulation du mariage, sur le plan religieux (2).

Il est vrai que dans la pratique, le mariage rompu par le divorce civil sera de toutes façons dissous. Le divorce religieux ou ghetth ne serait « qu'une formalité surabondante », nécessaire seulement pour mettre fin aux liens religieux nés de la célébration du mariage religieux.

Avec la thèse des rabbins de 1907, ou plus exactement de M. Joseph LEHMAN, directeur de l'Ecole Rabbinique de France, on aboutit à rien moins qu'à supprimer le divorce religieux (3).

Récalcitrants ou non, maris dignes d'intérêt ou peu scrupuleux, peu importe, dès l'instant que le divorce civil est obtenu, le mariage religieux est annulé.

Nous devons dire que pour le Lévirat (la Halitza), cette conception du mariage sous condition a été admise en Algérie, par exemple, et cela a contribué à faire tomber en désuétude cette institution.

(2) D'ailleurs, lit-on dans le rapport, que le D^r Domato Camerini « fait, dans son pays, l'Italie, la propagande la plus active en faveur de l'idée de mariage sous condition », cela évidemment est intéressant pour les israélites italiens qui auraient, comme les catholiques italiens le recours de l'annulation pour dissoudre leur mariage, l'Italie interdisant le divorce.

(3) Voir aussi le journal *Mahziké haddath*, année 1907, et l'ouvrage de MELLAMED LEOIL, vol. III, p. 34.

Dans ce rapport de 1905, M. LEHMAN précise que « la décision prise par les docteurs de la loi (4), d'admettre le mariage sous condition (Kiddouschine ale tenaï), nous autorise à chercher de ce côté-là, la solution de la question.

Il souligne que le remède préconisé à la situation malheureuse de la femme abandonnée (agounah), est conforme, certes, aux traditions du Judaïsme et de plus à l'adhésion de principe du Grand Rabbín de Stockholm, LEWYSOHN, du Grand Rabbín de Bucarest, D^r WIGERANO, du Grand Rabbín d'Alexandrie, Elie HAZAN (5), qui tous admettent la légitimité et l'opportunité, dans les circonstances où nous nous trouvons, du mariage sous condition (Kiddouschine al tnaï) (6).

In fine, le rapport se termine par une suggestion, qui est la suivante :

« Est-il permis d'insérer dans la formule des « Kiddouschin » une condition moyennant laquelle une femme divorcée à qui le mari ne voudrait pas donner le gueth dans un délai voulu, pourrait se remarier sans être adultère (Escheth Isch) et sans que les enfants à naître de ce mariage deviennent (Mamzerim) adultérins? »

Le mariage avec condition est valable en droit juif. « Il est constant d'après la législation juive, dit le Rapport (7), qu'il appartient aux époux de déterminer, en dehors des conditions fixées par la loi elle-même, celles d'où dépendra, de par leur volonté souveraine et d'engagements formels conformes à la religion et à la morale, la validité de leur union. »

A notre avis, il faudrait dans cette matière être d'une très grande prudence, et admettre non pas une formule générale, valable pour tous les pays et pour tous les temps,

(4) EBEN EZER 157.

(5) Dans son livre *Taloumot Leb*, 1903.

(6) Les grands Rabbins de France, de Suisse, de Belgique, d'Italie. (D^r Donato Camerini.)

(7) KIDD, 48 b, 49 a, 49 b, 50 a, 58 b, 60 a, 60 b, 62 a.

mais circonscrire le problème à des cas bien déterminés de difficultés à résoudre.

Nous nous intéressons quant à nous au Judaïsme français.

En France, la législation est laïque. Le domaine du droit religieux est théoriquement distinct de celui du droit positif français.

Il serait bon, pour respecter les traditions du Judaïsme d'une part, et la législation civile de notre pays, de l'autre, de bien souligner que le problème que nous examinons a deux aspects : un aspect religieux et un aspect civil (8), et que, nous n'avons pas le droit, sous prétexte de simplification, de parvenir par l'introduction d'une condition dans le mariage religieux, à supprimer purement et simplement le divorce religieux ou *gheth*, pour le remplacer par l'annulation du mariage religieux.

Le divorce civil est et reste le divorce civil, il rompt les liens civils du mariage civil. Préexistant par définition au mariage religieux puisqu'un rabbin n'a pas le droit, aux yeux de la loi civile, de bénir une union conjugale avant la célébration civile, le mariage civil sera dissous le premier. C'est ce qu'avait admis et formulé comme règle, d'ailleurs, le grand Sanhédrin de 1807.

Dès lors, il faut poser, comme principe, que le divorce religieux ou *gheth* est toujours en vigueur avec ses règles et sa nature, en France; que tous les moyens de peser sur la volonté du mari pour lui faire comprendre qu'il doit donner le *gueth* à sa femme sont licites : suppression d'honneurs religieux, recours devant les tribunaux; c'est seulement lorsque tout espoir d'obtenir le *gueth* (après un délai de..., en cas d'abandon du mari, d'absence prolongée, etc...), que la condition introduite dans le mariage religieux pourra jouer pour harmoniser la situation religieuse avec la situation civile et *faire qu'aucun lien désor-*

(8) Cf. *infra*.

mais ne subsiste, tant sur le plan religieux que sur le plan civil.

C'est au Tribunal rabbinique ou au rabbin à conseiller utilement les « divorcés » et à une assemblée de rabbins français à prendre des décisions dans le sens qui nous paraît être celui de la raison et du respect du Judaïsme et que nous nous permettons de préconiser.

115. — *Thèse de Maître Sultan.*

M. SULTAN (9) voudrait, que l'on empêchât le remariage religieux du mari, tant qu'il n'aurait pas donné à sa femme le divorce religieux.

C'est là une thèse intéressante, qui pourrait être efficace si le rabbin, appelé à bénir la nouvelle union du mari, divorcé civilement d'avec sa première femme, mais non religieusement, acceptait cette manière de voir.

On arriverait ainsi à supprimer la polygamie (dans le domaine de la pratique religieuse, là où elle est encore permise — toujours religieusement).

Voici ce qu'écrit maître SULTAN : « Un principe est constant : les Israélites doivent obéissance à la loi du pays qui les abrite, c'est de ce principe que nous allons tirer les conséquences nécessaires.

« Or, la loi purement mosaïque n'interdit pas la polygamie (10), que la loi française réprime comme un véritable crime.

« L'Israélite, divorcé civilement, voudra se marier à nouveau, selon le rite judaïque : nous devrions l'empêcher de le faire, tant qu'il n'aura pas justifié que sa première femme a reçu le gueth, et nous avons le droit de le faire!... »

(9) Avocat au barreau de Constantine, dans le procès-verbal de la Fédération départementale de Constantine des Associations culturelles israélites, 3 nov. 1929, page 13 et suiv.

(10) Sauf dans certains pays.

Qui peut empêcher, en effet, l'association cultuelle d'opposer formellement son veto au remariage religieux de l'ex-mari tant qu'il ne se serait pas délié de sa première union religieuse, tant qu'il n'aurait pas accordé le « gueth » à sa première femme?...

Il est bien entendu que nous sommes dans la sphère du Judaïsme et de ses pratiques. La polygamie réside dans le fait que, non divorcé religieusement d'avec sa première femme, l'homme veut, comme c'est son droit, en l'état actuel de la doctrine juive dans certains pays, se remarier religieusement.

Il faudrait, certes, un synode de rabbins pour étendre par exemple aux pays non soumis à son application, l'anathème contre la polygamie.

Une association cultuelle, assemblée de membres laïcs, n'a pas le pouvoir de prendre cette grave décision.

Mais comme nous avons à faire à des cas spéciaux, à des hommes peu dignes d'intérêt, des maris qui, par méchanceté, mauvais vouloir, veulent faire du mal à leur ex-femme, en leur refusant le « gueth », il est un principe valable ici, admis dans le talmud et qui prescrit de ne pas s'embarrasser de trop de délicatesse vis-à-vis de gens, qui font fi de toute moralité (hou assa chélo quéougane anou ossime chélo quéougane) en latin, *malitiis non est indulgendum*. Nous pouvons donc, en toute quiétude, admettre, que l'association cultuelle puisse prendre la décision de refuser de prêter le concours de ses ministres du culte à la célébration d'un mariage (religieux évidemment), si l'époux, qui était déjà engagé dans les liens d'un mariage, n'a pas donné à sa première femme le divorce religieux.

Si la femme trouve à se remarier avant son ex-mari? Faudrait-il attendre que son ancien époux se trouvât en face du veto du consistoire?

Evidemment, de solution parfaite, il n'en existe pas actuellement.

Nous serions d'avis de faire prendre par les associa-

itions cultuelles israélites la décision suggérée par maître SULTAN.

De même, pour ce qui est des mesures d'ordre confessionnel, maître SULTAN ajoute : « Allant plus loin, qui peut nous empêcher de refuser toute cérémonie religieuse, tout honneur religieux à l'ex-mari qui s'obstine-rait dans une attitude méchante, dès que l'ex-femme aurait tenté, sans résultat et dans un délai déterminé, les démarches nécessaires pour obtenir sa libération ? »

« Autrefois, on admettait la bastonnade et même l'incarcération. En l'état actuel des choses, la mesure préconisée apparaîtra bien anodine. »

On doit dire à la vérité, que les rabbins, conscients de la gravité de la situation malheureuse de la femme, non dotée du divorce religieux, font tout, pour décider le mari récalcitrant, à donner le *gueth* à son ex-femme. Le refus de leur part d'accorder à ces époux peu dignes, tout honneur religieux peut rentrer dans les moyens de coercition dont ils disposent; mais comme dit maître SULTAN, il ne faut pas s'exagérer l'efficacité de telles mesures.

A notre avis, c'est encore le recours ouvert devant les tribunaux civils français, qui aura le plus de force pour décider un mari récalcitrant à donner à sa femme le divorce religieux. La crainte d'être traîné devant les tribunaux l'incitera souvent à faire le geste nécessaire pour libérer son ex-femme des liens du mariage religieux.

Maître SULTAN préconise alors l'adjonction d'un avenant à l'acte de mariage religieux, qui accorderait, en la forme rituelle, « d'ores et déjà à la femme liberté complète et entière dès qu'aurait été prononcé le divorce civil. Ce serait, dit-il, en quelque sorte le « *gueth* » sous condition suspensive (11). Et ne pourrait-on alors con-

(11) Thèse intéressante, mais difficile à accepter, car il est délicat de soumettre des nouveaux mariés à la procédure du divorce, même conditionnel. Le droit juif admet bien le divorce conditionnel, mais seulement dans des cas exceptionnels.

« traindre les familles à souscrire à cet avenant sous menace de refuser la célébration même du mariage? »

Et maître SULTAN aboutit à ces conclusions que nous ferons nôtres, du moins, pour ce qui est du refus des honneurs religieux et de célébration de mariage religieux, à un mari qui n'aura pas donné à son ex-femme d'avec qui, il est divorcé civilement, le « gueth ».

« Un Israélite devra produire au bureau local du
« consistoire son acte de naissance daté de moins de trois
« mois et son livret de famille. S'il est constaté qu'il est
« divorcé civilement, il ne pourra contracter un nouveau
« mariage religieux, qu'autant qu'il aura justifié avoir
« donné au préalable à son ex-femme la répudiation religieuse ou gueth et ce, par une pièce émanant de l'association cultuelle de la résidence de son ex-épouse (12). »

116. — *Déclaration approbative du divorce civil* (13).

Quand le divorce a eu lieu selon le Code civil au profit de la femme (14), et que le mari refuse d'obéir à la sommation de l'autorité religieuse de compléter la dissolution du mariage par la délivrance du gueth, celle-ci a le droit et aussi le devoir d'accorder sa sanction à l'acte de divorce civil et cette sanction sera formulée dans une *déclaration approbative*. Cette déclaration constatera que l'acte de divorce a été écrit par une personne compétente (le greffier), qu'il a été établi au nom et à l'intention de la femme divorcée et remis à cette dernière en présence de deux témoins israélites.

(12) Jusqu'à présent, c'est seulement à la femme à faire cette preuve, en présentant simplement l'acte du « gueth ».

(13) *Univers Israélite* de 1885-1866, N° 17, le problème était posé pour la première fois, à la suite de la promulgation de la Loi Naquet, par M. Michel Aaron Weill, ancien Grand Rabbin d'Alger.

(14) Au profit de la femme ou au profit de l'homme, le problème à résoudre est le même.

C'est une solution un peu spéciale, qui transformerait le divorce religieux en une simple approbation du divorce civil.

Pourquoi ne pas vouloir laisser complètement et seulement au pouvoir juridictionnel laïc le soin de prononcer les divorces? Ce serait plus simple, plus logique et plus franc, fait remarquer M^e Renée LÉVY.

117. — *Divorce civil rompant le mariage religieux.*

A quoi bon, après le divorce civil, qu'il y ait un divorce religieux? a-t-on dit. Les Israélites citoyens français n'ont qu'à accepter la seule forme de dissolution du mariage, admise par tous, le divorce civil.

D'autant plus, ajoute-t-on, que le mariage israélite lui-même, tel que la Bible, le Talmud l'ont organisé, n'est au fond qu'un acte purement civil.

M. LEHMAN, dans son rapport de 1907, répond à cette assertion par une définition précise du mariage. « Sans doute, dit-il, le mariage chez les Israélites, n'est pas un sacrement, pas plus qu'il ne l'était, pour les chrétiens, à l'origine du christianisme, mais quoique son cérémonial soit d'une simplicité extrême et n'a besoin même pas de l'intervention obligatoire d'aucun ministre de la religion, il n'en est pas moins la consécration donnée par la religion, à l'acte le plus grave de la vie, celui qui lie le plus la conscience, dont l'essence n'a rien de commun avec les contrats régis par les lois.

« Il est pour nous, dit-il, l'institution religieuse par excellence, nos plus antiques traditions, la genèse la fait remonter aux origines mêmes de l'humanité et lui donne
« comme souverain législateur, Dieu lui-même. Elle figure
« dans le décalogue (défense de l'adultère) et ne saurait

(15) R. LÉVY, p. 114, *op. cit.*

« être laissée à l'arbitraire de tous les législateurs éphé-
« mères auxquels la faveur populaire a confié pour un
« temps, la garde des intérêts généraux des diverses na-
« tions, ni même aux libres spéculations des philosophes.

« Tout ce qui concerne ce pacte, son établissement, sa
« rupture, sa dissolution, est donc du domaine des lois
« religieuses. »

Ceci est clair et net. Le mariage et le divorce dans le Judaïsme n'ont jamais été sécularisés. Ils sont encore aujourd'hui religieux, en ce sens que c'est la religion et la religion seulement qui les commande et préside à leur réalisation.

Nous ne voyons pas comment on pourrait considérer le mariage à la synagogue comme étant civil, de même comment le divorce judaïque serait laïc, alors qu'il est commandé par la religion.

Ce sont des thèses qui nous paraissent oublier un point important : la sanctification de la religion.

Evidemment, l'union d'une femme et d'un homme, leur divorce, peuvent se concevoir comme étant des institutions laïques, et elles existent comme telles dans beaucoup de législations, la nôtre par exemple, mais vouloir à toutes forces qu'elles aient ce caractère dans le Judaïsme, c'est omettre que le divorce et le mariage juifs se terminent par une formule identique (Kedat mosché vé-israël), selon la loi de Moïse et d'Israël, loi religieuse par définition.

L'autre argument employé en faveur de la thèse que le divorce civil équivaldrait au divorce religieux et romprait totalement le mariage aussi bien quant aux rapports civils que quant aux obligations religieuses, c'est celui de l'adoption du principe de Rab. SAMUEL (16) : « La loi du pays est la loi » (Dinah de Malchouta dina) et par conséquent le divorce du pays est le divorce.

(16) GUITTIN, 10 b.

D'autant plus, ajoute-t-on, que ce principe semble avoir été admis précisément dans la Michna (R. Schiméon), déclarant valables les actes de divorce produits devant les tribunaux non juifs.

On s'arrête là aux apparences. Si on approfondit les choses, le principe veut dire que dans le domaine civil on doit obéissance à l'autorité.

Personne ne viendrait soutenir que dans le domaine religieux, l'Israélite doive se soumettre au pouvoir dominant, c'eût été il y a longtemps la disparition du Judaïsme. Dans le texte de la Michna, d'ailleurs, et d'après le contexte et la discussion ouverte à ce sujet, il s'agit non de jugements de divorce rendus par les tribunaux, mais d'actes de divorce faits conformément à la loi juive et qui sont portés devant les tribunaux pour être légalisés, enregistrés ou homologués.

THE FIRST PART OF THE HISTORY OF THE
LIFE OF THE LATE LORD OF THE
TREASURY OF THE KINGDOMS OF GREAT
BRITAIN AND IRELAND, JOHN
MANSFIELD, ESQ. VIZ. HIS
EDUCATION, HIS MARRIAGE, HIS
TRAVELS, HIS STUDIES, HIS
PUBLICK SERVICE, HIS DEATH,
AND HIS BURIALL. BY
JOHN MANSFIELD, ESQ. VIZ.
HIS EDUCATION, HIS MARRIAGE,
TRAVELS, HIS STUDIES, HIS
PUBLICK SERVICE, HIS DEATH,
AND HIS BURIALL.

CONCLUSION

118. — *Généralités.*

Le problème, que nous avons examiné, s'offre donc à nous sous deux aspects : l'un religieux et l'autre civil.

Nous avons essayé de présenter la question dans son ensemble et d'en préconiser la solution.

Nous le répétons, de solution idéale, il n'en existe pas. Nous croyons, que le recours devant les tribunaux civils, est, actuellement, le remède le moins défectueux, pour essayer d'apporter un terme à la situation malheureuse de la femme non dotée du « gueth », par la faute d'un mari peu scrupuleux.

Le rabbinat se doit de prendre ses responsabilités, en faisant passer dans le domaine de la pratique, les résolutions qu'il prendra pour éviter le conflit de la religion et du droit.

119. — *A l'intérieur du Judaïsme.*

A l'intérieur du Judaïsme, on pourrait penser, puisque la question est toujours à l'ordre du jour des délibérations des assemblées des rabbins (1) et fait partie des préoccupations constantes de ceux, qui ont en mains les destinées spirituelles des adeptes de l'antique loi du Sinaï, à envi-

(1) Encore en 1933.

sager la solution de ce problème angoissant, soit en changeant la nature du divorce juif, soit en gardant ce divorce tel qu'il est, mais en l'affectant d'une condition suspensive, et en l'établissant ainsi avant même le divorce civil, et dès qu'il est certain que le divorce civil va être prononcé.

Rôle du rabbin.

Le rôle du rabbin est d'éclairer les époux, lors de leur mariage religieux, sur les devoirs qu'impose, à chacun d'eux, cette célébration religieuse, et de leur montrer les graves responsabilités qu'ils prennent tant vis-à-vis de la loi religieuse que vis-à-vis de la loi civile.

120. — *Construction juridique.*

Sur le plan purement juridique, on pourrait songer à construire une théorie consistant à dire que le mari et la femme, du fait qu'ils ont placé leur union matrimoniale, sous l'empire de la loi religieuse, ont entendu se soumettre d'avance aux conditions que cette loi édicte pour la validité de cette union, son existence, sa rupture.

Contrat tacite ou exprès peu importe.

La validité de tels engagements ne peut pas être mise en doute (2). On doit simplement ne pas heurter des dispositions précises de notre droit positif, tel par exemple, que des dispositions du Code civil (3).

Dès lors, on élargit le débat. Ce n'est pas simplement une responsabilité délictuelle qui est à envisager, mais encore une responsabilité contractuelle.

(2) Jurisprudence récente. Rabat, 9 mai 1933. *Gaz. Trib. Maroc* 1933-215.

(3) Par exemple, pour l'éducation religieuse des enfants.

Le mari qui refuserait de faire baptiser (4) les enfants alors que le mariage civil a été suivi d'une célébration religieuse chrétienne, contreviendrait à une obligation contractuelle, et si son intention de nuire est patente, il engagerait également sa responsabilité délictuelle.

De même pour le mariage religieux, si on refuse de s'y soumettre après le mariage civil, alors que cela paraissait admis tacitement, on commet une violation d'une obligation conventionnelle, sans préjudice de la responsabilité délictuelle s'il y a lieu.

De même enfin, pour le gueth, le mari qui refuse à la femme sa liberté religieuse et par conséquent sa liberté, puisque cette femme ne peut se remarier sans ce gueth, enfreint une obligation contractuelle, sa responsabilité délictuelle étant aussi engagée, puisqu'aucune raison valable ne peut être donnée de ce refus, le mari ne pouvant aujourd'hui prétendre, d'après le Judaïsme, donc d'après la loi qu'il a acceptée, lors de la célébration religieuse de son mariage, à un droit arbitraire de donner ou de ne pas donner le gueth à sa femme. Son omnipotence est battue en brèche par le Talmud déjà, qui permet les « gueths contraints » et par la décision de R. GERSON, qui exige le consentement de la femme pour la validité du divorce. Il est tenu d'une obligation de faire, d'origine contractuelle si nous admettons la thèse énoncée plus haut, et il engage sa responsabilité délictuelle s'il agit avec intention de nuire.

On pourrait même aller plus loin, et en appelant ces situations contractuelles un peu spéciales, d'un nom générique de situations de fait, étendre ces solutions aux mariages clandestins, dont nous avons parlé plus haut.

On commencerait par régulariser ces situations de fait, en les faisant rentrer le plus souvent, car, dans la plupart des cas, la femme est de bonne foi, dans la catégorie

(4) Ch. Civ. 30 nov. 1898, D. 99-1-358, cf. *supra*.

des mariages putatifs (5) et les assimiler alors aux mariages religieux réguliers pour en faire découler toutes les conséquences pratiques, et notamment, faire peser sur le mari une obligation conventionnelle de donner le divorce religieux à sa femme.

121. — *Intérêt de cette construction.*

L'intérêt de cette construction juridique, est, qu'on pourrait appliquer, ici plus facilement, qu'en matière délictuelle, la théorie des astreintes. On demanderait aux juges de faire pression sur la volonté du mari, pour le pousser à accomplir une obligation contractuelle, le principe juridique restant que l'exécution en nature est toujours préférable à tout autre mode de réparation.

L'arrêt de 1908 achemine vers cette solution, en prévoyant que les dommages-intérêts qu'il prononce seraient réduits au cas d'exécution en nature, c'est-à-dire si le mari donnait le gueth à sa femme, dans le délai d'un mois.

Si ce point de vue était admis, on ferait tomber l'objection première élevée contre la thèse de ceux qui voudraient voir dans le recours devant les tribunaux civils un remède à la situation malheureuse de la femme sans gueth, et qui consisterait à dire, si le mari est très riche, il paiera et la femme se trouvera aussi malheureuse avant qu'après le jugement, puisqu'elle ne pourra pas, sans gueth, se remarier. Le préjudice continuerait...

Nous soutenons que les tribunaux pourraient considérer, que les époux, en se mariant religieusement, ont tenu, pour tout ce qui est religieux, à se montrer respectueux des obligations que leur impose cette loi religieuse, et en tenant compte de cet état de fait, condamner à une

(5) Jurisprudence récente : Cass. req. 1933, S. 1933-1-168 et observations.

astreinte, le mari qui n'exécute pas ses engagements, et cela, en vertu de leur pouvoir de donner des ordres, et pour essayer d'obtenir la réparation en nature du dommage subi.

C'est seulement si cette menace ne donnait pas de résultats, que des dommages-intérêts pourraient être établis, pour sanctionner soit la violation d'une obligation conventionnelle, soit la violation d'une obligation délictuelle, ou les deux à la fois.

Or, précisément le mariage offre ce caractère mixte que la loi civile réglemente en exigeant, pour une raison ou pour une autre peu importe, l'antériorité du mariage civil par rapport au mariage religieux.

On tient compte, en jurisprudence, des situations spéciales nées des conflits entre la loi civile et la loi religieuse : éducation religieuse des enfants, baptême des enfants, mariage des prêtres, mariage civil non suivi de mariage religieux, pour en faire découler certaines conséquences. Donc les juges ne se dérobent pas à leur tâche devant de telles questions. Ils jugent, et ne se déclarent pas incompétents, ne concluent pas au rejet systématique des demandes basées sur des difficultés nées, à l'occasion de questions religieuses.

La grande objection, évidemment, est celle que nous fournissent précisément les arrêts rejetant, en cette matière, les astreintes, et qui consiste à dire que les tribunaux civils n'ont pas à s'immiscer dans les devoirs et droits qui découlent des lois religieuses.

Mais, encore une fois, nous ne sommes pas dans un pays antireligieux, du moins officiellement. La religion n'est pas interdite en France. La loi civile connaît souvent, comme nous l'avons démontré, des situations mixtes où la religion est mêlée au droit, tout comme dans la vie des individus et des sociétés — sauf en pays antireligieux comme dans la Russie actuelle.

Nous croyons que les juges français pourraient, sans

violer aucunement les principes de notre droit, ordonner une astreinte dans ces cas, en basant leur jugement sur la nécessité de réparer tout le dommage, autant que cela est possible.

Quant à l'autre objection qui consiste à dire que si on a affaire à des insolubles, les condamnations pécuniaires obtenues seraient de peu d'efficacité, nous pensons que, même dans ces cas, le recours devant les tribunaux est utile, car il fera réfléchir ces individus, qui ont toujours une certaine peur des tribunaux et qui n'aiment pas trop être condamnés.

Nous ne nous leurrions pas sur les réactions « morales » des gens peu scrupuleux, mais quand il s'agit de la liberté d'une personne, ne devenons-nous pas tout tenter, même essayer de s'accrocher au fétu de paille de l'illusion!

A notre avis, le recours devant les tribunaux civils français a un effet surtout préventif (6), en ce sens qu'il permet de faire pression sur la volonté des maris récalcitrants, en leur faisant entrevoir la possibilité de ce recours devant les tribunaux, avec toutes ses conséquences.

Il est un principe sur lequel toutes les législations, toutes les religions, toutes les morales sont d'accord, c'est celui de sanctionner d'une manière ou d'une autre, par une condamnation, un anathème ou un blâme, les actes malicieux d'individus peu scrupuleux, qui causent à leur prochain des dommages.

(6) Nous avons eu l'occasion, à Dijon, d'obtenir d'un étranger qui, marié seulement religieusement, clandestinement cela va de soi, à Strasbourg, le divorce religieux pour sa femme, en le menaçant de ce recours devant les tribunaux.

Vu :

12 janvier 1935.

Le Doyen de la Faculté de Droit,
A. GUILLOIS.

Vu :

12 janvier 1935.

Le Président de la thèse,
M. DESSERTAUX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 12 janvier 1935.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,
J. E. SPENLE.

BIBLIOGRAPHIE

LISTE D'OUVRAGES LE PLUS SOUVENT CITÉS, OU A CONSULTER.

- ARYÉ (G.). — *Histoire juive des origines à nos jours*, 2^e édition, 1926.
- BLAU. — *Die Jüdische Ehescheidung und der Jüdische Scheidebrief*, Strasbourg, 1911.
- BIBLE. — *Traduction du Rabbinat français*, 1931.
- BENHAMOZEG. — *Israël et l'humanité*.
- BRISSAUD. — *Manuel d'histoire de droit français*, 1904.
- CAHN (M.). — *Le divorce dans la législation talmudique*, Paris, 1901.
- CARO. — *Schulhane Arouch*.
- COLIN et CAPITAN. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., 1932.
- DARMESTER. — *Les prophètes d'Israël*, 1895.
- DRACH. — *Du divorce dans la synagogue*, Rome, 1840.
- ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891.
- FLEG (E.). — *Anthologie juive des origines à nos jours*, 1924.
- FLEG (E.). — *Anthologie juive des origines au Moyen-Age*.
- GIRARD. — *Cours élém. de droit romain*, 3^e édit.
- GRAETZ. — *Histoire des juifs*, Trad. Wogue et Bloch.
- GROSS. — *Gallia judaïca*.
- ISRAEL ABRAHMS. — *Valeur permanente du Judaïsme*.
- LANEYRIE. — *Le divorce entre époux de nationalités différentes*, Dijon, 1932.
- LAMBERT (E.). — *Fonction du droit civil comparé*.
- LEFEVRE. — *Leçons d'introduct. gén. de l'hist. du dr. matrimonial*, 1900-1906.
- LEVEN (N.). — *50 ans d'histoire*, 2 vol., 1912, 1920.
- LÉVY (L.-G.). — *La famille dans l'antiquité juive*, Paris, 1905.
- LÉVY (Renée). — *Le divorce juif et les conflits de lois qu'il peut engendrer*, Nancy, 1929.

- MAYER. — *Recht der Israeliten Athener und Römer*, Trèves. 1876, 3 vol.
- MAZEAUD (M.-L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e vol., 1931, Sirey.
- MUTEAU. — *De la responsabilité civile*, 1898.
- MUNK. — *La Palestine*.
- PILLET (A.) et NIBOYET. — *Manuel de droit international privé*, 1924 (Suppl. 1928).
- PLANIOL. — *Traité élém. de droit civil*, 3 vol.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol.
- RABBINOWICZ. — *Législation civile du talmud*, 1880, Trad. du talmud.
- REINACH (J.). — *Revue des études juives, actes et conférences*.
- RENAN (E.). — *Judaïsme et christianisme. Revue des études juives* (Annuaire 1883).
- STRACK. — *Einleitung in den Thalmund*, Leipzig, 1900.
- SCHAWB (M.). — *Le talmud de Jérusalem*, Trad. fr., 11 vol.
- SAUTAYRA et CHARLEVILLE. — *Code rabbinique*, Eben Haezer, 2 vol., Alger, 1868.
- SOÏFER. — *La jurisprudence française sur le divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles*, Paris, 1916.
- SOÏFER. — *Le divorce des israélites russes dans les rapports internationaux* (J. C., 1918, p. 1.299).
- TIBI (S.). — *Statut personnel des israélites et spécialement des israélites tunisiens*.
- VIOLLET. — *Histoire du droit civil français*.
- VOISENET. — *La faute lourde en droit privé français*, Dijon, 1934.
- WEILL (E.). — *La femme juive, sa condition légale d'après la Bible et le Talmud*, Paris, 1907.
- WEILL (J.). — *Le Judaïsme*, 1931. — *La foi d'Israël*, Presses universitaires.
- WEILL (L.). — *Le divorce des Israélites russes en France* (*Rev. de dr. int. Pr.*), 1908, p. 759 et 1909, p. 140.
- ZURL. — *Droit talmudique* (en hébreu).

JURISPRUDENCE LE PLUS SOUVENT CITEE

*Dalloz. — Jurisprudence
générale. — Spécialement.*

- D.* 58-1-211.
60-2-97.
99-1-358.
D. P. 1903-2-49. Note de Bar-
tin.
1905-1-353.
1910-2-380.
1911-2-37.
1912-5-2.
1914-2-47, 48.
1921-1-71.
1922-2-62.
1927-2-1.
D. H. 1926, p. 401.
1926, p. 436.
1927, p. 398.
1928, p. 325.
1933, n° 15.
1933, Rep. Dal., n° 39.

Sirey, recueil général.

- 1812-2-89.
1842-1-170.
1860-2-353.
1887-1-112.
1904-2-217.
1906-1-161. Note Pillet.
1907-1-454.
1909-2-15.
1911-2-37.
1911-1-581.

- 1912-1-132.
1913-2-300.
1920-2-129. Note Rousseau.
1923-1-129.
1924-2-9.
1926-2-89. Note.
1927-1-299.
1933-1-168.

G. P. (Gazette du Palais)

- 1922-1-283.
1924-2-424.
1927-2-250.
1928-1-685.

Revue droit int. pr.

- 1908, p. 759.
1909, p. 140.
1912, p. 368, p. 375.
1913, p. 424.
1922-23, p. 373, 434.
1924 (2 juillet).
1932-2-59.

Journal de dr. int. pr.
(*Clunet*)

- 1875, p. 122.
1896, p. 848.
1903, p. 805.
1904, p. 678.
1905, p. 410.
1906, p. 1.146.

1906, p. 738 et 751.
 1907, p. 396.
 1908, p. 765.
 1909, p. 189.
 1912, p. 205, 192.
 1914, p. 177, 179, 180.
 1919, p. 088.
 1922, p. 116, 117.
 1924, p. 212, 214, 667, 668,
 1.098.
 1925, p. 121, 767, 1.055.

Journal de Robe

1874, p. 246.
 1875, p. 257.
 1876, p. 89, 91.
 1877, p. 58.
 1879, p. 87.
 1889, p. 294.
 1906, p. 217.
 1908, p. 362.
 1918, p. 145.
 1919, p. 37.
 1927 (juillet).

Univers israélite

1883-84, p. 674.
 1884-85, p. 43, 154 et 188.
 1885-86, p. 35, 38 et 515.
 1908, p. 208.

*Revue juridique
 d'Alsace-Lorraine*

1931, p. 607, 373.
 1932, p. 421.

Gazette des Trib. Maroc

1933, p. 215.

Rec. des Som.

N° 3.474, sept-oct. 1933.

Journal des Trib. tunisiens

1909, p. 60.

Le journal

20 mars 1908 (Naquet).

Revue algérienne

1886-2-120.
 1886, p. 178.
 1910-2-51, note de Larcher.
 1920-2-142. Note de Recten-
 wald.
 1922, p. 228.
 1924-15-5.
 1926-2, p. 231.
 1927, p. 139.
 1928, p. 189.
 1932, juillet.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GENERALE

Définition du judaïsme, son importance, 1. — Utilité de l'étude du judaïsme dans la vie pratique, 3. — Depuis la dispersion, 4. — Judaïsme émancipé en France, 5. — Sous Napoléon I^{er}. — Sanhédrin 1807, 6. — Conflits avec la loi civile, 7. — Position du problème, 8. — Objet de cette étude, 9.

PREMIERE PARTIE

SYSTÈME LÉGISLATIF JUIF

CHAPITRE PREMIER

Sources du droit juif

Définition du droit juif, 10. — Son actualité, 11. — Son caractère, 12. — Division des sources, 13. — La Bible, 14. — Le pentateuque, 15. — La thora, 16. — Loi orale, 17. — Les prophètes, 18. — Mosaïsme, 19. — Histoire du peuple juif, 20. — Formation du talmud, 21. — Définition, 22. — Michna, 23. — Guemara, 24. — Raschi, 25. — R. Gerson et la polygamie, 26. — Maïmonide, 27. — J. Caro, 28. — Les consultations, 29.

CHAPITRE DEUXIEME

La conception de la famille dans le judaïsme et spécialement du divorce juif

Généralités, 30. — Le mariage, généralités, 31. — Les fiançailles, 32. — Le mariage proprement dit, 33. — Les mariages irréguliers, 34. — Le lévirat, 35. — Le divorce dans le judaïsme, 36. — Considérations générales, 37. — Dans la Bible, 38. — Défaveur du divorce dans le judaïsme, 39. — Difficultés de la matière, 40. — Règles du divorce, 41. — Dans le deutéronome, 42. — Les dix principes du divorce, 43. — Premier principe : acte volontaire du mari, 44. — 2° Nécessité d'un écrit, 45. — 3° Au nom de la femme, 46. — 4° Rupture totale, 47. — 5° Don du mari, 48. — 6° Remise à la femme, 49. — 7° Renvoi effectif, 50. — 8° Remise possible, 51. — 9° Formule de remise, 52. — 10° Causes du divorce, 53. — Résumé des principales règles, 54. — Tableau d'ensemble du divorce juif, dans Caro, 55. — Cas d'interdiction du divorce, 56. — Divorces obligatoires, 57. — Au profit de la femme, 58. — Au profit du mari, 59. — Formalité du divorce : cérémonial de la répudiation, 60. — La lettre de répudiation, 61. — Divorce à terme ou sous condition, 62. — Preuve du divorce, 63. — Effets du divorce, 64. — Divorce par mandataire, 65.

DEUXIEME PARTIE

SYSTÈME LÉGISLATIF FRANÇAIS

La famille en droit français et spécialement étude du divorce : généralités, 66. — Définition du divorce, 67. — Importance, 68. — Historique, 69. — Dans le code civil et après, 70. — Causes du divorce, 71. — Les injures graves, 72. — Les anciennes interdictions de divorce, 73. — Procédure, 74. — Conséquences du divorce, 75. — Pension alimentaire, 76. — Dommages-intérêts, 77. — Devoirs envers les enfants, 78. — Fondement de l'obligation alimentaire, 79. — Conditions, 80.

TROISIEME PARTIE

DIFFICULTÉS

NÉES DES CONFLITS ENTRE CES DEUX SYSTÈMES LÉGISLATIFS

CHAPITRE PREMIER

*Loi civile et loi religieuse,**conflit entre ces deux lois en droit privé français*

Généralités, 81. — Refus de célébration religieuse du mariage, cause de divorce, 82. — Refus du baptême, cause de divorce, 83. — Mariage des prêtres, 84. — Antériorité du mariage civil, 85. — Tendance des tribunaux, 86. — En droit international privé, 87.

CHAPITRE DEUXIEME

Divorce juif et droit international privé

Généralités, 88. — Historique, 89. — Etat du droit jusqu'en 1921, en France, 90. — Critiques doctrinales, 91. — Jurisprudence après 1921, 92.

CHAPITRE TROISIEME

Divorce juif devant les tribunaux civils français, en droit privé

La jurisprudence, 93. — Arrêt de 1908, 94. — Analyse de l'arrêt, situation de fait, 95. — Prétentions, 96. — Arguments, 97. — Sanctions, 98. — La responsabilité en droit français, 99. — La responsabilité délictuelle, 100. — Le dommage, 101. — La faute, 102. — Lien de causalité, 103. — Application à l'arrêt, 104. — Abus de droit, 105. — La réparation, 106. — Bellaïche, 107. — Arous, 108. — Rabat, 109. — Etude critique de cette jurisprudence en général, 110. — Les astreintes, 111. — Les injonctions, 112.

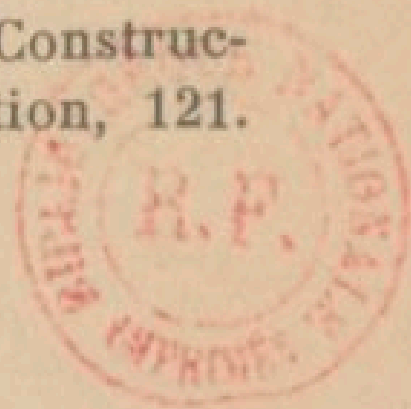
CHAPITRE QUATRIEME

Solutions proposées

Importance de la question, 113. — Thèse du mariage conditionnel, 114. — Maître Sultan, 115. — Déclaration approbative du divorce civil, 116. — Divorce civil rompant le divorce religieux, 117.

CONCLUSION

Généralités, 118. — A l'intérieur du judaïsme, 119. — Construction juridique, 120. — Intérêt de cette construction, 121.



ACHEVÉ D'IMPRIMER SUR LES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE MODERNE, 177, ROUTE DE
CHATILLON, A MONTROUGE (SEINE), LE
DOUZE MARS MIL NEUF CENT TRENTE-CINQ

