

Introduction - Agounot, "Les femmes entravées"

Daniel Dahan

▶ **To cite this version:**

Daniel Dahan. Introduction - Agounot, "Les femmes entravées" . Presses Universitaires de Provence. Agounot, "Les femmes entravées", Problèmes et solutions du droit matrimonial hébraïque , Presses Universitaires de Provence, 2016, 9791032000809. hal-01417648

HAL Id: hal-01417648
https://amu.hal.science/hal-01417648

Submitted on 15 Dec 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Daniel Dahan

'AGOUNOT

« Les femmes entravées »

Problèmes et solutions du droit matrimonial hébraïque

Préface de Raphaël Draï
Professeur émérite à la faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence

Postface de Laurent Mayali
Professeur à l'université de Berkeley, directeur d'études à l'EPHE

Deuxième édition revue et augmentée

2016

Presses Universitaires de Provence

© Presses Universitaires de Provence
avec le soutien de la Fondation pour la Mémoire de la Shoah
© Presses Universitaires d'Aix-Marseille

Aix-Marseille Université

29, avenue Robert-Schuman - F - 13621 Aix-en-Provence CEDEX 1
Tél. 33 (0)4 13 55 31 91

pup@univ-amu.fr – Catalogue complet sur presses-universitaires.univ-amu.fr

DIFFUSION LIBRAIRIES : AFPU DIFFUSION – DISTRIBUTION SODIS

דרכיה דרכי נעם ; וכל נתיבותיה שלום.

Toutes ses voies [de la Torah] sont douces
et tous ses sentiers aboutissent à la Paix.

Proverbes III ; 17. Yevamot 87b.

La supériorité de la pensée juridique sur la pensée philosophique, c'est que, contrairement à celle-ci, qui peut se contenter de formules générales et abstraites, le droit est obligé d'envisager la solution des difficultés qui apparaissent quand il s'agit d'appliquer ces formules générales à la solution de problèmes particuliers.

Chaïm Perelman , *Logique juridique*

À la mémoire de mes parents,
Aaron Dahan et Lisette Gisèle Dahan née Chétrit,
et de mon beau-père, Paul Bloch.

Préface de la première édition

Les véritables spécialistes de droit hébraïque sont peu nombreux en France et il faut y remédier. J'entends par spécialistes non les simples connaisseurs en *halakha*, autre nom de ce corpus, élevés dans de prestigieuses *yéchivot* et y poursuivant leur ascension du Sinaï. J'entends par ce terme l'aptitude à exposer le droit hébraïque – ou rabbinique – dans des termes compatibles avec les exigences de l'université, notamment pour un auditoire d'étudiants et d'étudiantes appelés à le découvrir, comme ils y sont conviés pour la *Common law* ou pour la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Ce n'est pas parce que le droit hébraïque se réfère à rien de moins que la Parole divine qu'il ne doit pas satisfaire à ces exigences dès lors qu'il doit faire l'objet d'un enseignement plural. Encore faut-il que se présentent pour cette tâche, sinon pour cette mission, des chercheurs véritablement aptes à évoluer aussi bien dans le domaine de la *halakha* que dans celui de la théorie du droit la plus « profane », ce terme étant à prendre dans son sens strictement méthodologique, à l'instar de Freud lorsqu'il évoquait en 1926 l'accès « profane » à la psychanalyse pour signifier qu'elle n'était pas réservée aux seuls médecins.

Daniel Dahan fait partie de ces chercheurs qui ne sont pas « halakhistes » par ignorance de la théorie du droit ou qui « théorisent » sur la *halakha* faute d'en être familiers. Grand rabbin de la prestigieuse et historique communauté de Nancy, mais aussi élève des plus célèbres *yechivot* d'Europe et d'Israël, diplômé du Séminaire israélite de France, il s'est attaché depuis de nombreuses années, à l'autre versant de son cursus en obtenant le diplôme de l'EPHE, par un travail conduit sous la direction de Gérard Nahon et soutenu devant un jury où Pierre Legendre était présent. Mais à la faculté de droit et sciences politiques d'Aix-en-Provence, c'est ensuite à un doctorat en droit qu'il s'est attelé, à une recherche au long souffle dont il a bien voulu me confier la direction sur un des sujets les plus virulents du droit hébraïque : celui dit des *agounot.* Pourquoi avoir accepté cette direction ? Non seulement par estime personnelle pour le candidat à cette qualification, non moins prestigieuse, et qui ne se délivre qu'après des années d'efforts pour les raisons déjà indiquées, mais par intérêt pour le sujet lui-même. Qu'on en juge.

Qu'est ce qu'une *agouna*, littéralement une femme « ancrée » ? Notons que ce nom est un féminin car il ne concerne que les *femmes mariées* selon les normes et les procédures du droit hébraïque. Le mari, lui, ne peut jamais être

agoun, si l'on pouvait forger ce néologisme. Premier relevé de ce qui semble d'ores et déjà un déséquilibre structurel affectant ce droit-là. Une *agouna* est une femme dont le mariage a été rompu par divorce ou par disparition du mari mais sans que celui-ci n'ait consenti à – ou ne se fût trouvé en mesure de – lui délivrer le *guet*, ce « quitus » conclusif faute duquel il sera impossible que cette femme se remarie légalement. Au cas où elle transgresserait cet interdit, les enfants qui naîtraient de sa nouvelle union – union de fait, ne pouvant plus faire l'objet des *kiddoushine*, des sanctifications inhérentes au mariage juif – ces enfants seraient considérés comme *mamzerim,* des bâtards, dans l'acception de l'ancien droit français, qui ne pourraient à leur tour contracter mariage qu'avec d'autres *mamzerim.*

On mesure déjà en quoi une pareille situation, parfaitement juridique dans ses énoncés primaires et formels, est humainement intolérable. Le sort réservé aux *agounot* est si dur qu'il faut bien se demander quelle faute en est la cause, quel manquement en est la source. Quelle faute a commis une femme en voie de divorce à qui le mari refuse de délivrer le *guet,* mû par l'on ne sait quel esprit vindicatif, par quelle inepte volonté de puissance ou par pur intérêt financier ? Et quel manquement imputer à une femme dont le mari est porté disparu par fait de guerre ou par accident, ou à la suite d'un attentat, comme le cas s'est récemment posé à la suite de la destruction en 2001 des deux tours du World Trade Center ? Dans l'éventualité où la femme déciderait de prendre malgré tout son destin en main, comme l'on dit, pourquoi ses enfants seraient-ils condamnés à en payer le prix ? Le droit français n'a t-il pas fait un salutaire ménage en ce domaine ? Pourtant, et jusqu'à présent, les tribunaux rabbiniques n'ont pas trouvé de solution juridique à ces cas non pas « difficiles », pour reprendre la terminologie de Dworkin, elle-même inspirée, consciemment ou par réminiscence, du récit biblique (Ex, 18, 22) mais *très* difficiles ? Comment expliquer sinon justifier cette impasse ? Par archaïsme juridique ? Par « machisme » à visage normatif ? Ou tout simplement par inconséquence ? Chacun comprendra que le risque est de céder à l'impulsion scandalisée en donnant cours sans doute aussi à des sentiments plus obscurs. D'où l'importance de la thèse menée à bien par Daniel Dahan sur ce sujet, répétons-le très difficile, au sens de la théorie du droit, et virulent dans ses expressions proprement humaines.

D'où le plan finalement adopté, non sans maintes esquisses, un plan qui comporte en première partie l'exposé rigoureusement mené des principes généraux, des modalités procédurales et des phases cérémonielles du mariage conçu et conduit selon le droit hébraïque, puis de sa dissolution car à la différence du droit canonique, le droit hébraïque autorise le divorce qu'il n'assimile pas à une pure et simple répudiation.

Cette première partie n'est pas froidement didactique. Elle permet de mieux comprendre en quoi le mariage juif, s'il comporte une dimension incontestablement contractuelle, comporte aussi une dimension de sainteté

qui n'est pas à proprement parler sacramentelle au sens du droit canonique. La sanctification du mariage juif implique son insertion dans une Histoire qui le transcende et dont il devient le vecteur pour ainsi dire public : l'Histoire du genre humain, comme le rappelle l'une des premières des « Sept bénédictions » du couple placé sous le dais nuptial.

Un mariage juif ne se réduit donc pas un arrangement de gré à gré. Il ne se dissout pas non plus par stricte convenance personnelle. Le contrat matrimonial n'est qu'une des dimensions de l'Alliance, de la *Berith* conclue au Sinaï et qui récapitule celle de la Genèse selon laquelle l'humain est corrélatif du Divin dans la Création, une Création non pas close mais à parachever. Si les époux disposent du droit personnel de dénouer le lien contractuel qui les a unis, ils doivent prendre garde en le défaisant à ne pas altérer ce qu'une Alliance signifie et à quoi elle engage.

En cas de divorce, la femme n'est en droit de se remarier, on l'a dit, qu'à partir du moment où la procédure est formellement terminée. Ce terminus, il appartient au mari, et au mari seul, de le fixer en délivrant le *guet* par lequel il signifie à son ex-épouse qu'elle est en mesure de renouer un autre lien – privé – compatible avec le respect d'une Alliance d'ordre public. Mais l'inverse ne se peut.

Certes, dans l'épure initiale de ce droit, il va de soi que cette dernière phase, sauf motif grave, ne saurait être qu'une formalité, dans l'acception commune du mot. Cependant, l'anthropologie juridique et même la psychiatrie reprenant la main, il arrive plus d'une fois que le mari refuse de délivrer ce *guet* et que la femme se sente ainsi jetée dans une sorte de *no man's land* légal, qu'elle se retrouve victime d'un arbitraire qui risque de ruiner son existence. Et que dire lorsque le mari a disparu et qu'il est impossible de reconstituer les circonstances de sa disparition de sorte à le compter pour décédé et délivrer la femme d'un lien conjugal devenu entrave posthume…

Et c'est en son deuxième mouvement que la thèse de Daniel Dahan entre dans le vif du sujet. Un des principes généraux du droit hébraïque se formule dans le verset célèbre : « Tu ne garderas pas vengeance ni rancune vis à vis de ton semblable, et tu aimeras ton prochain comme toi même : je suis l'Éternel » (Lv, 19, 18). Il faut y insister : il ne s'agit pas d'un axiome éthique tel qu'il est repris par exemple dans l'*Éthique* de Spinoza. Il s'agit bel et bien de ce que l'on nomme en droit hébraïque un *clal gadol*, un principe générique du droit à quoi doivent se rapporter, pour s'y justifier, toute décision ou sentence individuelle. Dans ces conditions, l'on aurait bien du mal à y rapporter la condition faite à la femme *agouna*. C'en serait même la défiguration et le déni. Par suite, tout au long des siècles, les autorités rabbiniques – et l'on sait que ce sont elles qui régissent encore aujourd'hui la condition juridique des personnes de confession juive dans l'État d'Israël – ont sondé toutes les ressources de leur corpus électif pour dégager les *agounot* de telles insupportables impasses mais dans le strict respect de ce même droit, un peu comme en France la

révision de la Constitution doit s'opérer par les dispositions que prescrit cette Constitution elle-même. Un État de droit est juridique (fond *et procédures*) ou n'est pas.

Ils n'ont guère ignoré non plus les abus dans le refus de délivrer le *guet* fatidique et n'ont pas hésité à préconiser une manière de contrainte par corps et la sanction de l'emprisonnement à l'encontre du mari obtus, acharné à faire le malheur de son ex-épouse. En cas de disparition, et sans compter la personne du disparu pour paramètre désormais négligeable, ils ont appliqué toutes les ressources de ce même corpus pour tenter de restituer l'épouse *agouna* à une vie normale. Souvent leurs efforts ont abouti, sans aucune voie de fait, si l'on ose dire, contre le droit hébraïque lui-même, toujours considéré d'essence divine. À cet égard, les informations et autres documents produits par Daniel Dahan s'avèrent de grande importance et permettent d'entrevoir une analyse comparatiste, conduite cette fois en termes de sociologie du droit, entre les communautés juives d'Europe centrale et par exemple celle d'Afrique du Nord, et plus particulièrement celle d'Algérie avant et après le décret Crémieux d'octobre 1870. Ce n'est pas parce qu'un système juridique se réclame de la transcendance divine qu'il a réponse à tout.

Mais l'essentiel de la thèse porte comme son nom l'indique sur une tentative longuement conçue et conduite pour prévenir la situation intolérable dont il est question : l'insertion *à titre préventif* cette fois dans le contrat de mariage d'une clause qui permettrait de le déclarer dénoué de soi au cas où se produiraient les situations donnant lieu aux abus ou aboutissant aux impasses dont il est par ailleurs question.

Cette préconisation semble de bon sens et permettrait en effet de prévenir les cas insolubles qui transforment, lorsqu'ils se solidifient, les femmes concernées en morts-vivants juridiques. Daniel Dahan reconstitue ainsi de manière circonstanciée et instructive les débats qui ont agité à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle le judaïsme de France dont les principales autorités n'étaient pas défavorables à cette « sortie de crise » multiséculaire. Elles durent néanmoins s'incliner devant l'opposition farouche d'une grande partie du rabbinat d'Europe centrale qui voyait dans une clause de cette encre la fin du droit matrimonial hébraïque par lequel, selon leurs vues, l'identité d'Israël avait été préservée depuis les commencements du peuple juif, en dépit des tentatives de dissolution dont il n'a cessé d'être l'objet. Sans doute, le sort des femmes *agounot* était une écharde dans la chair d'Israël et il convenait de chercher sans relâche à y remédier, mais en veillant à ne pas bouleverser l'économie interne de ce droit et sans en altérer les finalités quasiment eschatologiques.

Autrement décret serait pris interdisant aux juifs du monde entier de se marier sous l'égide du rabbinat français. Celui-ci se le tint pour dit. Par où l'on mesure la difficulté d'homologuer un droit d'essence confessionnel suivant les normes et les procédures d'un droit laïc dans lequel le mariage

n'est plus qu'une convention, au sens du droit des obligations agencé dans le Code civil français.

La thèse de Daniel Dahan s'achève sur le constat de ce blocage, aux conséquences aussi atténuées pragmatiquement que possible, dont il nous permet de mieux comprendre les origines et les causes, un constat dont le moins que l'on puisse dire est qu'il ne peut pas ne pas heurter de front une conscience juridique et éthique contemporaine. Pourtant, en reprenant la distinction kelsenienne entre statique du droit et dynamique du droit, n'est-ce pas des tribunaux israéliens que viendra non pas le salut – restons laïcs – mais la solution – restons pratiques ? C'est que dans l'État d'Israël contemporain si la condition religieuse des personnes est toujours régie par les droits confessionnels inhérents à chaque communauté religieuse concernée, le droit de l'État élaboré par la Knesset et sanctionné par la Cour suprême veille également à ce qu'aucune disposition de ces corpus ne porte atteinte aux principes juridiques découlant de la Déclaration d'Indépendance de 1948 dont les clauses ont valeur constitutionnelle, notamment le principe d'égalité. C'est ainsi que des citoyennes israéliennes de confession musulmane ont pu invoquer l'atteinte causée à ce principe par des dispositions du droit coranique autorisant la répudiation pure et simple. Il n'est donc pas impossible que la Cour suprême d'Israël finisse par prendre en compte ces situations, qu'elles qu'en soient les justifications transcendantes ou supposées telles, qui portent gravement atteinte à ce principe d'égalité envisagé non seulement pour lui même mais pour son impact décisif sur celui de dignité.

Relevons que le principe de dignité est lui-même formulé dans le traité du Talmud qui a pour titre les *Pirkei Avot*, « Les Principes des pères », et qui dispose : « Heureux l'Humain que l'Éternel a fait à sa semblance et plus heureux encore du fait que l'Éternel lui en eut donné connaissance » (P. A. III, 18). Or, selon le livre de *la Genèse*, l'Humain est indissociablement masculin et féminin (Gn, 1, 27). Toute disposition, juridique ou non, qui contreviendrait à cet axiome devrait retourner dans les meilleurs délais à son respect le plus strict.

Par ces lignes de présentation, on espère avoir donné à qui aura ouvert cette thèse, soutenue salle des Actes devant le portrait de Portalis, le désir de la lire complètement, crayon en main. C'est à l'exploration de tout un continent juridique qu'elle donne accès.

En conclusion, ouverte comme il se doit, qu'il me soit aussi permis, ayant dirigé cette thèse durant presque cinq années, de dire le grand plaisir, de la voir mise à la disposition des étudiants et des étudiantes en droit grâce aux Presses universitaires d'Aix-Marseille, sur la proposition du jury soutenue par Mme Blandine Chélini-Pont et sur le rapport favorable du professeur Jean-Marc Chouraqui ; et d'exprimer ma gratitude à Mme Frédérique Dreyfuss-Netter, agrégée des facultés de droit et membre de la Cour de cassation ; au professeur David Banon, des universités de Strasbourg et de Jérusalem, membre

de l'Institut universitaire de France ; et au professeur Frédéric Rouvière de la belle faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, pour avoir accepté de siéger dans le jury qui, au terme d'une soutenance sobre et efficace, a attribué le titre de docteur en droit à Daniel Dahan.

Espérons que le nouveau docteur décide de poursuivre ce parcours méritoire « dans les deux droits », *in utroque jure,* comme on eût pu le dire s'il s'était agi du droit canonique. Dans une époque où l'idée de responsabilité se globalise mais où, à l'inverse, les savoirs se parcellisent, le remembrement de l'espace juridique, selon toutes les disciplines qui le constituent formellement, représente bien plus qu'une exigence académique. Encore faut-il avoir franchi ce gué.

Raphaël Draï

Avertissement

Les citations en français de la Bible sont, dans le cadre de ce travail, usuellement tirées de la traduction de Louis Segond (Genève, 1910) et sont signalées par l'abréviation T.L.S.

Les citations talmudiques, pour le Talmud de Babylone, sont celles de l'édition Romm (Vilna, 1880-1886).

L'abréviation DBR fait référence au *Dictionnaire Biographique des rabbins*.

JE fait référence à *Jewish Encyclopedia*.

EJ fait référence à *Encyclopaedia Judaica*.

Les références comportant des folios (a et b) se rapportent au Talmud de Babylone, suivant l'édition Romm, Vilna 1880-1886 : par exemple, Guittin 3b.

Les références telles que le *Rif*, le *Rosh*, le *Mordekhay* ou le *Maharsha*, se rapportent à l'édition Vilna du Talmud.

Lorsqu'il s'agit du Talmud de Jérusalem, (Machon 'Hatam Sofer, Jérusalem s.d.), la référence est signalée par T.J.

Les commentaires du *Mishné Torah de Maïmonide*, se réfèrent à l'édition Hadar, Israël, 1988.

L'édition utilisée pour le *Shoul'han 'Aroukh Even HaEzer* et les commentaires afférents, dans le cadre de notre travail, est celle du Machon Rosh Pina, Jérusalem, 2001.

Sommaire

Première partie

Formation et dissolution du couple

Titre I — Bases légales du mariage

- Chapitre I — La nature de l'union
- Chapitre II — Le divorce
- Chapitre III — Les PNA (*prenuptial agreement*)

Titre II — Le cas particulier des 'agounot

- Chapitre I — Notions d'*agounot*
- Chapitre II — Présentation de pratiques notables

Seconde partie

Les clauses résolutoires

Titre I — Les clauses résolutoires dans le droit rabbinique

- Chapitre I — Approche générale de la clause résolutoire
- Chapitre II — Spécificités des clauses résolutoires appliquées au mariage et au divorce

Titre II — Mises en œuvre de clauses résolutoires

- Chapitre I — Clauses résolutoires appliquées au divorce
- Chapitre II — Clauses résolutoires appliquées au lévirat

Introduction

I. La montée du divorce dans la société française et dans la société occidentale

Depuis la guerre, la vie en couple a connu une histoire contrastée, avec un point de rupture vers 1972. Les années cinquante et soixante, où elle se confondait avec le mariage, ont été une période de nuptialité intense et de précocité croissante des unions. Par la suite, les mariages sont devenus moins fréquents et plus tardifs. Dans les années soixante, la cohabitation concernait essentiellement les veufs et les divorcés. Depuis, elle s'est développée rapidement chez les célibataires comme prélude au mariage, puis comme mode de vie à part entière. En 1990 cependant, neuf couples sur dix étaient encore constitués de deux conjoints mariés. Le divorce n'a cessé de croître en France depuis 1964, passant de 30 000 à 110 000 par an en 1993, puis 136 000 en 2006[1].

Au repli du mariage s'est ajoutée la fragilisation des couples, non plus à cause de la mortalité comme autrefois, mais du divorce. Rétabli en 1884[2], le divorce s'est banalisé à la fin du XX^e^ siècle. Pourtant, il est resté longtemps mal considéré et, encore au début des années soixante, nombre de divorcés répugnaient à se déclarer comme tels. À la sortie de la Seconde Guerre mondiale, le nombre de divorces était près de deux fois et demie plus élevé qu'en 1938. De 1953 à 1963, il s'est stabilisé autour de 30 000 par an. À partir de 1964, il s'est accru. Cette montée a d'abord été hésitante, puis quasi exponentielle dans les années soixante-dix en dépit de la pratique de plus en plus répandue d'une phase de cohabitation. Les unions rompues dépassent 100 000 chaque année depuis 1984. La loi du 11 juillet 1975 introduisant le divorce par consentement mutuel est à l'origine de la hausse de 1976, mais elle n'a pas eu d'effet sur l'évolution globale du divorce. Quant à la stabilisation enregistrée à la fin des années quatre-vingt, elle est due à la fois à la diminution du nombre de mariages dans les années précédentes et à un ralentissement de la hausse du taux de divorces. Au total, entre 1962 et 1990, le nombre de divorces a été multiplié par 3,5, celui des couples mariés par 1,7[3].

1 F. Prioux, *Vivre en couple, se marier, se séparer : contrastes européens*, INSEE, *Population et Sociétés*, n° 422, avril 2006.

2 Lois Naquet sur le divorce.

3 F. Daguet, *Mariage, divorce et union libre*, Division enquêtes et études démographiques, INSEE, 1996.

Ce phénomène qui touche la société française en général (voire le monde occidental), s'étend aussi à la société juive. Les divorces ont enflé au fil des ans ainsi que le prouvent les enquêtes sociologiques qui ont pu être effectuées. Tant en Israël (qui constitue aujourd'hui la plus grande communauté juive au monde) qu'en France (qui représente la plus importante communauté juive d'Europe occidentale) les divorces n'ont cessé de progresser durant les dernières décennies. Il en découle de nombreuses conséquences sur le statut des femmes.

À Paris, où vit plus de la moitié des juifs de France, on considère que plus de 350 000 juifs habitent Paris et sa banlieue. Mais il faut mettre plusieurs bémols à ce chiffre.

En premier lieu, le dernier recensement de la population française incluant des renseignements sur les minorités religieuses date de 1872.

En second lieu, les seules sources fiables dont nous disposons constituent en un sondage Sofres réalisé en 1976 à la demande du Consistoire central de France, de l'Appel unifié juif de France et du Fonds social juif unifié[4]. Le dernier sondage a été réalisé pour le compte du Fonds social juif unifié, sous la direction d'Erik Cohen en 2002[5].

On compterait près de 600 000 juifs en France, répartis comme suit :

Paris : 350 000 ; Marseille : 70 000 ; Lyon : 25 000 ; Toulouse : 23 000 ;

Nice : 20 000 ; Strasbourg : 16 000 ; Grenoble : 8 000 ; Metz/Nancy : 4 000.

À ces chiffres, il faudrait ajouter une douzaine de communautés d'environ 2 000 juifs. Il y a plus de 230 communautés juives en France[6].

Même si depuis 25 ans les données ont évolué, on constate que les mariages exogames ont fortement augmenté au sein de la population juive. Même ceux qui se marient au sein de la communauté juive ne font pas forcément une cérémonie religieuse. Quant à ceux qui se sont unis dans les « règles », une petite minorité connait l'existence et la nécessité d'un divorce religieux (*guet*[7]) en cas de séparation.

Ainsi, il y a plus de 1 000 mariages célébrés dans le cadre du Consistoire de Paris tous les ans. De nombreux mariages religieux sont célébrés en dehors du Consistoire, soit dans les communautés orthodoxes soit chez les libéraux ou les conservateurs[8].

Quant aux *guitin*[9], ils se répartissaient ainsi dans les années 1990 :

Paris : 350 *guitin* par an ;

---

4 G. Atlan, *Les Juifs et le divorce. Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Berne, Peter Lang, 2002, p. 130-132.

5 « Les résultats de la grande enquête sur les juifs français », *L'Arche* n° 538, décembre 2002.

6 Chiffres publiés par l'Institute of the World Jewish Congress, 1997 in G. Atlan, *op. cit.*, p. 118.

7 Se prononce « guett ».

8 Cf. glossaire pour les termes « Consistoire », « orthodoxes », « libéraux » et « conservateurs ».

9 Pluriel de *guet* : *Acte de divorce religieux.*

Marseille : 50 à 60 par an ;

Nice : 15 par an ;

Lyon : 50 à 60 par an ;

Strasbourg : de 10 à 15 par an ;

Toulouse : entre 10 et 15 par an.

Ces chiffres se sont stabilisés les dernières années, au regard des données fournies par les différents Tribunaux rabbiniques français[10].

Au total, on recense entre 450 et 500 *guitin* par an en France.[11]

En 1983, 98 730 divorces ont été prononcés en France par les tribunaux civils alors que 224 *guitin* étaient délivrés par le Beth-Din[12] de Paris. Ces chiffres sont, respectivement, de 106 096 et 272 en 1988 ; 110 759 et 322 en 1993 et 116 158 et 359 en 1997. Depuis 2006, environ 420 *guitin* par an sont délivrés par le Beth-Din de Paris[13], tandis que les divorces prononcés par les tribunaux civils se sont stabilisés à environ 135 000 par an depuis 2006[14].

En Israël aussi, le nombre des divorces a beaucoup progressé ces dernières années ; bien sûr, il faut tenir compte, comme en France, de l'augmentation sensible de population et donc d'un plus grand nombre de mariages. Mais cela ne suffit pas à expliquer l'accroissement des divorces durant les deux dernières décennies. Il faut donc y voir un vrai phénomène de société : la fragilité du couple qui touche toutes les couches de la population sans distinction d'origine sociale, ethnique ou religieuse. En Israël, le taux de divorces est passé de 1,3 ‰ en 1985 à 2,1 ‰ en 2007[15].

Partout dans le monde occidental, les divorces sont en nette augmentation. Comme nous l'avons vu, le monde juif n'échappe pas à ce phénomène de société. La présente étude n'a pas pour objet d'en détailler les causes, mais uniquement d'en analyser certains effets spécifiques au droit juif que l'on nomme la *halakha*.

Le droit hébraïque est régi par les règles d'herméneutique juive qui interprètent les versets bibliques en fonction de règles bien établies[16]. On l'appelle *halakha*, littéralement « cheminement ». Le premier dictionnaire du Talmud, le *'Aroukh*, rédigé par le rabbin *Nathan ben Ye'hiel*[17], en donne la définition suivante : « Quelque chose qui va du début à la fin ; ou dans lequel Israël

10 Beth-Din (Tribunal rabbinique) de Paris et Strasbourg.

11 G. Atlan, *op. cit.*, p. 135-136.

12 Tribunal rabbinique.

13 Chiffres livrés par le service des divorces du Beth-Din de Paris.

14 F. Prioux et M. Mazuy, « L'évolution démographique récente en France », INED, 2009.

15 Bureau central des statistiques israéliennes.

16 Cf. R. Draï , *Thora* dans *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

17 *Nathan ben Yehiel Anav* de Rome est un lexicographe italien du XI^e^ siècle (Rome, c. 1035-1106). Il est fameux pour avoir composé l'*Aroukh*, grand lexique talmudique achevé en 1101.

(le peuple juif) va[18] ». Il s'agit donc d'un système juridique qui englobe tous les aspects de la vie du peuple juif, en tout lieu, en toute circonstance. Les Maximes des Pères[19] (*Pirké Avot*)[20] rapportent l'ordre de transmission de la Loi orale depuis Moïse au Mont Sinaï. La Torah, Loi révélée, se veut duelle car contenant deux parts essentielles et indispensables l'une à l'autre (l'écrite et l'orale). Sans Loi orale, la Loi écrite n'a plus de sens ; et sans Loi écrite, la Loi orale n'a plus de base scripturaire sur laquelle s'appuyer. La Loi orale est en constante évolution dès les origines, d'où l'appellation de *Halakha*. La partie orale est, originellement, destinée à le rester *ad vitam æternam* afin de rester l'apanage du peuple juif, mais l'histoire en décide autrement. Ainsi, à la fin du IIe siècle, Rabbi Juda le Prince[21] (appelé aussi *Rabbi*, c'est-à-dire le maître par excellence) décide de mettre par écrit l'essentiel de la Loi orale afin de la sauver de l'oubli. Il considère qu'il vaut mieux transgresser la Loi en la mettant par écrit que de causer son oubli par un formalisme rigide[22]. Lorsqu'il prend cette décision, le Temple de Jérusalem[23] est détruit depuis près de cent vingt ans, la révolte de Bar Kokhba[24] a pris fin depuis cinquante ans et la plupart des juifs sont exilés. Jérusalem et sa région sont interdits aux juifs et seul un petit groupe subsiste en Galilée soumis aux dictats de l'occupant romain. Les rabbins sont persécutés par les Romains, avec des phases où la pratique du judaïsme et l'étude de la Torah deviennent des activités dangereuses, et la Torah orale risque d'être oubliée. Cet état de fait oblige Rabbi à prendre une décision audacieuse qui restera dans les annales du peuple juif. C'est la rédaction de la Loi orale qu'il nomme *Mishna* ou « enseignement », répartie en six sections ou ordres :

– *Zeraïm* ou « semences », faisant référence aux lois agricoles spécifiques à la terre d'Israël ;

---

18 'Aroukh ; mot « Halakh » cf. Mena' hem Elon, « Ma'amad Ha-Isha, The Status of Women, Law and Judgment, Tradition and Transition. The values of a Jewish and Democratic State », p. 17, Tel-Aviv, Éditions Hakibbutz Hameuchad, 2005.

19 Traité de la Mishna qui ne fait référence qu'aux règles de vie entre l'homme et son prochain ou aux rapports avec Dieu, mais n'aborde pas de points rituels. Il se préoccupe uniquement de morale ou d'éthique.

20 Ch. I, § 1 et s.

21 *Rabbi Yehouda Hanassi* (Rabbi Juda *le Prince*) plus connu sous les surnoms de *Rabbi* (Maître) et *Rabbénou Hakadosh* (notre saint maître), est un *Tanna* (Maître de la Mishna). *Nassi* (président du Sanhédrin) de la lignée de Hillel l'Ancien, il est à l'origine de la compilation de la *Mishna*, clôturant ainsi l'ère des *Tannaïm* aux alentours de 200.

22 Témoura 14b.

23 Détruit en 70 par les légions romaines de Titus.

24 *Shimon bar Kokhba* (Siméon le fils de l'Étoile) est un patriote juif, instigateur et dirigeant de la dernière guerre judéo-romaine. Outré par la décision de l'empereur Hadrien de faire construire un temple dédié à Jupiter sur l'emplacement des ruines du Temple de Jérusalem, il mène le soulèvement contre les Romains, en 132. *Bar Kokhba* se replie dans la forteresse de Bétar, au sud-ouest de Jérusalem, mais les Romains finissent par la prendre, et massacrent tous ses défenseurs en 135. Suite à la défaite de *Bar Kokhba*, Jérusalem est rasée, interdite aux Juifs, et une nouvelle ville romaine, *Ælia Capitolina*, est bâtie sur son site.

– *Mo'ed* ou lois relatives aux fêtes ;

– *Nashim* ou lois matrimoniales ;

– *Nezikine* ou « dommages », faisant référence aux lois ayant trait à l'organisation des tribunaux et au règlement des différends entre personnes ;

– *Kadashime* ou lois ayant trait au fonctionnement du Temple ;

– *Taharot* ou lois relatives aux notions de pureté et d'impureté.

Trois siècles plus tard, en Babylonie qui abrite les plus prestigieuses *yeshivot*[25] de l'époque, une décision analogue est prise par Rav Ashi[26] et Ravina[27] qui rédigent la *Guemara* (recueil des explications de la *Mishna*). L'ensemble *Mishna* plus *Guemara* forme ce que l'on nomme le Talmud. Il y a deux sortes de Talmud : celui de Jérusalem, rédigé en Galilée au IVe siècle, et celui de Babylone, rédigé entre le IIe et le Ve siècle[28], qui est le plus étudié, et qui fait jurisprudence en cas de contradiction entre les deux Talmud. Depuis sa rédaction, les commentaires et les interprétations du Talmud n'ont cessé de foisonner à travers le monde, avec un âge d'or au Moyen Âge pour les écoles d'Allemagne et de la France du Nord d'un côté (les Tossafistes), et les écoles d'Espagne et de Provence de l'autre[29].

Le Talmud admet deux moyens de mettre fin au mariage[30] : le divorce ou le décès de l'un des conjoints. Si, en théorie, ces principes apparaissent simples et logiques, la réalité est plus complexe.

En effet, la Loi rabbinique se veut une Loi révélée et donc soumise à des impératifs d'ordre théologique qui sont beaucoup plus exigeants que les droits civils. Ainsi, nombre de règles juridiques restent en vigueur, même si elles peuvent apparaître comme obsolètes. Le droit hébraïque est régi par le principe suivant lequel toute règle édictée par une autorité rabbinique ne peut être défaite que par une autorité rabbinique supérieure[31]. Or, plus une autorité se trouve loin de la Révélation du Sinaï, plus son avis sera sujet à contestation car il est plus loin de la source. Paradoxalement, le fait d'être loin de la source donne un avantage certain aux générations postérieures qui ont une

25 Pluriel de *yeshiva* : académie talmudique.

26 Rav Ashi est l'un des derniers, et plus éminents, *amoraïm* (docteurs du Talmud) babyloniens (352-427). Il rétablit l'académie talmudique de *Soura* à *Mata Me'hassia*, et la dirige pendant 60 ans. Il y réalise avec ses disciples, la compilation de la *Guemara* (étude de la *Mishna*) qui forme le *Talmud* de Babylone.

27 Ravina I (mort en 421) est un rabbin de la sixième génération des *amoraïm* de Babylonie. Il commença le processus de compilation du Talmud avec *Rav Ashi*, qui fut achevé par Ravina II, son neveu.

28 Certains savants considèrent que le Talmud de Babylone n'a été achevé qu'un ou deux siècles plus tard.

29 *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme*, Éditions du Cerf, 1998, p. 982-987.

30 *Kidoushine* 2a.

31 *Edouyot*, ch.1, § 5.

vision plus large à l'instar d'un nain juché sur les épaules d'un géant[32], selon l'image des rabbins du Talmud. Les générations antérieures sont comparables à des géants, et les dernières, à des nains. Mais sont juchés sur les épaules des géants, ceux-ci peuvent voir plus loin. Ils ont la vision globale de la fin de l'histoire que ne possèdent pas ceux qui les ont précédés[33]. Ainsi, les rabbins ne peuvent contester de leur propre fait les opinions émises dans des périodes antérieures, car ils n'en ont pas le pouvoir. La Loi révélée au Sinaï ne peut être contestée ; elle ne peut qu'être interprétée à l'aune des règles définies par la Loi orale. Le Code civil, après deux siècles d'usage, a du être refondu de fond en comble[34].

> La symbiose entre le Code civil et le peuple français semble avoir disparu au cours du xx^e^ siècle… Sous l'inspiration du Doyen Carbonnier, le Code civil a subi une refonte quasi complète du livre premier alors que les livres II et III subsistaient pour l'essentiel avec un éclairage nouveau[35].

II. Le mariage

Le déroulement du mariage, défini suivant la Loi de la Torah, est explicité essentiellement dans les traités *Kidoushine* et *Ketoubot* du Talmud. Le mariage juif comporte plusieurs étapes.

Les *kidoushine,* que l'on traduit communément par « consécration », mais qui, en réalité, font référence à la première partie du mariage, peuvent se dérouler de trois façons (au choix) :

- par la remise à la femme d'un objet ou d'une pièce d'argent (*kessef*) ayant la valeur minimum d'une *pérouta*[36] ;
- par la remise à la femme d'un contrat écrit, quelque soit la valeur intrinsèque du papier sur lequel il a été rédigé (*shtar*) ;
- par le biais d'une relation intime [*bïa*]. Ce dernier mode de *kidoushine* a été supprimé par les rabbins qui y ont vu un manque total de moralité[37].

Afin de lui donner une valeur, tant sociale que religieuse, le mariage se célèbre devant deux témoins dont la fiabilité ne saurait être contestée[38].

Quel que soit le mode de *kidoushine* choisi, les époux sont considérés comme mariés mais ne peuvent entamer de vie conjugale (commune) qu'après la célébration des *nissouine*. Ces derniers sont effectués, entre autres,

---

32 *'Aroukh Laner, Introduction au Traité Yevamot*. *Novellae* sur le Talmud du rabbin, talmudiste et décisionnaire allemand Yaakov Ettlinger (Karlsruhe 1798-Altona 1871).

33 *Baba Metsia : Rosh,* ch. 3, § 10.

34 J.-L. Halperin, « Code Napoléon (préparation, rédaction, et évolution) », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 200-208.

35 *Ibid*., p. 207-208.

36 Plus petite pièce de monnaie à l'époque de la rédaction de la Mishna et du Talmud. Correspond à la valeur de 0,025 grammes d'argent pur.

37 Kidoushine 12b et Yevamot 52a ainsi que dans le commentaire du Tossefot haRosh, *ibid*.

38 *Shoul'han 'Aroukh 'Hoshen Mishpat*, ch.33-34-35.

par la *'houpa* (dais nuptial) qui marque la fin de la cérémonie du mariage et la récitation des sept bénédictions[39] qui font référence aux couples originaux de l'humanité et qui doivent se dérouler, *a priori*, devant un *minian*[40].

Cette restriction dans le début de la vie conjugale a pour but de faire prendre conscience du caractère sacré du mariage qui ne saurait se passer d'un certain formalisme. C'est par le biais de la cérémonie des *nissouine* que le couple juif entre de plain-pied dans la vie conjugale. D'ailleurs les rabbins ont déjà édicté des avis juridiques visant à invalider tout mariage qui n'aurait pas été célébré devant un *minian*, afin d'éviter les mariages clandestins[41].

À l'époque talmudique la cérémonie était coupée en deux afin de permettre la préparation du mariage. Il fallait se donner le temps de constituer le trousseau de la mariée et préparer les victuailles nécessaires au mariage. Depuis la fin du Moyen Âge, dans la plupart des communautés, les cérémonies des *kidoushine* et des *nissouine* sont célébrées l'une à la suite de l'autre le mêmejour.

III. Le divorce religieux ou *guet*[42]

Le principe du divorce est établi dans la Torah[43] où il est dit :

> Quand un homme aura pris une femme et cohabité avec elle ; si elle cesse de lui plaire, parce qu'il aura remarqué en elle quelque chose de malséant, il lui écrira un libelle de divorce, le lui mettra en main et la renverra de chez lui.

Ce principe est explicité dans le Talmud[44]. Il ne peut être délivré qu'avec l'assentiment plein et entier du mari en pleine possession de tous ses moyens intellectuels. Un divorce délivré par un mari contraint et forcé serait invalidé (*guet mé'oussé*). Le *Rashbam*[45] explique que les coups portés sur le mari récalcitrant sont de nature à lui faire admettre de plein gré le *guet*[46]. Le Talmud[47], selon l'enseignement de *Rav Yehouda*[48], distingue le *guet* obtenu de force par le seul biais des autorités rabbiniques, et qui est valide, de celui qui l'est par le

39 *Ketoubot* 7b.

40 Quorum de dix hommes juifs et majeurs (treize ans).

41 *Responsa du Mahariq, Principe 84* et *Responsa du Ribash* n° 399. Cf. aussi *Avné Milouim*, ch. 28, § 58.

42 Acte de divorce, rédigé en araméen sur instruction du mari, devant un tribunal rabbinique et deux témoins qualifiés.

43 Deutéronome XXIV, 1-3.

44 *Guitin* 20a et suivantes.

45 *Rabbénou Shémouel ben Meïr*, plus connu sous l'acronyme de *Rashbam e*st un exégète biblique et tossafiste ayant vécu en Champagne au XII^e^ siècle (c. 1085-c. 1158). Petit-fils aîné de *Rashi,* dont il fut l'élève puis le secrétaire, le *Rashbam* est particulièrement connu pour son attachement au sens littéral des versets.

46 Baba Batra 48a. Cf. Rashbam (*ibid*.) s.v. « *'Ad shéyomar rotsé ani* » Jusqu'à ce qu'il dise, je veux (donner le *guet*).

47 *Ibid*.

48 Rav Yehouda fait partie de la seconde génération des Amoraïm de Babylonie (?-299). C'est un disciple de Rav et Shémouel. Il fonde la yeshiva de Poumbedita.

biais d'autorités non juives, considéré comme non valable par les rabbins afin d'éviter des dénonciations intempestives auprès des autorités civiles par des épouses peu scrupuleuses.

« Le divorce juif reste subordonné à la volonté du mari. » Cependant, au fil du temps, de nombreuses restrictions ont été émises par les rabbins afin d'éviter les abus : contrainte du mari à jurer, au moment de l'écriture de l'acte de divorce, qu'il ne l'invalidera pas[49] ; interdiction décrétée par *Rabbénou Guershom Méor HaGola*[50] (Lumière de l'Exil) au xie siècle, pour les communautés ashkénazes, « de divorcer contre le gré de l'épouse[51] », ainsi que de pratiquer la polygamie[52]. Toutes ces institutions ont été appliquées et amplifiées dans d'autres communautés au cours des âges.

« Nous sommes ainsi passé du régime de la répudiation à celui du divorce », avec certes des contraintes, mais du divorce quand même.

Jusqu'au xie siècle, une femme pouvait se voir séparée de force de son mari si tel était le désir de celui-ci. Le mari se rendait au tribunal rabbinique pour faire part de son désir de divorcer, et demandait l'écriture d'un *guet*, qui était ensuite remis à son épouse, sauf si elle ne voulait pas le recevoir. Dans ce cas, le mari restait lié à son épouse par les liens du mariage, mais cela ne l'empêchait pas de contracter une nouvelle union. En tout état de cause, on ne la consultait pas et elle se trouvait répudiée par un mari qui ne lui demandait pas son avis. Depuis les institutions de *Rabbénou Guershom*, il en est tout autrement.

IV. Le décès

Le décès est constaté de visu, et dans ce cas, l'épouse est libérée du mariage, sauf si elle est en situation de *yboum* (lévirat) car son mari ne laisse pas de descendance. Par contre, si le mari disparaît dans des circonstances qui ne permettent pas de retrouver son corps, le décès ne sera prononcé qu'au vu des circonstances et des témoignages recueillis. Ainsi sont examinés les cas de soldats disparus, des noyés ou des victimes de catastrophes, naturelles ou non. La base juridictionnelle de tous ces cas de figures très nombreux et extrêmement complexes se trouve dans les chapitres 15 et 16 du Traité *Yevamot*[53] du Talmud et dans le chapitre 17 du *Shoul'han 'Aroukh, partie Even Ha-'Ezer* ; le tout étant complété dans la vaste jurisprudence que constituent les *Responsa*.

---

49 'Arakhin 21b et *Shoul'han 'Aroukh Even Ha-Ezer*, ch. 134.

50 Guershom ben Yehouda de Mayence, dit *Rabbénou Guershom Méor Hagola* (notre maître Guershom, luminaire de l'exil) est un rabbin, talmudiste et décisionnaire rhénan des xe et xie siècles (Metz, c. 960-Mayence, 1028). Cf. aussi E. Munk, « Rabbenou Guerchon », in *Vitalité de la pensée juive en France*, Paris, éd. Keren Hasefer ve Ha'hinou'h, s.d. p. 8-19. ainsi que « *Hatakanot BéIsraël* » Vol.4, ch.1 « Les *takanot* (institutions) de *Rabbénou Guershom Méor HaGola*, par Israël Schepansky. Éditions Mossad Harav Kook, 1993.

51 Shoul'han 'Aroukh Even Ha-Ezer, ch. 66 ; § 3 dans le Rema.

52 Ire partie, Titre I, ch. 1, § 6, A.

53 114b-122b.

Ces cas sont laissés à l'appréciation des grands décisionnaires[54] de chaque génération.

V. La femme *'agouna*[55]

Si le mari refuse de délivrer le *guet* ou que sa mort ne peut être prouvée, alors son épouse est enchaînée « comme l'ancre du bateau jetée en mer et qui l'empêche de bouger ». La femme est alors *'agouna* (ancrée) à son mari, sans pouvoir s'en détacher.

Si la femme se trouvant dans cette situation décide de passer outre, les conséquences peuvent être dramatiques pour les enfants qui viendraient à naître dans ces conditions. Selon les configurations, ils pourraient avoir le statut de *mamzérim*, c'est-à-dire d'enfants adultérins ou incestueux jouissant d'un statut hybride[56] et problématique au sein de la communauté juive. Cette règle prend sa source dans le texte biblique, qui enseigne : « Un *mamzer* ne rentrera pas dans l'assemblée de l'Éternel, même sa dixième génération ne rentrera pas dans l'assemblée de l'Éternel[57]. » Le *Dictionnaire de l'hébreu biblique*[58] donne la définition suivante au mot *mamzer* :

> 1. Bâtard, selon les uns d'une racine *mazar* mêler ou repousser, mépriser ; selon les autres *zour, zar* : étranger, barbare.
> 2. Étranger, d'après Zacharie[59] *le mamzer résidera à Ashdod.*

De tels enfants sont considérés comme juifs, mais ne peuvent êtres mariés au sein de l'assemblée d'Israël, car portant en eux le poids de leur conception : inceste ou adultère. De surcroît, cet opprobre est éternel, se transmet de génération en génération, et ne s'éteint jamais.

Maïmonide[60], explique ce phénomène de la façon suivante :

> Pour nous éloigner des unions illicites, il est défendu au *mamzer* d'épouser une Israélite. On a voulu que l'homme et la femme adultère sussent bien qu'en commettant cet acte ils impriment d'avance à leurs enfants une flétrissure à jamais irréparable.

Le *mamzer* représente par sa simple existence une violation des lois morales élevées édictées au Sinaï. Il ne peut être le produit que de deux êtres qui auraient pu contracter une union religieuse selon les règles du judaïsme

---

54 Rabbins considérés par leurs pairs comme étant les sommités juridiques étant à même de résoudre les cas les plus épineux ou de répondre aux nouveautés technologiques. Chaque génération voit apparaître quelques maîtres qui vont naturellement faire autorité et vers lesquels on soumettra les cas les plus épineux.

55 Enchaînée à son mari et dont elle n'arrive pas à se détacher.

56 Ils sont pleinement juifs, mais ne peuvent contracter d'union au sein de la communauté.

57 Deutéronome XXIII, 3. T.L.S.

58 Sander et Trénel, Genève, Slatkine Reprints, 1987.

59 IX, 6.

60 *Guide des Égarés*, Traduction Salomon Munk, Maisonneuve et Larose, t. III, p. 421.

avec quantité d'autres personnes, sauf entre elles[61]. Il peut s'agir, par exemple, d'un frère avec sa sœur, d'un fils avec sa mère ou d'un homme juif avec une femme juive mariée religieusement. L'existence même du *mamzer* représente l'essence de l'atteinte portée aux lois qui fondent et sanctifient la famille juive, qui constituent la source même de sa raison d'être[62]. Si le mariage se nomme *kidoushine*, en hébreu « sanctification », c'est bien pour montrer son caractère exceptionnel ; y porter atteinte revient à profaner le sacré avec des conséquences insoupçonnables. C'est la raison pour laquelle le *mamzer* est exclu de l'assemblée de l'Éternel[63]. Il n'en garde pas moins tous les droits afférents aux autres enfants, notamment ceux se rapportant à l'héritage, où il est traité sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes[64].

Pour éviter de telles situations, dramatiques à souhait, où des femmes *'agounot* refont leur vie sans prendre garde aux conséquences que cela pourrait avoir sur les enfants issus de leur nouvelle union, les rabbins ont cherché, par tous les moyens s'offrant à eux (dans le cadre de la *Halakha*), à résoudre ces délicats problèmes.

Plusieurs possibilités de femmes '*agounot* peuvent exister :

1) La femme légalement mariée selon toutes les règles du droit rabbinique en attente de divorce (guet).
2) La femme dont le mari a disparu dans un accident, un voyage, à la guerre ou dans un attentat sans que l'on ait la preuve absolue de sa mort[65].
3) Une femme dont le mari est décédé, sans descendance vivante au moment de sa mort, mais en laissant un ou des frères survivants.

   Elle se retrouve, selon l'injonction biblique, devant deux possibilités :

– soit de procéder au *yboum*[66] (lévirat) : cérémonie par laquelle elle se marie avec son beau-frère pour perpétuer sa descendance ;
– soit l'une des deux parties refuse d'accomplir ce commandement, et on se retrouve dans l'obligation de procéder à la cérémonie de la *'halitsa*[67] (déchaussement) par laquelle la femme est libérée de tout lien avec son beau-frère.

Si aucune de ces deux cérémonies n'est accomplie, alors la femme se retrouve '*agouna*, mais avec des conséquences matrimoniales moins graves que pour les cas précités (les enfants conçus sans que leur mère ait procédé à la *'halitsa* ne seront pas des *mamzérim*)[68].

61 Yevamot 49a ; *Kidoushine* 66b et Tossafot, *ibid*. ; s.v *Kol Makom* (tout lieu).

62 Samson Raphaël Hirsch, Commentaire sur la Torah Deutéronome XXIII, 3.

63 *Ibid*.

64 Yevamot 22a-b.

65 Tel que défini dans le Talmud Yévamot 114b-122b et dans le *Shoul'han Aroukh Even Ha-'Ezer* ch. 17.

66 Deutéronome XXV, 5-6.

67 *Ibid*., 7-8-9-10.

68 *Shoul'han Aroukh Even Ha-'Ezer*, ch. 4, § 25.

Dans toutes ces configurations, la femme se retrouve démunie, sans grand recours. En cas de disparition, ou de décès supposé, de son mari, elle doit s'adresser aux autorités rabbiniques avec l'espoir de pouvoir prouver de celui-ci. Ce cheminement doit lui permettre de faire son deuil et d'envisager l'avenir.

Si le mari refuse de délivrer le *guet* (acte de divorce religieux), elle se retrouve dans une situation très délicate, véritablement infernale et sans beaucoup d'issues. Elle ne peut obtenir son *guet* que par le libre consentement de son mari et sans exercer aucune contrainte à son égard. Si un tribunal le contraint à verser des astreintes journalières au titre du préjudice moral, on peut considérer que le *guet* n'est pas valide, car obtenu sous la contrainte[69]. Toute la difficulté réside dans l'instant où l'appellation *'agouna* sera délivrée. Quels sont les critères pour donner un tel verdict ? Les avis divergent d'un extrême à l'autre suivant que l'on se situe auprès des associations féminines ou auprès des Tribunaux rabbiniques.

VI. Solutions envisagées

Dès l'époque antique, les rabbins avaient imaginé des solutions au problème des soldats partant à la guerre et dont le devenir était plus qu'incertain, par voie de conséquence, celui de leur femme aussi. Un épisode célèbre et apparemment scabreux de la Bible fait référence à ces difficultés. Il s'agit de l'histoire de David et Bethsabée telle que la relate le second Livre de Samuel[70]. David, demeuré à Jérusalem alors que ses armées conduites par Joab font la guerre contre les Ammonites, tombe amoureux de la femme de l'un de ses officiers supérieurs, Urie. Il va avoir un enfant avec Bethsabée alors qu'Urie est en opération. Il demande alors à Joab d'envoyer Urie en première ligne. Urie tombe sous les coups des Ammonites. De prime abord, on perçoit la relation de David et Bethsabée comme adultérine, ainsi que le fruit de leur union. De plus, même après la mort d'Urie, leur union devrait être interdite en vertu de la règle : *Késhem shéassoura laba'al, assoura labo'èl*, de la même façon qu'elle est interdite au mari, elle l'est également avec celui avec qui elle a eu des relations adultérines[71]. Ce principe d'interdiction pour l'époux adultère de se marier avec son complice perdura durant des siècles et sera même inscrit dans le Code civil de sa rédaction en 1804 à la révision induite par les Républicains en 1904 au moment où ils mettent fin au Concordat, en votant la séparation des Églises et de l'État[72]. Cependant, au regard de l'exégèse juive[73] de la Bible, cette « affaire » prend un autre tournant. Urie, mari de Bethsabée, est au moment des faits, divorcé de son épouse, comme d'ailleurs

69 Baba Batra 48 a.

70 Ch. XI-XII.

71 Sota 27a.

72 A. Lefebvre-Teillard, « le Mariage », *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2007, p. 1000.

73 II Samuel 11, 3 selon le *Malbim*.

tous les soldats israélites qui, à l'époque de David délivraient un *guet* à leur épouse avant de partir en guerre[74]. Le divorce était soit validé tout de suite, soit déclaré comme tel si, au retour de la guerre de toutes les unités combattantes, le soldat ne figure pas à l'appel[75].

David a certes fauté moralement mais non juridiquement. Il s'est marié avec une femme divorcée en bonne et due forme ; mais il savait que pour cela le premier mari devait mourir. Il écrit donc au général en chef pour lui demander d'envoyer Urie en première ligne. Ce qui apparaît comme un adultère est plutôt une faute morale indigne du roi d'Israël. Le prophète Nathan va d'ailleurs en faire prendre conscience à David et lui signifiera tant le courroux divin que les conséquences de ses actes[76].

Dans la société juive de l'Exil, que ce soit lors du premier Exil à Babylone[77] ou lors de diasporas ultérieures, les communautés juives ont gardé une marge de fonctionnement relativement importante. Qu'il s'agisse de l'empire romain ou des terres chrétiennes et musulmanes, les communautés ont conservé une autonomie interne et ont été régies par leur statut personnel. Les *Baté Dinim* ou Tribunaux rabbiniques ayant tout pouvoir sur les biens et les personnes et pouvant même, quelquefois, faire exécuter leurs sentences par le pouvoir civil.

Pendant des siècles, la vie des sociétés humaines a été fondée sur l'appartenance à des croyances, des communautés religieuses. On se définissait d'abord par son obédience religieuse, puis par son statut social, sa profession. Pendant tout le Moyen Âge, le seul moyen d'échapper à la tutelle d'une communauté passait par une conversion au culte majoritaire (christianisme ou islam). Lorsqu'un seul des deux conjoints prenait cette décision, comment leur mariage pouvait-il être dissous ? S'il s'agit d'un cas potentiel de *'halitsa* et que le beau-frère s'est converti, comment faire ?

Un problème de définition se pose, qui est sans doute la source de maints conflits d'appréciation concernant notre problème. À partir de quel instant une femme est-elle considérée comme *'agouna* ? Plus simplement comment définir ce statut, peu enviable, de femme enchaînée ?

Comment expliquer cette situation, qui peut apparaître pour le moins curieuse ?

Tout d'abord, il faut définir notre espace de réflexion : le monde de la *halakha* ou droit rabbinique a ses spécificités et ses modes de pensée. À l'heure actuelle, il existe de par le monde de nombreuses femmes ayant le statut de

74 *Ketoubot* 9b.

75 *Ibid.,* Tossafot s.v. « *Kol hayotsé lé Mil'hamat bet David guet kéritout kotèv léIshto* » (quiconque partait aux guerres du Roi David devait écrire un *guet* à son épouse) ainsi que Tossafot Baba Métsia 59a s.v « *Noa'h lo laAdam…* » (L'homme préfère…).

76 II Samuel XII.

77 Après la destruction du premier Temple de Jérusalem par les armées babyloniennes de Nabuchodonosor en -586, nombre d'exilés judéens furent emmenés à Babylone et y restèrent plusieurs dizaines d'années. Il s'agit de la première Diaspora de l'histoire juive.

'agounot. Toute la difficulté réside dans l'évaluation réelle d'un problème de société qui touche pour beaucoup à l'affect des gens.

Rien qu'en Israël, qui possède la plus importante communauté juive du monde et où tous les mariages sont régis par le statut personnel depuis la création de l'État d'Israël, les évaluations divergent de dix-huit mille à moins de cinq cents *'agounot*[78] ! Pour « l'union des femmes *'agounot* d'Israël », il y a 18 000 femmes *'agounot* en Israël. Pour la direction des tribunaux rabbiniques d'Israël, il y en a moins de cinq cents.

Comment se faire une opinion objective sur un problème qui remue les consciences depuis des années avec, mis en exergue, des cas extrêmement douloureux de femmes condamnées à un « veuvage forcé », sauf si elles obtempèrent aux exigences, le plus souvent financières, de leur ex-conjoint, quel qu'ait été son comportement antérieur ?

Des associations de défense des *'agounot* se sont constituées non seulement en Israël mais aussi en France, en Grande-Bretagne, aux États-Unis et dans de nombreux pays. Elles n'hésitent pas à faire des campagnes publiques contre les maris récalcitrants, à faire paraître des encarts dans la presse juive, à militer avec des pancartes sur les lieux où se trouvent les anciens maris, voire à appeler leurs collègues de travail ou leur voisinage pour dénoncer leur attitude.

Toutes ces associations ne sont pas portées par les mêmes intérêts. Certaines ont des vues féministes et militent pour « l'égalité des droits ». Quels que soient leurs arguments, elles n'entrent pas dans le cadre de notre étude qui n'a pas pour but de révolutionner le droit hébraïque, mais simplement de tenter d'apporter des éclairages nouveaux dans l'élaboration du droit.

En 1995 s'est créée en Grande-Bretagne une « Union mondiale des *'agounot* et des femmes juives ». Son slogan est le suivant : « Union des *'agounot* et des femmes juives du monde, vous n'avez rien à perdre si ce n'est vos chaînes ! » En 2000, cette organisation a lancé une campagne mondiale pour changer les comportements au sein de la communauté juive et faire des pressions sur les rabbins et les *dayanim*[79] afin qu'ils trouvent des solutions au problème des *'agounot*.

78 Enquête réalisé par l'organisme juridique israélien « Sanhédrin » dans le but de dégager une opinion claire dans le débat opposant depuis des années « l'union des femmes 'agounot » au Tribunal rabbinique. Il s'agit d'un article rédigé par Me Shalom Attali suite à l'étude de cet organisme.

79 Juges rabbiniques.

VII. Pourquoi une clause résolutoire en vue de casser rétroactivement le mariage ?

Une solution originale à ce problème épineux est proposée par l'un des plus grands décisionnaires du peuple juif : le rabbin Moshé Isserlès[80] dit le Rema[81]. Il s'agit d'introduire une clause résolutoire (*tenay*) au moment de la célébration du mariage, qui aurait pour effet de le dissoudre rétroactivement lorsque l'épouse se retrouve en situation de *'halitsa* avec un beau-frère ayant apostasié.

La source de cette solution originale se trouve dans les *Responsa* du rabbin Israël Isserlein[82] qui préconise dans le cas précis d'un frère apostat, *A'h Moumar* [83], la possibilité d'un *tenay kafoul* (clause double), c'est-à-dire reprenant le serment opéré par les fils de Gad et ceux de Réuven avant de traverser le Jourdain[84] :

> Moïse donna des ordres à leur sujet au prêtre Éléazar, à Josué, fils de Noun, et aux chefs de famille dans les tribus des enfants d'Israël. Il leur dit : *Si les fils de Gad et les fils de Réuven passent avec vous le Jourdain,* tous armés pour combattre devant l'Éternel, et que le pays soit soumis devant vous, vous leur donnerez en propriété la contrée de Galaad.
> *Mais s'ils ne marchent point en armes avec vous,* qu'ils s'établissent au milieu de vous dans le pays de Canaan. Les fils de Gad et les fils de Réuven répondirent : Nous ferons ce que l'Éternel a dit à tes serviteurs.

Le serment formulé ici par les enfants de Gad et de Réuven a une *double forme, positive et négative*.

Dans le Talmud[85], *Rabbi Méir* rend cette condition, exprimée sous les deux formes, nécessaire :

> *Rabbi Méir* enseigne, toute clause qui n'est pas exprimée comme les fils de Gad et ceux de Réuven n'est pas valable ainsi que cela est enseigné dans les versets[86] « Si les fils de Gad et les fils de Réuven passent avec vous le Jourdain… Mais s'ils ne marchent point en armes avec vous… »

Il ressort de l'exemple des fils de Gad et de ceux de Réuven qu'une clause pour être valable doit comporter trois volets[87] :

---

80 Rabbi Moshé Isserlès dit le Rema, d'après l'acronyme de son nom, est un éminent rabbin et décisionnaire polonais du xvr^e^ siècle (Cracovie, 1520-1572).Il est principalement renommé pour ses travaux fondamentaux en Loi juive, notamment *Hamappa* (litt. « La nappe »), commentaire critique du *Shoul'han 'Aroukh* dans lequel il indique les coutumes ashkénazes.

81 *Shoul'han 'Aroukh Even Ha-Ezer* ch 157, § 4.

82 *Rabbi Israël Isserlein ben Petachia,* (Autriche 1390-1460) est un talmudiste bien connu pour son œuvre majeure : le *Teroumat HaDeshen*, qui est une des sources majeures de la *Mappa*, le complément du *Shoul'han 'Aroukh* rédigé par *Moshé Isserles*.

83 *Tour Even Ha-'Ezer Darké Moshé Hé-'Aroukh,* ch.157.

84 Nombres 32, 28-31 T.L.S.

85 *Kidoushine* 61a.

86 Nombres 32, 29 et 30 T.L.S.

87 *Kidoushine* 61a ; Rashi s.v. *Ketnay Bné Gad OuBné Réuven* Comme la clause des fils de Gad et de Réuven et Tossefot s.v. *Kol tenay sheéno ketnay Bné Gad OuBné Réuven éno tenay* : « Toute clause qui n'est pas [formulée] comme la clause des fils de Gad et de Réuven, n'est pas une clause. »

1. Elle doit être double (positive *et* négative)
2. La formulation positive *doit précéder* la formulation négative
3. La clause doit être formulée immédiatement avant l'action

En l'occurrence, juste avant la consommation du mariage, cette clause doit être exprimée, à nouveau, devant deux témoins.

Les différents projets de *Nissouine 'al Tenay* [mariage à clause résolutoire] élaborés à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle se sont appuyés sur cette clause mais aussi sur les *Responsa* de grands maîtres du judaïsme. Ils ont eu pour but de délivrer les femmes *'agounot* de leur chaînes, lorsque toutes les solutions juridiques « classiques » avaient été épuisées.

Pour expliquer les difficultés auxquelles sont confrontés les rabbins depuis des siècles, et plus encore avec la multiplication des divorces, pour libérer les femmes de tout lien avec leur époux (quand la vie conjugale est définitivement impossible et qu'il faut se résoudre à formaliser la séparation des personnes), il faut comprendre la nature spécifique du mariage juif (*kidoushine* et *nissouine*), son déroulement précis et ses conséquences éventuelles. Il faut aussi saisir les particularités du droit hébraïque concernant le divorce (le *guet*) et ses conséquences, tant pour la femme que pour ses enfants. On ne saurait faire l'impasse sur les détails contenus dans cette étude pour expliquer tant le déroulement du mariage que du divorce juif, ainsi que de la possibilité de lévirat. Cependant, on ne saurait en faire l'économie sous peine de ne pas pouvoir saisir le corpus de notre étude, ses raisons, ses difficultés et ses aboutissements.

Pour pouvoir comprendre les projets des rabbins ayant pour but de casser rétroactivement les mariages, il faut saisir le problème dans toute sa spécificité. C'est ce que nous allons nous efforcer de faire.

L'application de cette clause a pour effet de casser rétroactivement le mariage avec toutes les difficultés que cela peut susciter. On comprend aisément les réticences des décisionnaires devant l'usage de ce type de procédé juridique. Déjà, lorsqu'il s'agit d'un cas où la *'halitsa* serait rendue impossible par un beau-frère sorti des rangs de la tradition juive ou empêché par un grave problème de santé, les rabbins se montrent circonspects ; à plus forte raison quand il s'agit de casser un mariage où des enfants sont nés. Comment définir les années de vie conjugale ? Quel statut donner aux enfants nés *rétroactivement* hors mariage ?

La notion de rétroactivité en matière légale ne va pas de soi, quel que soit le mode juridique employé.

Selon certains rabbins, les épouses auraient rétroactivement le statut légal de *Piléguesh* ; il s'agit plus ou moins de ce que l'on nomme communément une concubine. Or, ce statut est loin d'être avalisé par tous les rabbins.

Un autre problème, relevant du droit rabbinique, est posé par l'assertion selon laquelle *Ein adam 'ossé bé'ilotav bé'ilot zenout* (un homme se refuse à des

relations extra-conjugales). De surcroît, avoir vécu avec cette femme, après avoir exprimé cette clause, peut revenir à l'annuler purement et simplement. « Il ne s'agirait que d'une pure déclaration d'intention qui ne serait pas suivie d'effets ».

Si les différents projets qui ont pu être élaborés au cours du XX^e^ siècle n'ont pas pu avoir d'existence pratique, c'est parce que les rabbins ont estimé que les bénéfices éventuels étaient infimes par rapport aux dégâts potentiels apportés à ce qui constitue le socle et l'édifice du judaïsme : la famille juive. En généralisant ce type de procédé ne risque-t-on pas de porter atteinte au socle du judaïsme, qui lui a permis de traverser les siècles et les vicissitudes de l'histoire : la famille ?

Pour expliquer les projets élaborés par les rabbins français et étrangers, nous allons, dans une première partie, expliquer de manière extrêmement détaillée le déroulement du mariage, aussi bien civil que juif, et les conditions nécessaires à leur bon déroulement, ainsi que les différences que l'on pourra relever entre eux, ceci afin de bien percevoir les problèmes qui vont être abordés au fur et à mesure de notre travail. Nous verrons les conséquences légales et religieuses tant pour les femmes que pour les enfants à naître (problème de la *mamzerout* ou enfants adultérins), d'unions non reconnues comme dissoutes en bonne et due forme par les autorités rabbiniques. Puis, nous aborderons le problème du divorce, une nouvelle fois à l'angle des deux législations civile et rabbinique, afin de bien comprendre les raisons qui ont animé les rabbins à travers les âges lorsqu'ils ont cherché des solutions originales voire quelquefois extrêmes.

Ensuite, nous aborderons la problématique des *'agounot*, ces femmes juives enchaînées à un mariage qu'elles ne vivent plus, contre leur gré. Il peut s'agir d'un mari disparu, dont on n'arrive pas au regard du droit hébraïque à prouver le décès ou d'un beau-frère qui refuse de procéder à la cérémonie du déchaussement (*'halitsa*) qui est le pendant du lévirat (*yboum*). Il peut aussi s'agir d'un mari refusant de délivrer, suivant les règles du droit rabbinique, le divorce religieux (*guet*) à son épouse. Nous verrons, à travers quelques pratiques notables, comment les autorités rabbiniques ont tenté de résoudre des problèmes *a priori* inextricables.

Dans une seconde partie, nous allons aborder les différentes opinions existantes dans le Talmud et les décisionnaires quant aux clauses résolutoires en matière de mariage. Puis, nous allons montrer différents projets notables visant à instaurer, de manière systématique, des mariages à clause résolutoire. Nous verrons que ces projets visaient la résolution de problèmes graves et répétés au sein des familles, qu'il s'agisse de femmes abandonnées par leur mari après un divorce civil ou de beaux-frères refusant de libérer leur belle-sœur de tout lien en exerçant un chantage éhonté à son égard. L'Algérie française constitue le laboratoire d'idées sur la question des projets visant à

libérer les *'agounot*, qu'elle en soit la source ou la destination. La France et sa communauté juive vont constituer et former le projet le plus audacieux et celui qui fera couler le plus d'encre polémique. Enfin, il nous apparaissait logique de présenter les projets ayant pris corps en Terre Sainte (Eretz Israël). Nous montrerons les mises en œuvre de clause résolutoire appliquées tant au divorce qu'au lévirat, afin de réaliser quelles ont été les aspirations du rabbinat à la fin du XIX^e^ siècle et au XX^e^ siècle. Nous constaterons que les tentatives audacieuses qui ont été menées n'ont pas été suivies d'effets et nous nous accorderons à penser que si les problèmes persistent encore aujourd'hui, c'est sans doute parce qu'aucune solution satisfaisante n'a encore été trouvée.