



HAL
open science

Le courtage matrimonial et la promesse de mariage en droit rabbinique, français et israélien : aspects historiques et comparatistes

Avital Weitzman-Bismuth

► To cite this version:

Avital Weitzman-Bismuth. Le courtage matrimonial et la promesse de mariage en droit rabbinique, français et israélien : aspects historiques et comparatistes. Droit. Université Paris-Est, 2011. Français. NNT : 2011PEST0076 . tel-00768022

HAL Id: tel-00768022

<https://theses.hal.science/tel-00768022>

Submitted on 20 Dec 2012

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.

Organisations, Marchés, Institutions

DOCTORAT EN DROIT

LE COURTAGE MATRIMONIAL ET LA PROMESSE DE MARIAGE
EN DROIT RABBINIQUE, FRANÇAIS ET ISRAËLIEN
(Aspects historiques et comparatistes)

Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2011

Avital WEITZMAN-BISMUTH

JURY :

Directeur de thèse :

Monsieur Alain DESRAYAUD

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Paris-Est

Suffragants :

- **Monsieur Bruno AGUILERA-BARCHET (R)**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Rey Juan Carlos de Madrid et Directeur de l'Institut d'Études Juridiques Internationales

- **Monsieur Raphaël DRAÏ (R)**

Professeur de Sciences politiques à l'Institut d'Études et de culture juive de l'Université d'Aix-Marseille

- **Maître Alon LEIBA**

Avocat à la cour (Paris et Tel-Aviv)

L'Université de Paris-Est n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Nombreux sont celles et ceux qui, durant ces dernières années, m'ont encouragé et aidé à la réalisation de cette thèse. Je remercie, avant tout et surtout, Dieu, bénit soit-il, qui m'a donné tous les jours la force, l'impulsion et le courage pour achever cette thèse, en dépit des dures épreuves que j'ai traversées durant ces années de recherches, de réflexion et de rédaction.

Je tiens tout spécialement à manifester mes plus vifs remerciements à Monsieur Alain DESRAYAUD, Professeur de droit à l'Université de Paris XII, Directeur et Président du jury de cette thèse, pour avoir accepté la direction de ce travail en me guidant avec beaucoup d'esprit critique, de disponibilité, d'encouragements et d'intérêt.

Mes pensées et ma profonde reconnaissance vont à mes parents, Monsieur Josef WEIZMAN et Madame Esther WEIZMAN, tous deux décédés, peu de temps avant l'aboutissement de la thèse, pour tout ce qu'ils m'ont inculqué et appris, pour m'avoir témoigné tant d'amour et de confiance.

Cette thèse ne fut pas une entreprise solitaire, aussi j'adresse ma profonde reconnaissance à :

Monsieur Alexandre BISMUTH, mon mari, dont la présence réconfortante et le soutien m'ont accompagné tout au long de ce travail.

Mon fils, Yossef BISMUTH, né lors de la dernière année de cette thèse, pour m'avoir donné la force de me surpasser.

Mes sœurs Ruth, Shoshana, Shulamit, Ofra et Rivka, mes frères Aharon, Simon, Chaim et Itsik (décédé), pour m'avoir apporté leur soutien et leur amour.

Je manifeste aussi ma profonde gratitude à :

Monsieur David BAS, Juge Dayan, pour m'avoir fait partager ses connaissances en droit rabbinique tout au long de ces cinq années.

Madame Myriam DOUCET (LACOMBE), Docteur en droit, chargée d'enseignement à Paris I, puis à l'Institut catholique de Paris, pour m'avoir aidée, motivée et orientée dans mes recherches.

Messieurs les Rabbins Chaim NISSENBAUM et Shmuel TOBALI (et sa femme Yaël) pour m'avoir fait partager leurs connaissances et éclairé en droit rabbinique.

Mes nièces, Shikma et Rotem, pour m'avoir aidée dans mes recherches en Israël, que ce soit à l'Université ou pour permettre et faciliter mes entretiens avec les professeurs sur place.

Madame Fabienne KRAVETZ, pour son soutien et sa gentillesse.

Monsieur le Rabbin Ran ABOUHATSIRA et Madame Avishag ABOUHATSIRA (ma nièce), pour m'avoir aidé dans mes recherches.

Madame Helena AMRAM, directrice d'une grande agence matrimoniale israélienne, pour m'avoir confié des documents confidentiels. Mais aussi les Professeurs de droit Israélien et Rabbinique que j'ai rencontré en Israël, pour leur temps, leurs avis et leurs précieux conseils.

Je remercie également tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de ce travail.

« Alors, je te fiancerai à moi pour l'éternité; tu seras ma fiancée par la droiture et la justice, par la tendresse et la bienveillance; Ma fiancée en toute loyauté, et alors tu connaîtras l'Éternel ».

Prophètes. Osée, Ch.2., v. 22

SOMMAIRE

Remerciements

Liste des principales abréviations

INTRODUCTION

TITRE I : L’empreinte des traditions dans l’esprit des lois

Chapitre 1 : Le courtage matrimonial, entre religion et commerce

Section 1 : Une institution religieuse et sociale fondamentale

Sous section 1 : Le courtage matrimonial, gardien des valeurs juives

Sous section 2 : Vers une loi relative au courtage matrimonial en droit israélien ?

Section 2 : Une activité mercantile plutôt suspecte en droit français

Sous section 1 : L’héritage de la tradition: du culte domestique à l’immoralité

Sous section 2 : La lente maturation de la reconnaissance: de la condamnation à la consécration

Sous section 3 : D’un contrat innomé à un contrat de consommation

Chapitre 2 : La promesse de mariage: entre sacralisation et désacralisation

Section 1 : Un acte religieux dans une société laïque

Sous section 1 : Un préliminaire au mariage religieux pour les Hébreux

Sous section 2 : La nécessaire coordination des droits dans l’Etat d’Israël

Sous section 3 : La neutralité du droit de l’Etat français

Section 2 : L’ambivalence de la laïcisation juridique

Sous section 1 : Un droit rabbinique confronté à l’individualisme contemporain

Sous section 2 : Un droit israélien confronté à la nouvelle conception du mariage

Sous section 3 : Un droit français confronté à la liberté illimitée du mariage

TITRE II : L'infléchissement des droits par l'évolution des mœurs ?

Chapitre 1 : Le courtage matrimonial, entre droit commun et règles dérogatoires

Section 1 : Un contrat ordinaire en droits rabbinique et israélien

Sous section 1 : Un contrat de droit commun en droit rabbinique

Sous section 2 : Un contrat à caractère commercial en droit israélien

Section 2 : Un contrat extraordinaire en droit français

Sous section 1 : Des règles de droit commun insuffisantes

Sous section 2 : Des règles dérogatoires complémentaires

Chapitre 2 : La promesse de mariage, entre bonnes mœurs et libéralisation des mœurs

Section 1 : Un instrument de l'ordre moral pour le droit israélien

Sous section 1 : De la sanction d'une "séduction masculine" à la réparation d'un "cœur brisé"

Sous section 2 : La désuétude d'un instrument de l'ordre moral

Section 2 : Une entrave à la liberté matrimoniale ?

Sous section 1 : Une tradition vivante en droit rabbinique: les shidoukchim

Sous section 2 : La réponse tranchée du droit israélien: *Pacta sunt servanda*

Sous section 3 : Le dilemme du droit français: sauvegarde de la liberté ou protection de la victime ?

CONCLUSION

ANNEXES

Annexe 1

I. Vademecum sur les systèmes de droit rabbinique et israélien

II. Glossaire sommaire de droit rabbinique

Annexe 2

Contrat de courtage matrimonial israélien de 1958 (Traduction et original)

Annexe 3

Contrat de courtage matrimonial israélien de 2010 (Traduction et original)

Annexe 4

Contrat de courtage matrimonial en droit français

Annexe 5

Proposition de Loi en droit israélien en matière de « Courtage Matrimonial »

Annexe 6

Contrat des Tenaim (promesse de mariage en droit rabbinique) (Traduction et original)

Annexe 7

Tableaux explicatifs de l'évolution de l'appellation des fiançailles en droit rabbinique

BIBLIOGRAPHIE

Liste des principales abréviations

BICC.: Bulletin d'information des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Civ.: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
J.O : Journal officiel
C.C : Code civil
C. cons : Code de consommation
C. com : Code de commerce
CA : Cour d'appel
Cass.: Cour de cassation
Civ. 1^{re} : Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2^e : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3^e : Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Soc.: Chambre sociale de la Cour de cassation
Com.: Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.: Chambre criminelle de la Cour de cassation
Mixte.: Chambre mixte de la Cour de cassation
Req : Chambre des requêtes de la Cour de cassation durant le 19^e siècle
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
HC : Haute Cour israélienne
TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance
Trib.Reg : Tribunal régional israélien
Trib. Rab : Tribunal rabbinique
Trib. Special : Tribunal spécial israélien
Trib. De Police : Tribunal de police israélien
Trib. Famille : Tribunal de famille israélien
D.: Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey, Recueil Dalloz
DH : Recueil Dalloz hebdomadaire (dans le recueil Dalloz), cité pour les références antérieures à 1941
DP : Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941
DS : Recueil Dalloz - Sirey
Gaz. Pal.: Gazette du palais
LPA : Les Petites affiches
RTD. Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD. Com.: Revue Trimestrielle de Droit Commercial
JCP : Juris-classeur périodique, édition générale (La semaine juridique)
JCP G : Juris-classeur périodique, édition générale (La semaine juridique)
S : Recueil Sirey
Cont.Conc. Consom.: Contrats Concurrence Consommation
Dr. Fam : Droit de la famille
Chron : Chronique
Jurispr : Jurisprudence
Ccl : Conclusions
Obs : Observations
Comm : Commentaire
Somm : Sommaire
Som. Com : Sommaire commenté

INTRODUCTION

« Qu'à toutes deux l'Éternel fasse retrouver une vie paisible dans la demeure d'un nouvel époux ! »¹.

Pour les religions judéo-chrétiennes, le couple homme/femme est un sujet très important, sacré. Le mariage est, en effet, un acte sacré dont l'objectif principal est la procréation.

Symbole d'une réalité spirituelle, le mariage est, pour les juifs, la traduction matérielle de l'union entre Dieu et son peuple, alors que, pour les chrétiens, il est, selon saint Paul, un grand mystère qui évoque l'amour mutuel du Christ et de l'Église².

Au IV^{ème} concile du Latran, en 1215, le mariage est intégré dans la liste officielle des sept sacrements de l'Église. Selon cette dernière, la procréation, l'éducation des enfants, l'amour et le bonheur des époux représentent les fins du mariage.

PORTALIS, en 1804, définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »³.

Conception partagée avec le judaïsme qui définit le mariage comme un acte de sanctification et d'élévation par lequel l'homme et la femme acceptent de vivre ensemble, dans l'amour et le respect mutuel, et de transmettre à leur descendance les valeurs traditionnelles.

¹ « , , , ». La Bible. Hagiographes - Ruth . Ch. 1. V. 9 : <http://www.sefarim.fr/?Library=Prophete>

Ce qui signifie que le but du mariage matrimonial est que la femme trouve la paix et la tranquillité dans le foyer de son mari. Le mot « tranquillité » en hébreu *shaket* et en araméen *shidouhk* veut également dire « rencontre de l'âme sœur » et « paix intérieure ».

http://www.mabtim.com/mamar.asp?mamar_id=74

² *Éphésiens* 5, 21-32.

³ PORTALIS (J), « Discours préliminaire au premier projet de Code civil », éditions Confluences, déc. 1998. PORTALIS était juriste et ministre des Cultes sous l'Empire, mais a aussi été un des rédacteurs du Concordat de 1801 et du Code civil de 1804.

« Dieu dit : Il n'est pas bon que l'Homme soit seul ; je lui ferai une aide digne de lui »-« Il la lui amena, et l'Homme dit : « Cette fois-ci c'est l'os de mes os, la chair de ma chair ».-« Dieu les bénit et dit croissez et multipliez »⁴.

Ainsi, tout ce qui précède le mariage, favorise et permet au mariage d'occuper une place importante dans la religion. Le courtage matrimonial et la promesse de mariage sont donc des actes importants dont les encadrements juridiques, qu'ils soient de droit religieux ou laïc, ont posé de nombreuses difficultés.

Aujourd'hui, le courtage matrimonial et la promesse de mariage ne sont pas nécessairement des actes religieux. Nombre de personnes non croyantes utilisent ce moyen de rencontre ou pratiquent ce rite souvent devenu une tradition familiale.

Le courtage matrimonial est admis, en droit français, israélien et rabbinique, comme un contrat, mais il en est autrement de la promesse de mariage dont le statut diffère d'un droit à l'autre. Bien qu'elle permette de « saisir des processus sociaux variés et d'interroger le rapport à l'institution matrimoniale dans la société contemporaine »⁵, son statut juridique reste un sujet de discorde, que ce soit en France ou en Israël.

La question du statut contractuel de ces actes pré-matrimoniaux est donc un sujet important dont nous allons traiter ici, car le contrat reflète les valeurs de la société dans laquelle il est admis en tant que tel. Bien qu'il représente les volontés de l'individu et comporte les règles qui valident le consentement, tout accord n'est pas nécessairement admis en tant que contrat. « Toute promesse ou accord ne se résout pas en contrat générateur de droits et obligations. Parfois les parties n'ont pas l'intention de créer un lien de droit contraignant et parfois l'Etat refuse de reconnaître la validité d'un consentement mutuel »⁶.

La promesse est, d'ailleurs, parfois considérée comme un contrat générateur d'obligations, alors même qu'elle met en péril la liberté matrimoniale et que les règles traditionnelles en matière de contrat ne s'appliquent pas. En effet,

⁴GENESE.2-18.24

⁵ GALY-RAMOUNOT (M), « Vague de fiançailles », Figaro Madame, 18 août 2009, p.19.

⁶ COHEN (N) : « *La montée et la chute de la promesse de mariage* », *Rev. Droit. Isr.* « HAMISHPAT », Vol. 21 fév. 2006, Ed. Masloul academic. p. 27-53, Arrêt Plonit, p. 16.

L'exécution forcée est impossible et les indemnités octroyées pour sa rupture ne placent pas le demandeur (demanderesse) dans la situation dans laquelle il (elle) aurait pu se trouver s'il (elle) avait épousé son (sa) fiancé(e).

Contrairement au mariage et au divorce, qui sont régis par le droit rabbinique, les actes pré-matrimoniaux que sont la promesse de mariage et le courtage matrimonial relèvent, en droit israélien, de la législation laïque comme nous le verrons par la suite.

A la différence du droit français, le courtage matrimonial israélien n'a pas connu une jurisprudence controversée. Contrairement au droit français, où le contrat de courtage matrimonial est très bien encadré et la jurisprudence est prolifique, la jurisprudence israélienne est pauvre en la matière. Ce qui est impossible à déterminer en droit rabbinique, car contrairement aux droits français et israélien, il n'y a presque pas de traces écrites de la jurisprudence. Que ce soit en cette matière ou une autre. En effet, aucune obligation ne pèse sur les juges rabbiniques de suivre la jurisprudence, ce qui veut dire qu'il n'est pas indispensable d'écrire les jugements ou de les conserver. Selon le RAMBAM, il n'existe aucune obligation de principe d'écrire le jugement, de le motiver, ni même de détailler l'avis de la minorité ou de la majorité. Le jugement ne sera retranscrit que si une des parties au procès le réclame⁷.

Selon le CHOULHAN AROUKH⁸, le jugement est également écrit, lorsqu'une partie au procès prévient, à l'avance, qu'elle a l'intention de se pourvoir devant le Grand Tribunal Rabbinique. Elle pourra obtenir une motivation écrite. Toutefois, un Règlement (Takanot) du tribunal rabbinique, oblige ce dernier à motiver sa décision, sauf si une partie abandonne son droit ou son droit de faire appel. Officieusement, les tribunaux ne respectent pas les Règlements/Takanot.

Cependant, bien que la jurisprudence soit quasi inexistante, le droit rabbinique encadre bien le courtage matrimonial. Ce qui explique pourquoi l'étude s'étend à lui, car il existe peu d'écrits, de doctrine et jurisprudence en droit israélien en la matière. En effet, la matière n'a guère suscité de divergences doctrinales ou

⁷ RAMBAM, Sanhedrin.Ch.22. Loi 8.

⁸ Choulhane Arouhk.Hoshen Mishpat. Loi 19

jurisprudentielles en Israël. Il n'y a donc pas beaucoup d'intérêts de limiter la comparaison aux droits israélien et français. L'étude prend tout son sens, lorsqu'on compare ces derniers au droit rabbinique.

Pourtant, selon Helena AMRAM, directrice de la plus grande agence matrimoniale en Israël, le désir d'une législation spécifique au courtage matrimonial en Israël existe, car la profession de courtier matrimonial est polluée par des personnes non professionnelles et mal intentionnées : « la profession est violée. N'importe qui peut être courtier matrimonial, il n'existe aucune sécurité juridique propre. On voit de tout et il y a beaucoup de scrocs. Je suis la seule agence matrimoniale en Israël qui garantisse un résultat à mes clients et pour cause. Je propose à mes clients un service de psychologie, graphologie, vérification de l'information reçue, coaching et service de conseil 24h/24h »⁹.

La promesse de mariage, pour sa part, n'a pas non plus fait l'objet d'une réglementation spéciale. Que ce soit en droit français, où, en raison du silence du code civil, le droit commun délictuel s'applique, ou en droit israélien, où la question ne s'est jamais posée et où le législateur s'est contenté de reconduire la législation appliquée par le mandat britannique. Les législateurs israélien et français ont ainsi un point commun. Seul le législateur rabbinique semble s'être davantage intéressé au sujet. Tant le courtage matrimonial que la promesse de mariage font, effectivement, l'objet d'un encadrement poussé. Ce qui peut nous amener à nous demander si cela est dû au fait que ce droit prend davantage en considération les principes de bonnes mœurs et d'ordre public ?

Le droit rabbinique se différencie, effectivement, des droits laïcs par le fait que le pouvoir juridique et le pouvoir législatif sont liés. Ce qui empêche son application totale dans un système moderne¹⁰. C'est pourquoi, selon le Président de la Cour Suprême israélienne de l'époque de la construction du droit israélien : « Ni les idées du droit hébraïque, ni le droit rabbinique ne peuvent servir de fondement à une

⁹ AMRAM (H), lors d'un entretien à son domicile, à Tel Aviv, le 27 Janvier 2011.

¹⁰ RADZINGER et FRIDMAN, « Le législateur israélien et le droit hébraïque », Revue de droit israélien *Yonei Mishpat* janv. 2005.

législation moderne, à moins d'être sélectionnés et réédités de telle sorte que le législateur les approuve »¹¹.

Pourtant, « aucune réflexion sur le judaïsme et ses institutions ne saurait refléter la réalité, si l'on perdait de vue ses caractéristiques essentielles, à savoir : qu'il s'agit, et ceci en dépit du régime sous lequel vivent les juifs, d'une société à fondement théocratique, où le civil et le religieux sont intimement liés »¹². Ce qui explique la situation complexe dans laquelle se trouvent les juifs pratiquants de tout pays laïc.

Le droit rabbinique étudié dans cette comparaison ne doit, par ailleurs, pas être confondu avec le droit hébraïque

Expression utilisée par la doctrine et la jurisprudence israélienne depuis le début du vingtième siècle pour parler du droit rabbinique, le droit hébraïque fait référence aux normes de droit dans la Torah. Elle ne se trouve ni dans la tradition juive ni dans la Halakha¹³. Il s'agit d'une appellation moderne du droit rabbinique inventée par le fameux professeur de droit hébraïque GOULAK¹⁴, un des fondateurs du projet de la modernisation du droit hébraïque¹⁵.

Pour nommer son droit, la tradition juive connaît divers termes, tels que : droit religieux, droit de la Torah, droit d'Israël ou encore droit rabbinique, afin de se distinguer des autres droits dans la mesure où le droit religieux émane de Dieu et n'est pas le fruit d'un être humain. La terminologie de droit rabbinique sera donc celle que nous garderons pour cette comparaison avec le droit français et israélien.

¹¹ COHEN (H), « Le souci du lendemain », Ed. Mivhar Ktavim, 1992. P. 25. COHEN (H) voit, dans le droit hébraïque, une des sources principales de la législation israélienne. En effet, sa conception, à l'époque, était la suivante : au moins dans certains domaines, le droit hébraïque peut servir les besoins juridiques de l'État à naître grâce à des modifications obligatoires qu'il faut apporter au dit droit et en y joignant également des principes du droit occidental.

¹² CHOUCHANA (E), « Le lien matrimonial dans le Judaïsme », RDC, 1971, p. 49-56.

¹³ EDERY (A), « L'utilité du droit hébraïque », Rev. Yiunei mishpat kr, 2, Nov. 2001 p. 467-487.

¹⁴ GOULAK (A), Professeur de droit hébraïque souhaitant faire du droit hébraïque le droit national d'Israël : « Il n'y a pas de sens à une libre vie sous le règne d'un droit étranger. Que la libre volonté d'un peuple s'exprime tout d'abord à travers les lois et les bonnes mœurs de sa société », dans « Les fondements du droit hébraïque », Revue annuelle de droit hébraïque, 1982.

¹⁵ Il y a eu, parallèlement à la volonté de raviver la langue hébraïque, un appel pour codifier le droit hébraïque afin d'éviter aux juges de se référer aux droits étrangers. Ce projet, contrairement à celui de la langue, a échoué dans les années trente suite à de grandes divergences entre les protagonistes religieux et non religieux. Ces derniers voulaient corriger certains obstacles du droit hébraïque, tel l'égalité entre les sexes, alors que les religieux craignaient une importante législation en la matière.

Ainsi, le droit rabbinique (droit religieux) se distingue des droits laïques qui ne sont que l'œuvre de simples mortels. L'autorité législative d'un système ne peut pas intervenir dans l'autre système afin d'annuler telle ou telle norme¹⁶. Le droit rabbinique ne peut pas être influencé par l'activité de l'autorité législative de l'État d'Israël. En revanche, le droit israélien subit, d'une manière ou d'une autre une influence du droit rabbinique¹⁷. Ce dernier engendre un poids politique religieux et social, dans la mesure où il s'agit d'un droit sacré, qui date de quelques milliers d'années. Le droit israélien est, effectivement, encore trop immature pour qu'on puisse lui associer des processus témoignant de forts liens entre lui et la société et sa culture¹⁸. Ce qui explique le fait que, bien que le droit rabbinique ne soit pas le droit appliqué dans les tribunaux israéliens, à l'exception de quelques matières, il a, un temps, occupé une place importante au sein de la jurisprudence israélienne, notamment en matière de promesse de mariage. L'étude de son rôle au sein du droit positif israélien semble donc pertinente.

Le recours au droit rabbinique par la Cour israélienne se fait par le biais de plusieurs procédés :

- la citation de sources (les juges citent, à titre subsidiaire, des versets de la Bible, des proverbes ou des maximes du Talmud) ;
- la référence en tant que droit étranger (le président de la Haute Cour s'est, notamment référé au droit rabbinique pour appuyer sa décision inculquant les suspects d'un meurtre. Il s'est fondé sur des preuves déduites des circonstances de l'espèce tel que le suggère le droit rabbinique, en se basant, toutefois, sur la loi pénale israélienne¹⁹) ;
- la référence, en tant que source, afin de fonder une décision permettant d'interpréter une loi israélienne (La Haute Cour israélienne s'est, notamment,

¹⁶ SHOHETMAN (E), « Le droit israélien et le droit rabbinique- amis et étrangers », Revue de droit isr. MISHPATIM. Vol. 19. 1980. P. 872.

¹⁷ Haute Cour Balben v Balben 313/59 JP 14 285.19 janv. 1960. La Cour a infirmé le jugement du tribunal régional qui a rejeté la demande de la femme à la pension alimentaire au motif que ses revenus issus des biens lui appartenant suffisaient à sa survie et exempte le mari. D'autant que, « selon la Loi juive, lorsque la femme possède de biens dotaux elle doit transférer à son époux l'usufruit. La Haute Cour a décidé que la Halakha ne trouve pas lieu à s'appliquer car est contraire à l'article 2 de la Loi sur l'égalité des sexes et porte atteinte au droit de propriété de la femme »

¹⁸ EDERY (A), « Un droit hébraïque - pourquoi faire ? », Rev. Younei Mishpat. Vol. 25.2001. P. 470

¹⁹ Haute Cour. Nagar v Etat d'Israël 25 juillet 2006 5988/06

référé directement au droit rabbinique (RAMBAM)²⁰ pour refuser le droit aux autorités d'une prison de faire procéder à une coloscopie anale à un prisonnier, contre sa volonté, afin de vérifier sa consommation de drogue. Selon le droit rabbinique, le droit à l'honneur du prisonnier devait primer sur le problème de drogue en prison²¹).

- l'application directe, lorsqu'il s'agit de mariage ou divorce²², que le litige ait lieu ou pas devant une juridiction non rabbinique. Il faut préciser que les lois rabbiniques ont déjà été incorporées au système de droit israélien et que lorsque la Cour s'y réfère, elle cite directement les sources israéliennes ou les jurisprudences précédentes, sans citer la source Halachique principale. Parfois, le juge préfère, néanmoins, se référer directement à la loi rabbinique²³.

Le professeur SHIFMAN constate avec surprise qu'en matière de statut personnel, le recours au droit rabbinique par les tribunaux civils est de plus en plus fréquent et peut servir, en réalité, des intérêts laïques²⁴. Inversement, le fait parfois de s'abstenir d'appliquer le droit rabbinique pour appliquer des principes laïques, peut servir des intérêts religieux²⁵.

Dans ce sens, alors que certains voient dans la reconnaissance des droits attribués aux concubins adultérins une grave atteinte à la religion juive²⁶, certains juges²⁷ s'appuient sur le droit rabbinique pour cette reconnaissance. En effet, selon ce dernier, le mariage par la consommation de l'acte sexuel *Kidoushei bia* est valide pour la Torah.

Ce qui met l'accent sur le paradoxe inhérent à l'Etat d'Israël, Etat juif et démocratique qui fait coexister deux conceptions antinomiques et qui va même jusqu'à rendre obligatoire le droit rabbinique en matière de mariage et de divorce.

²⁰ RAMBAM. Brahot. 19. 2.

²¹ BAGATZ. Katlan v Service de prison 355/79 JP 34 (3) 294

²² Loi de 1953 al. 1 instituant la compétence exclusive des tribunaux rabbiniques en matière de mariage et de divorce.

²³ Par exemple arrêts suivants : Haute Cour Larar v Korber 287/78 JP 34 (1) 294 ; HC Galber v Galber 210/82 JP 38 (2) 14

²⁴ SHIFMAN (P), « Le droit Hébraïque dans la jurisprudence de la Haute Cour », Revue annuelle de droit hébraïque. Vol 13.1987. P. 372

²⁵ Ibid. P. 375.

²⁶ Haute Cour 4.6.71 4/66 Perez v Halmuth JP 94 (4) 337 propos du juge Kister dans cette affaire

²⁷ Haute Cour Aizik v Ministre de l'Intérieur 243/71 JP 26 (2) 33

Ce qui porte pourtant atteinte aux droits de certaines catégories de citoyens. Selon SHIFMAN, « la démocratie est sacrifiée au nom du judaïsme »²⁸. Des jurisprudences absurdes se multiplient dans des matières comme le concubinage qui est un état de fait en droit français mais qui, afin de pallier aux lacunes du droit, prend un statut de plus en plus important, semblable à celui des époux, en droit israélien. En effet, rattrapé par des pratiques sociales non reconnues par le droit rabbinique, le droit israélien use de stratagèmes afin de répondre aux besoins des citoyens, non religieux ou d'une autre religion vivant en couple mais ne pouvant pas se marier. Le législateur solutionne donc le problème en reconnaissant l'institution du concubinage, qui est en réalité une sorte de mariage de fait.

Situation souvent pré-matrimoniale, même si son statut juridique diffère en droit israélien et en droit français, le concubinage ne fera, toutefois, pas l'objet ici de comparaison. Nous serons, néanmoins, amenés à évoquer parfois, car il peut nous intéresser pour deux aspects se présentant en droit israélien : d'une part, le fait qu'il y ait de nombreux couples vivant en concubinage accroît le nombre de promesse de mariage et d'autre part, le fait que la promesse de mariage faite par un concubin adultérin, au risque de reconnaître indirectement une bigamie de fait, soit reconnue.

Le judaïsme est composé de différents courants et conceptions : certains s'accommodent à la réalité qui change constamment et d'autres restent figés en s'enfermant avec des règles immuables. Il semblerait que l'approche du judaïsme en Israël soit proche du deuxième courant, celle du système traditionnel²⁹. C'est cette approche qui conduit à l'écart entre les juristes israéliens et le droit rabbinique.

L'approche qui prône un renforcement du concubinage en Israël est donc une approche laïque³⁰, alors que pour l'approche religieuse, cette institution est

²⁸ SHIFMAN (P), « Le droit Hébraïque dans la jurisprudence de la Haute Cour », Revue annuelle de droit hébraïque. Vol 13.1987. P. 375.

²⁹ SHALAF (S), « Le formalisme du droit hébraïque et les valeurs du patrimoine du peuple juif », Yiounei Mishpat. Vol.25. Nov. 2001.P. 492.

³⁰ Exemple Trib. Reg. Lavi v Havsha 264/96 JP et Trib.Reg. 32 (1) 798 un des premiers jugements des tribunaux israéliens dans lesquels a été traduite l'expression « conjoint » comme comprenant le concubin. Dans cette affaire, la juge explique l'accroissement des droits des concubins comme

contraire à la morale ³¹ surtout lorsque l'un des concubins est une personne mariée³². Ainsi, le concubinage est vu dans le droit de la famille israélien comme un « point de lumière dans un droit de la famille obscure »³³ et comme un des cas dans lesquels le droit israélien, aussi jeune soit-il, « a devancé les évolutions juridiques d'autres pays »³⁴.

La raison d'être est de contourner le droit religieux du divorce et du mariage par la voie légale.

Cette création juridique du concubinage sert d'exemple. C'est la manifestation d'un droit de la famille laïc qui s'est créé en Israël grâce à une législation et une jurisprudence de législateurs et juges laïques qui se sont écartés des interdictions et principes religieux³⁵ coexistant avec d'autres branches du droit de la famille soumis à la loi rabbinique. Nous verrons dans quelle partie de ce droit de la famille israélien ont été placés le courtage matrimonial et la promesse de mariage.

Parallèlement, nous verrons la place que ces actes, liés au mariage, occupaient et occupent aujourd'hui dans les droits français et rabbinique.

Si dans le passé, le mariage était vu comme un arrangement patriarcal, de possession, dont l'objectif principal est d'avoir des enfants et qui servait d'assurance financière aux femmes, la situation aujourd'hui est différente. Il est basé sur l'égalité et l'autonomie des volontés des membres du couple³⁶ et la bigamie n'est plus autorisée. Dans de nombreux pays, contrairement à Israël, l'institution du mariage a subi un processus de laïcisation. Passé de la sphère religieuse à la sphère étatique³⁷, il peut aujourd'hui, dans la majorité des pays

déoulant de l'évolution sociale moderne et voit dans l'ancienne jurisprudence de la Haute Cour comme trop conservatrice.

³¹ SHIFMAN (P), « Droit de la famille », 2nd Ed. Vol. 1. 2005. P. 33-35.

³² Arrêts Pesler 384/61 JP 97 (1) 104, Rizenfeld 337/62 et Perez v Helmut 4/66 JP 20 (4) 337 position du juge Kister.

³³ LIFSHITS (S), « Les concubins comme symbole du libéralisme du droit de la famille israélien », P. 27.

³⁴ ROZEN-ZVI (A), « Le droit de la famille entre le sacré et le laïc », 1980. P. 132 et Arrêt Rizenfeld v Jacobson 337/62 JP 17 (2) 1009 ; les propos du juge Zilberg.

³⁵ ROZEN-ZVI. OP.CIT. P. 385.

³⁶ LIFSHITS (S), « Contractualisation des rapports dans le couple dans le droit civil », Thèse de droit. Univ. Bar-Ilan.2002

³⁷ COESTER-WALTJEN & COESTER, « Formation of Marriage», International Encyclopedia of Comparative Law.Boston, vol. IX: Persons and Family. Ch.3, M.A. Glendon ed, 1997. P.3.

démocratiques, faire l'objet de rétractation même sans motif (divorce à la demande).

Ce qui n'est pas le cas en Israël où la rétractation est impossible et le divorce n'est possible que d'un commun accord ou du fait d'une faute.

Il existe donc une asymétrie, du moins potentielle, entre la rigidité de la loi rabbinique du mariage et la promesse de mariage régie par le droit civil. Pourtant, l'évolution du droit de la promesse de mariage, en Israël, peut adopter les changements que l'on rencontre dans l'institution du mariage dans le monde occidental, surtout ceux relatifs au droit de sortie.

La promesse de mariage suscite donc des problématiques juridiques qui sont souvent similaires à celles posées par le courtage matrimonial. Des questions quant au statut juridique et à la légalité des actes sont souvent posées de part la contrariété à l'ordre public et à la morale qu'ils posent, et ce dans les trois droits.

C'est dans la conception de la notion de contrat et de la liberté contractuelle que les avis divergent. Ce qui conduit à une appréhension différente de ces actes pré matrimoniaux. En effet, le droit israélien prône la liberté contractuelle et laisse les parties totalement libres. Le législateur israélien évite, tant que faire se peut, l'interventionnisme de l'Etat dans les affaires contractuelles.

La liberté individuelle comprend la liberté de choisir en matière de mariage, divorce, grossesse et dans tout autre domaine relevant de l'autonomie individuelle. Le désaccord sur l'existence ou non d'un contrat valide en droit concerne la question de l'intention des parties à créer un lien contraignant en droit³⁸. En droit israélien, « le droit des contrats connaît une crise difficile qui met en doute le fait que la volonté des parties soit réellement celle qui détermine la viabilité du contrat. Nous sommes témoins d'une intervention accrue des autorités étatiques dans le rôle des parties à créer un contrat et dans la décision de son contenu et de sa forme. Cette intervention dans la liberté contractuelle témoigne de changements de valeurs et d'idées. () Le droit impose aujourd'hui un nombre important de conditions

³⁸ Art.2 et 5 Code de Contrats israélien 1973.

préalables au fonctionnement de la liberté de choisir qui existe dans tout contrat »³⁹.

Ce qui est différent en droit français où la liberté contractuelle est aussi préservée, mais où le législateur intervient davantage pour déterminer les actes pouvant être qualifiés de contrat et pour définir des règles spéciales propres aux contrats nécessitant un encadrement spécifique.

Il est donc intéressant d'examiner la place que les droits français, israélien et rabbinique donnent au courtage matrimonial et à la promesse de mariage et comment tout cela se conjugue avec des impératifs d'ordre public et de bonnes mœurs.

Par ailleurs, nous examinerons si le fait qu'ils soient contractuels porte atteinte à la liberté du mariage, ou, au contraire, si le fait de donner un statut contractuel permet de s'assurer de la réelle volonté des futurs époux

Nous verrons que les convictions religieuses ou laïques ont pu jouer un rôle important, selon les époques ou les pays. La reconnaissance de la validité de ces actes n'est-elle donc qu'une affaire de religion ou ces actes peuvent-ils se conjuguer avec la laïcité sans heurt ?

Les droits français et israélien ont effectivement en commun de compter parmi leurs sources de droit un riche héritage religieux qui a eu (et a toujours pour Israël) un poids plus ou moins important dans leur histoire en matière matrimoniale et donc pour la conception juridique des actes pré-matrimoniaux. Ils ont tous deux dû faire face au besoin d'une laïcisation du droit⁴⁰, qu'ils ont gérée différemment et avec lequel le droit rabbinique a dû aussi composer.

En effet, bien que les actes pré-matrimoniaux au mariage ne relèvent pas de la loi relative au mariage⁴¹, l'héritage religieux marque toujours son empreinte. En droit français, « ce phénomène constitue une dimension essentielle de la société

³⁹ COHEN (N): Op. Cit. P. 304.

⁴⁰ La loi de séparation de l'Église et l'État préambule Constitution française du 27 octobre 1946 en droit français <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁴¹ En droit israélien ces matières ne relèvent pas du statut personnel des futurs époux et donc sont de la compétence des tribunaux étatiques laïques (contrairement au mariage qui relève du droit rabbinique exclusivement).

humaine »⁴². Il en est de même en droit israélien où le droit rabbinique n'est exclusivement applicable qu'en matière de mariage et divorce⁴³.

De fait, l'importance du mariage-institution prend sa source dans la Bible, pour la société française, et dans la Torah, pour la société israélienne : « Dieu les bénit en leur disant "Croissez et multipliez! Remplissez la terre et soumettez-la ! »⁴⁴. Pour la même raison, dans le droit canonique, la procréation constituait l'essence du mariage comme la fin première du lien conjugal⁴⁵. Le mariage exprime le lien entre Dieu et l'homme. « C'est une institution qui relève pour partie du droit divin, et pour partie du droit humain ». En réalisant cette alliance dans le fond spirituel, l'homme accomplit son devoir primordial de révéler sur terre la gloire divine. Ce qui avait un impact important sur les actes pré matrimoniaux.

Néanmoins, l'évolution des mœurs et la laïcisation ont provoqué un certain relâchement de la valeur sacrée du mariage. Le célibat n'est plus toujours considéré comme un problème car le mariage n'est plus considéré comme étant obligatoirement l'expression du bonheur. L'indépendance financière et la réalisation personnelle de la femme ont, effectivement, contribué à ce résultat.

Toutefois, le mariage reste la priorité des couples israéliens, qu'ils soient religieux ou non.

Nous tenterons de voir comment les religions juive et chrétienne ont pu jouer un rôle au cours de la période pré matrimoniale dans les droits israélien et français et ce, malgré le principe de laïcité appliqué dans les deux droits. Seront exposés donc les différents types de litiges nés en amont à la conclusion du mariage.

Pour le christianisme et le judaïsme, pour lesquels le mariage a toujours été une institution sacrée, la validité juridique du courtage matrimonial n'a pas subi le même sort. Si pour l'un, elle était considérée comme immorale, pour l'autre elle a toujours été indispensable.

⁴² LE TERTRE (C), Op. Cit. P. 2. In E. DURKHEIM, « Les formes élémentaires de la vie religieuse », Paris. Ed. Aclan.1912.P.65.

⁴³ Loi de 1953 relative a la compétence exclusive des tribunaux rabbiniques en matière de mariage et divorce

⁴⁴ Pentateuque Genèse - Berechit - Ch. 1 V. 28 : <http://www.sefarim.fr/?Library=Prophete:>

⁴⁵ D'ailleurs, la notion de copula carnalis jouait un rôle important dans la formation de la théorie canonique du mariage. (LE TERTRE. Op. Cit. P.37).

Toutefois, la liberté de ne pas se marier ne signifie pas liberté de causer des préjudices à l'autre, par conséquent nous nous tacherons de voir comment les trois arrivent à conjuguer liberté de mariage et liberté contractuelle.

Ce qui nous conduit à étudier, que ce soit pour le courtage matrimonial ou la promesse de mariage, le legs des traditions et des inspirations laïques de ces trois droits (Titre I), afin de comprendre leurs impacts sur l'évolution des mœurs (Titre II).

Titre I : L’empreinte des traditions dans l’esprit des lois

Nul ne peut ignorer l’influence de la religion sur le droit français, israélien et rabbinique, particulièrement en matière matrimoniale, mais aussi pré-matrimoniale.

En effet, que ce soit en matière de courtage matrimonial ou de promesse de mariage le legs de la tradition n’est pas sans conséquence sur l’acte.

L’évolution des mœurs et l’utilité que ces actes présentaient pour la société, avaient conduit la jurisprudence à intervenir pour combler le vide juridique, notamment en France. En dépit du silence des textes, l’empreinte de la tradition se ressentait dans la qualification juridique, mais aussi dans les conséquences juridiques. De ces états de fait, découlent plusieurs questions : en quoi le droit français et israélien ont-ils exactement été influencés par la religion ? Quelles ont été ces influences sur le courtage matrimonial et la promesse de mariage ? Et le droit rabbinique a-t-il lui-même subi des modifications du fait de la laïcisation ?

S’agissant du courtage matrimonial, les législateurs, tant français qu’israélien, sont longtemps restés silencieux. Ce qui est toujours plus ou moins le cas pour le droit israélien et, ne l’a jamais été pour le droit rabbinique qui considère la fonction de courtier matrimonial comme essentielle.

Le droit positif israélien a, toutefois, été influencé par cette tradition juive. A la fin du mandat britannique en Israël, lors de la codification du droit des contrats, le courtage matrimonial avait été admis. Ce qui fut un choix surprenant, lorsque l’on sait que le droit israélien est en grande partie inspiré du droit anglais.

Or, ce dernier n’avait pas reconnu le courtage matrimonial. La jurisprudence anglaise considérait, effectivement, cet acte contraire à la liberté matrimoniale.

Il est donc évident qu'en admettant le courtage matrimonial, le droit israélien, en majeure partie d'inspiration laïque, était influencé par le droit rabbinique en cette matière.

L'échange économique que représente la rémunération du courtier a, par ailleurs, mis cette profession à l'écart de la société française durant plusieurs années. En effet, la profession subissait le malaise existant, en France, sur le sujet, à l'époque du catholicisme. Salir un acte sacré, tel que le mariage, avec des rapports d'argent, ne pouvait que provoquer les foudres de l'Église (à l'exclusion des églises réformées et orthodoxes) qui appliquait le droit canonique catholique.

Pourtant, le contrat de courtage matrimonial n'a jamais été déclaré illicite et immoral en droit rabbinique et israélien. Sans doute parce-que, contrairement au catholicisme à partir du XVI^e siècle, la religion juive n'a jamais traversé de période problématique dans son rapport à l'argent.

Par conséquent, la place donnée à cet acte entre religion et commerce (Chapitre 1), diverge grandement entre le droit français et les droits rabbinique et israélien.

Parallèlement, la religion a également été une source de droit déterminante en matière de promesse de mariage.

Tirée du latin *confiare* qui signifie *confier à*, et du verbe hébreu *Kadesch*, qui signifie *sanctifier*, la promesse de mariage (fiançailles) est pour un couple l'engagement réciproque de se marier. Elle désigne le jour de cette déclaration et le temps entre ce jour et celui du mariage. Elle donne lieu à des interrogations théologiques et religieuses, car elle est liée au serment et à ce qu'on appelle communément des « sacrements ». L'engagement pris est d'ailleurs souvent considéré comme pleinement moral.

Le législateur français s'était longtemps considéré comme incompetent sur le sujet de la promesse de mariage et avait abandonné la matière à la jurisprudence. Le droit rabbinique, pour sa part, lui a toujours donné une place importante dans le processus du mariage. Contrairement au droit israélien pour lequel l'acte n'est qu'un contrat de droit commun.

Ainsi, en France, comme en Israël, les fiançailles ou promesse de mariage sont, bien que désacralisées, toujours usitées. Ce qui met en difficulté le droit rabbinique, droit sans Etat, pour qui l'acte est toujours un acte sacré (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le courtage matrimonial, entre religion et commerce

De nos jours, les sociétés sont de plus en plus soumises à l'économie. C'est ce que certains auteurs nomment « la nouvelle fatalité économique ». Alors que l'économie a été pendant des millénaires la servante des sociétés, ces dernières sont, depuis quelques décennies, sous sa domination. Cette nouvelle situation s'enracine dans trois processus : l'extension du champ des activités marchandes, l'emprise croissante du capitalisme et la mondialisation de l'économie. Ces trois processus sont à la fois distincts et difficilement dissociables »⁴⁶.

Toutes les sociétés modernes regroupent, aujourd'hui, les sphères sociales et économiques.

Au-delà des biens, tous les services ont un prix. Et cela s'étend aujourd'hui à des activités auparavant régies par d'autres logiques.

Ainsi, les rapports humains sont souvent régis par une logique économique.

Selon le concept de marchandisation, qui a débuté à la fin du XIX^{ème} siècle, un service, tel que le courtage matrimonial notamment, entre dans le marché économique dès lors que sa valeur est définie. Cette valeur s'évaluant nécessairement sur le terrain de l'offre et de la demande.

Ainsi, de plus en plus de besoins sont marchandisés : « Le consommateur, lui, veut à la fois profiter de toutes les satisfactions offertes par le marché et protéger une sorte d'espace privé dans lequel le marché ne rentre pas. Il faut alors déplacer la frontière entre les deux au détriment de la sphère privée. Cela se fait surtout par

⁴⁶ BEAUD (M) « Le basculement du monde », La Découverte Poche, 1997, p.107. Et s.

le renouvellement des générations. Les jeunes acceptent plus facilement qu'un certain nombre de besoins soient "marchandisés" (). Ce choc culturel se reproduit de générations en générations»⁴⁷.

Les législateurs français, rabbinique et israélien ont donc dû s'adapter à cette évolution des mœurs et réglementer l'activité de courtier matrimonial, devenue commerciale. En effet, l'appréhension de cette profession a beaucoup évolué depuis l'Antiquité jusqu'à être considérée comme une institution religieuse et sociale fondamentale par les législateurs rabbinique et israélien (Sous section 1) ou une activité mercantile suspecte par le législateur français (Sous section 2).

Section 1 : Une institution religieuse et sociale fondamentale

Dans le judaïsme, le courtage matrimonial a, depuis tous les temps, eu une importance considérable. Selon le Talmud, « celui qui n'a pas pris femme reste sans bonheur et sans joie, sans bénédiction et sans Torah, sans muraille et sans joie »⁴⁸.

L'histoire du peuple juif, qui a connu de nombreuses exterminations et a fait l'objet de dispersion dans la diaspora, est, de plus, un facteur important. Cela permet de comprendre cette volonté de survie et de la préservation de la culture juive en promouvant les mariages intra-communautaires. Le courtier est considéré dès lors comme « l'associé de Dieu⁴⁹ » à travers cette « Mitsva⁵⁰ », Commandement de Dieu, qu'il fait en aidant les gens à trouver leur âme-sœur. En effet, c'est Dieu qui détermine les personnes prédestinées et qui les unit. Et, la formation d'un couple pour le courtier est l'accomplissement de la volonté divine. Ainsi, le courtier se retrouve gardien des valeurs juives (Sous section 1) en permettant aux juifs de se

⁴⁷ ROCHEFORT (R), « Marchandisation du monde », Le Monde, 6 Juillet 1994.

⁴⁸ Talmud. Yebamot 62b

⁴⁹ LAAM (M), « Marieur, Marieuse, Mariez moi ! », <http://www.lamed.fr>

⁵⁰ Mitsva (Mitsvot en pluriel): Les mitzvot sont des commandements, prescriptions ou préceptes ordonnés par la Torah qui se divisent en deux catégories : 248 sont des obligations de faire, les mitzvot Assè, et 365 sont des obligations de ne pas faire, les mitzvot lo taasè

rencontrer puis de former des couples. Cependant, il n'existe pas ce statut que dans la communauté juive et plus précisément dans la communauté juive orthodoxe.

En Israël, bien que l'histoire du droit soit aussi constituée des valeurs religieuses appliquées par le droit rabbinique, le courtier matrimonial est une profession libérale comme les autres qui n'est pas encore spécifiquement réglementée mais qui pourrait l'être dans un avenir proche (Sous section 2).

Sous section 1 : Le courtage matrimonial, gardien des valeurs juives

D'après les sages du Talmud, « Il n'y a aucun doute, Dieu lui-même doit être le premier et suprême marieur. Qui d'autre peut allier deux personnalités dissemblables de telle sorte qu'elles adhèrent l'une à l'autre comme une même chair ? N'a-t-il pas arrangé l'union d'Adam et Eve ? ».

Le marieur est un personnage dont le rôle est admis depuis fort longtemps dans la société juive(1).

Bien que la profession ait subi de nombreux changements depuis ses débuts, le courtier matrimonial est toujours garant de la moralité de la promesse de mariage et est aujourd'hui devenu une fonction primordiale (2) et inévitable (3) pour les juifs orthodoxes.

1. Une fonction traditionnelle primordiale

« Faisons l'Homme à notre image » est d'après le Midrash⁵¹, une invitation de Dieu à l'Humanité toute entière de s'associer à l'œuvre de la Création en la perpétuant. Pour cela, il est nécessaire que les hommes et femmes se marient, car s'ils restent célibataires, ils manquent à la finalité de cette mission et Dieu a dit : « Il n'est pas bon que l'Homme soit seul »⁵².

La fonction de courtier matrimonial est donc primordiale dans la communauté juive. Son apparition dans la communauté date, effectivement, des débuts du peuple juif

⁵¹ Exégèse des textes bibliques.

⁵² Genèse 2.18-24

(a). Cette profession primordiale (b) a, d'ailleurs, bénéficié d'un regain d'intérêt (c) après un léger déclin.

a- Apparue dès les débuts du peuple juif

La tradition du marieur juif, « Chadkhan »⁵³ en hébreu, remonte à Eliezer, le serviteur d'Abraham, qui fut le premier courtier matrimonial qui fut connu l'humanité⁵⁴.

L'histoire, telle que racontée dans la Bible⁵⁵, débute lorsqu'Abraham, après la mort de sa femme Sarah, décida de chercher une épouse pour son fils Isaac à l'étranger.

En effet, selon lui, les filles du pays de Canaan⁵⁶, ne convenaient pas à Isaac, car elles avaient pour réputation d'être libertines, sans valeurs morales. C'est pourquoi, il envoya son intendant Eliezer trouver une femme digne de son fils et lui fit promettre, sous serment, de la choisir « parmi les membres de sa famille et de la maison de son père ».

Eliezer accepta cette mission et en arrivant sur le lieu de naissance de son maître, il rencontra Rebecca, fille de Bathuel, neveu d'Abraham. Il lui fit passer des examens afin de savoir si elle possédait des qualités de bonté et d'hospitalité. Rebecca se révélait avérée être une fille généreuse, accueillante et désintéressée, ainsi que bienveillante à l'égard des étrangers et de leurs animaux⁵⁷.

Eliezer convaincu d'avoir trouvé la femme convenant à Isaac, il lui présenta et ce dernier l'épousa.

Depuis, le courtage matrimonial est considéré comme une tradition très honorable dans la mesure où le courtier est chargé d'une tâche vitale, celle de régler des unions durables. Il va donc de soi que c'est une personne foncièrement intègre,

⁵³ Vient du verbe « chadèkh » qui signifie en araméen : « trouver la sérénité, être calme ». Autrement dit, marieur-chadkhane est celui qui conduit un jeune homme et une jeune fille vers une vie de tranquillité, une vie d'équilibre et de bonheur. Signifie dans la littérature rabbinique « négociateur », « arrangeur ». (Michna, Traité shabbath.150a, Midrache rabbah (corpus qui réunit l'essentiel de l'exégèse juive des premiers siècles)

Corpus qui réunit l'essentiel de l'exégèse juive des premiers siècles)

⁵⁴ LAAM (M), « Marieur, Marieuse, Mariez moi ! », <http://www.lamed.fr>

⁵⁵ Genèse 24, 1-67

⁵⁶ Canaan : apogée terme utilisé dans le récit biblique pour décrire la partie du Proche-Orient située entre la Méditerranée et le Jourdain qui correspondait à la terre d'Israël.

⁵⁷ Eliezer l'attendu devant le Puits d'eau et lui demanda de lui donner à boire, elle lui donna à lui et à ses chameaux sans qu'il le lui en fasse la demande.

avec la capacité de juger équitablement, d'autant que pour la tradition juive, le mariage n'est pas l'apogée, mais le germe de l'amour.

« La plupart des mariages juifs sont contractés non pas sous l'emprise de la passion amoureuse, mais sous celle de la raison⁵⁸ ». L'élan romanesque éprouvé par deux personnes n'est pas considéré par les rabbins comme une base suffisante pour que le mariage soit réussi. C'est là toute l'importance du rôle du marieur, qui sert à réduire les risques de séduction entre les personnes. Il fonde ses choix sur les qualités de piété, d'intelligence et de compétence afin d'aboutir à la formation de mariages durables et stables sur le plan de la morale des époux.

C'est durant la période la plus obscure de l'oppression et lors de la dispersion des juifs exilés en Europe que le rôle du courtier matrimonial juif atteint son apogée. L'institution du courtage matrimonial « chadchanut » occupe alors un rôle de stabilisation et d'encouragement. Elle intervient au moment où l'existence du peuple juif est en danger, lorsqu'il s'agit de survivre et que semblent menacées de disparaître les règles, préceptes de moralité individuelle.

Cependant, ce n'est qu'à partir de la deuxième moitié du douzième siècle que le courtier matrimonial est fréquemment mentionné dans la littérature rabbinique. Cette apparition tardive s'explique au regard des changements qui ont connus les lois rabbiniques relatives au mariage.

Auparavant, la célébration du mariage se constituait en deux phases distinctes: les fiançailles et le mariage. Il n'était donc pas nécessaire d'organiser un contrat formel entre les deux parties au préalable.

Les fiançailles qui avaient lieu longtemps avant le mariage étaient en quelque sorte une promesse de mariage.

Cette pratique était similaire à celle appliquée par le droit canonique au XIIe siècle durant lequel le mariage se déroulait en deux étapes : mariage *par verba de futuro* (par paroles de futur), qui correspondait aux fiançailles et supposait une ratification du mariage par la consommation ou l'acte de confirmation, et mariage

⁵⁸ SELAH (N) : <http://www.nrg.co.il/online/54/ART2/143/767.html>
11/8/2010

par verba de presente (par paroles de présent), qui correspondait au mariage conclu par l'échange des consentements.

En droit rabbinique, sous l'influence des coutumes à la fin du onzième siècle et début du douzième, en France, Allemagne, Pologne et Espagne, ces deux phases initiales se sont progressivement fusionnées, car elles s'effectuaient au même moment (pour éviter la rupture éventuelle qui posait problème).

Il faut, par ailleurs, souligner qu'à cette époque, il n'y avait pas d'entremetteurs au sein de la communauté juive sépharade, contrairement à la communauté juive ashkénaze, alors que les deux communautés suivaient les mêmes règles en matière de promesse de mariage et de mariage⁵⁹.

Le Rabbin YEROUHAM d'Espagne⁶⁰ a défini la notion de courtier matrimonial de la manière suivante : « le courtier matrimonial est un proxénète⁶¹ qui négocie le mariage »⁶².

Les premières mentions concernant le courtage matrimonial sont apparues dans les écrits de deux grands rabbins au début du treizième siècle : le Rabbin SIMSON BEN ABRAHAM DE SANZ et le Rabbin SIMHA BEN SAMUEL DE SPIRE.

En effet, selon l'avis du Rabbin SIMSON BEN ABRAHAM DE SANZ, le métier de courtier matrimonial n'est pas très bien considéré car auparavant le courtage se faisait bénévolement⁶³. Comme il n'est pas considéré comme honorable voir humiliant, le Rabbin SIMSON suggérait que les entremetteurs de mariage mériteraient un salaire respectable, d'autant que, selon lui, ce métier ne pouvait pas être exercé par n'importe qui⁶⁴.

Le Rabbin SIMHA BEN SAMUEL DE SPIRE, partageant le même avis, était pour une rémunération élevée des courtiers. Selon lui, les entremetteurs de mariage sont

⁵⁹ NEUMAN (A.A), *The Jews in Spain*, Philadelphia, Tome II. 1948. P. 25.

⁶⁰ Yerouham ben Meshoulam (1290-1350 Tolède)

⁶¹ Le terme proxénète vient du grec *πρόξενος* *proxénétos* et du latin *proxeneta*, qui veulent dire "courtier entremettant". Il désignait au départ celui qui servait d'entremetteur dans une affaire commerciale. À partir de la fin du XVII^e siècle, les *proxénètes* se spécialisèrent dans l'entremise des mariages et rendez-vous galants. C'est ce sens qui est resté aujourd'hui. Définition du wiktionary : <http://fr.wiktionary.org/wiki/prox%C3%A9n%C3%A8te>.

⁶² SHILO (S), « Le courtier matrimonial en droit hébraïque » Revue de Droit Israélienne « Mishpatim » VI, 1972. P. 361

⁶³ Le Rabbin SIMSON BEN ABRAHAM (1150-1230), connu sous le nom de "Prince de Sanz"

⁶⁴ SHILO.Op.Cit.P.363

différents. Certains ne méritent rien, alors que d'autres, qui ont appris leur métier auprès des proxénètes et sont « de bons négociateurs », méritent de percevoir une rémunération bien plus élevée⁶⁵.

C'est à compter du treizième siècle que l'activité des courtiers a connu un plus grand succès. Le Grand Rabbin DE ROTHENBURG (1215-1293), avait de la sympathie pour les courtiers, mais il préconisait la diminution de leur salaire car, à cette époque, les courtiers en provenance d' Erfurt réclamaient des honoraires excessifs à leur client.

A la fin du Moyen âge, ressurgit un nouveau modèle de courtier matrimonial, le marieur professionnel rémunéré pour son travail car l'estimation de la prestation fournie par un courtier ne se faisant plus en fonction des efforts fournis, ce qui importait était le professionnalisme du courtier.

Les persécutions du treizième siècle ont ravagé et éparpillé le peuple juif sur tout le continent, ce qui a séparé et exilé des communautés entières. Le rôle des « marieurs », à ce moment là, était donc essentiel pour la survie de ces communautés⁶⁶.

Ainsi, au quatorzième siècle, l'institution du courtage matrimonial en Europe et surtout en France, constituait une source financière très importante aux rabbins de l'époque.

Des grands savants, tels que le Maharal⁶⁷, gagnaient leur vie en tant que courtiers matrimoniaux. On disait des Rabbins-courtiers qu'ils avaient tellement monopolisé le marché du mariage, qu'il devenait presque impossible pour un père de marier sa fille sans recourir à eux.

⁶⁵ Le Rabbin SIMHA BEN SAMUEL DE SPIRE était allemand (13ème siècle), les dates de sa naissance et de sa mort ne sont pas connus. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et Responsa qui sont mentionnés dans la collecte des responsa de Rabbi MEÏR DE ROTHENBURG (n^{os} 573, 927, 931, 932) et dans les livres de plusieurs auteurs anciens.

⁶⁶ SHILO.Op.Cit. P.365

⁶⁷ Maharal de Prague : Rabbi Yeouda Loew ben Bezalel 1512-1609 (") est l'anacronyme de l'hébreu de : Moreinou ha-Rav Loew, c'est-à-dire "Notre maître le Rabbi Loew». Ce grand rabbin fut l'un des penseurs juifs les plus originaux de la période post-médiévale. Il figure dans la liste des personnalités les plus illustres du monde, établie par l'Organisation des Nations unies pour l'Éducation, la Science et Culture.

Les Responsa⁶⁸ rabbiniques médiévales ont enregistré et répertorié toutes les questions et les réponses relatives au paiement des honoraires du courtier. Sa rétribution était fonction du succès de son travail. Lorsque sa prestation aboutissait à un mariage exceptionnellement réussi et heureux, il était en droit de réclamer raisonnablement le double de son salaire.

En revanche, lorsque ce n'était pas le cas, que le travail du courtier aboutissait à un mariage malheureux, ce dernier pouvait être exclu (rejeté par la communauté) et privé de ses honoraires.

Dans ce sens, les rabbins du Talmud déclaraient, à propos de D.ieu (le premier courtier matrimonial au monde) qu'il : « Unit deux personnes, même s'il doit les amener des quatre coins de l'Univers⁶⁹ ».

Le Courtier matrimonial traditionnel voyageait de ville en ville en dépit du danger que représentaient au Moyen âge les brigands de grands chemins. Il faisait preuve de courage et de talent de médiation.

Ainsi, le marieur juif unifiait des communautés juives entières. Il avait, en outre, les fonctions vitales d'informer sur les événements qui se produisent dans les diverses communautés juives éloignées et d'encourager les petits groupes de juifs désespérés en leur montrant qu'ils faisaient partie de l'ensemble plus étendu des juifs et qu'ils étaient reliés aux larges centres urbains.

En conséquence, le courtier matrimonial, familier avec des dizaines de familles, détenait la clé de mariages réussis et le risque de mariage mixte, sujet à inquiétude pour les parents, était insignifiant dans la mesure où le conjoint n'était pas choisi de façon aléatoire.

L'entremetteur de mariage veillait non seulement aux qualités intérieures des futurs époux, mais se chargeait aussi d'harmoniser les lignées familiales et leurs niveaux économiques et intellectuels. L'avenir des familles dépendait de leur réputation religieuse et morale.

A cette époque, et c'est encore le cas aujourd'hui les parents aisés avaient un idéal, celui de marier leur fille avec un étudiant en Torah⁷⁰. Grâce à son génie, seul le

⁶⁸ Les Responsa sont les réponses des autorités rabbiniques à des questions de vie quotidienne et religieuses répertoriées dans un livre (En hébreu Sheelot vetshouvot; Questions et Réponses).

⁶⁹ LAAM. M. : Lamed.fr - Article - Marieur, Marieuse mariez-moi! Précité

courtier matrimonial savait arranger cela en unissant l'intelligence et la richesse. Il rendait, donc, un grand service à la société, car le pauvre savait que la meilleure solution pour sortir de la misère était de réussir intellectuellement en étudiant la Torah.

b- Une place primordiale dans la communauté

Le courtier matrimonial occupe donc une place importante dans la vie juive et ce depuis bien longtemps.

Comme vu précédemment, la tradition du marieur ou chad'han existe depuis longtemps dans la vie juive et est considérée comme une fonction particulièrement honorable.

Son rôle atteint son apogée lors des périodes les plus sombres de l'oppression et de la dispersion des Juifs exilés en Europe. Plus particulièrement au XIIIe et XIVe siècles, lorsque les Croisades ont ravagé le peuple juif et l'ont éparpillé sur tout le continent.

Bien que la beauté fût un critère pris en considération, le chad'han ne favorisait pas les unions en raison de facteurs physiques. Au contraire, il fondait ses choix sur des qualités de piété, d'intelligence et de compétence afin d'assurer au mieux un degré de stabilité morale des membres de la communauté.

Comme vu précédemment, le chad'han professionnel, payé pour son travail, apparaît vers la fin du Moyen Age. La loi juive reconnaissait la profession, fixait le mode de sa rétribution et stipulait qu'il devait être payé plus cher lorsque les deux fiancés habitaient des endroits très éloignés l'un de l'autre.

Les parents des candidats au mariage avaient donc beaucoup de respect pour les courtiers, car ils se pressaient de marier leurs enfants à temps et faisaient confiance aux promesses faites par les courtiers.

Toutefois, ces derniers profitaient de cet état de détresse et de la naïveté des parents, exagéraient les qualités des candidats et mentaient à propos de leurs dots.

⁷⁰ Choulhan Aroukh. Even Haezer. 2/6 : On doit s'efforcer de choisir comme époux/se la fille ou le fils d'un Talmid Hakham (Savant dans la Torah)

Ainsi, selon le témoignage du Rabbin Jacob ben Yehouda d'Allemagne⁷¹, un des grands sages Ashkénaze au XVe siècle, les courtiers étaient connus pour « être malhonnêtes afin de gagner plus d'argent ». A ce propos, les juifs d'Europe centrale avaient trouvé une signification humoristique au mot *ḥa.d.k.ane* (marieur). Selon eux c'est l'acronyme de : « *chékèrè dovèrè, késsèf notèrè* », ce qui se traduit par : « le mensonge il parle, l'argent il réclame. »

Pourtant, les annulations de mariage ou saisines des juridictions étaient peu courantes. Dans ce sens, le Rabbin Salomon Ben Yossef EMARLIV (1748) relève que : « les courtiers mentent souvent sur l'âge des candidats juste pour aboutir au résultat souhaité »⁷². A titre d'exemple, il rapporte l'histoire d'un courtier qui avait menti sur l'âge de la future mariée (16 ans au lieu de 12 ans). Lors de la découverte de la vérité, le fiancé voulait annuler le mariage, mais son entourage finissait par l'en dissuader⁷³. Ce type d'incidents arrivait même avec des courtiers Rabbins, comme le précise le Rabbin Izaac Bar Sheshet (1326-1408) dans son Responsa⁷⁴.

En dépit de cette mauvaise réputation, le courtier matrimonial était, selon le droit rabbinique, en droit de réclamer ses honoraires suite à la signature du contrat de promesse de mariage entre les parties, comme tout courtier. Et ce du fait du caractère primordial de sa profession, sans laquelle les couples ne pourraient se former.

Ce statut primordial se est surtout fait ressentir à l'époque de l'ancien village juif, au XIXe siècle, avant la création de l'Etat d'Israël. Le courtier matrimonial traditionnel jouait, en effet, un rôle très utile dans la mesure où les hommes étaient éloignés des filles, alors qu'ils arrivaient à un âge où ils devaient se marier, car la fondation d'un foyer juif était sacrée⁷⁵.

Le président de la Haute Cour de justice, Zemann HESHIN, connu comme un des plus grands juges de la justice israélienne, donne dans son ouvrage⁷⁶ une longue

⁷¹ RESPONSA MAHARI VIL (Jacob Ben Juda WEIL XVe S):

www.responso.co.il/search/_page10.aspx

⁷² EMARLIV (S): *Ḥerem Shlomo* Thessaloniki. 1719 Responsa au Choulhan Aroukh. Yoré Deá. 24 (in Z. Hashin. Op. cit. p. 102) <http://www.hebrewbooks.org/215>

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Responsa HARIBACH.248 (in Hashin Z P. 103)

⁷⁵ Ibid. p. 86

⁷⁶ HESHIN (Z) : « Rire et pleure au Tribunal ». Jérusalem. Ed. Bronfman. 1982.

description sur le sujet. Selon son récit, la population du village juif veillait avec soin sur la pudeur et l'innocence des jeunes gens. Les jeunes gens ne pouvaient donc pas choisir librement leurs âmes sœurs comme aujourd'hui. Le courtier intervenait donc pour apporter les offres de mariage et servait d'intermédiaire entre les familles pour les conditions financières et les questions de dot. Dans ce cadre, il devait faire en sorte de présenter le garçon à la fille. Il était très difficile à cette période d'organiser ces rencontres. La structure de l'ancien village juif jouait un rôle important en la matière et rendait difficile les rencontres⁷⁷. Le village juif à Jérusalem, à cette période, se trouvait dans l'ancienne ville, entre les murailles. Il n'y avait pas de places publiques et personne, à part le courtier, ne pouvait penser à présenter une jeune fille qui restait chez elle à un jeune homme qui ignorait son existence. Le courtier matrimonial organisait donc les rencontres en dehors des murailles en organisant une promenade pour les deux protagonistes accompagnés d'un membre de leur famille ou d'un ami. Ces promenades conduisaient à une rencontre. Le courtier arrangeait ensuite une rencontre entre les deux familles afin de procéder à la rédaction du contrat de la promesse de mariage⁷⁸.

Le juge HESHIN se fait, dans son récit, l'avocat du courtier matrimonial et expose les difficultés que rencontrait parfois ce dernier pour se faire rémunérer alors que sa fonction était essentielle, voir indispensable pour la constitution d'un couple⁷⁹.

Bien que les courtiers traditionnels n'aient pas pour habitude de rédiger des contrats de courtage matrimonial, les plus anciens d'entre eux prenaient, toutefois, la peine d'élaborer un acte écrit, rédigé de façon primitive, afin de servir de preuve en cas de litige⁸⁰.

Cependant, certains courtiers matrimoniaux profitaient de la délicatesse du sujet pour obtenir une rémunération plus importante. En effet, bien souvent les parties préféraient trouver un arrangement discret pour leur litige, ce qui ouvrait des portes aux courtiers malhonnêtes qui faisaient des chantages à leurs clients⁸¹.

⁷⁷ Ibid. p. 87

⁷⁸ Ibid. p. 88

⁷⁹ HESHIN (Z). Op. cit. p. 88

⁸⁰ Op. Cit. p. 95

⁸¹ Op. Cit. p. 90

Cette profession était assez mal organisée, ce qui donnait lieu à différents litiges entre courtiers. Les courtiers se faisaient, effectivement, des procès entre eux. Surtout lorsque plusieurs courtiers intervenaient pour un même courtage à des phases différentes de la relation. Ces situations ont conduit les tribunaux rabbiniques à intervenir. Ces derniers ont instauré des règlements pour la répartition des honoraires lorsque plusieurs courtiers interviennent⁸². Ces règles seront développées dans la partie consacrée à la rémunération des courtiers.

Peu à peu, au cours des siècles, le besoin social de chad'han diminuait. Les communautés étaient plus stables, les transports et la communication étaient plus faciles et les Juifs se regroupaient dans les grandes villes. Ce qui facilitait les rencontres et rendait inutile l'intervention du chad'han.

c- Un regain d'intérêt

Progressivement, au cours des siècles suivants, la diminution des besoins sociaux faisait disparaître la demande. Les mœurs changeaient. Petit à petit, on assistait au déclin de cette institution. Les jeunes gens se trouvaient soudainement émancipés et cherchaient à vivre à titre personnel les idéaux romantiques dont ils s'étaient imprégnés. La clientèle traditionnelle du courtier matrimonial, de crainte d'avoir l'air d'être « incapables », ne faisait plus appel à ses services.

Monsieur le Rabbin Maurice LAAM décrit ce déclin : « le chad'han (le courtier matrimonial) voyait son image de messager céleste, accomplissant la volonté divine, se transformer en celle d'un simple négociant en viande »⁸³.

Ce qui n'est pas sans rappeler l'image du courtier matrimonial en droit français, suite au vote de la loi de 1989 qui qualifie l'agent matrimonial de pur commerçant et ses clients de consommateurs.

De nombreux commentaires dédaignant les techniques du marieur ont été observés vers la fin du seizième siècle. Pourtant, c'est seulement à cette période que la communauté juive sépharade⁸⁴ commence à avoir recours au courtier matrimonial.

⁸² ASSAF (SH) : « Les Tribunaux et leur organisation après le Talmud » Jérusalem. 1023. p. 58. Remarque 2.

⁸³ LAAM (M), « Marieur, Marieuse, Mariez moi ! », <http://www.lamed.fr>

⁸⁴ Les juifs originaires d'Espagne ou du Maghreb.

Toutefois, on observe une réapparition du courtage matrimonial ces dernières années avec le retour du judaïsme orthodoxe pour lequel la société contemporaine vit un recul de l'ordre moral avec l'émergence du courtier matrimonial moderne.

Le chad'han est effectivement réapparu comme une profession capitale, avec en poche un diplôme universitaire, en mettant à la disposition du public une base de données informatisée de propositions de mariage.

Les communautés orthodoxes, particulièrement aux Etats-Unis, exploitent les services de ces modernes courtiers en mariage. Ces chad'hanim sont très répandus dans les grandes villes comme Paris, New York ou Los Angeles.

C'est d'ailleurs à Los Angeles que le Rabbin Yaacov DEYO, diplômé de Harvard, avait inventé, à la fin des années quatre vingt dix, une forme moderne de rencontre : le Speed Dating⁸⁵. L'objectif initial était de préserver la culture juive en incitant aux mariages intra-communautaires.

A l'époque, selon l'Institut Aish Ha Torah Yeshiva, dont Yaacov DEYO était le dirigeant, le Speed Dating était « une façon excitante, rapide et décontractée de rencontrer des célibataires juifs de qualité »⁸⁶.

Dans « *Speed Dating. The Smarter, Faster Way to Lasting Love* »⁸⁷, le Rabbin expliquait les stratégies pour évaluer rapidement le potentiel d'une relation.

Ce qui rappelle les objectifs des courtiers matrimoniaux juifs traditionnels.

Depuis lors, le concept a fait des émules dans d'autres communautés et dans d'autres pays. Il est arrivé en France en 2002. Le speed Dating⁸⁸ se déroule en général dans un lieu agréable, bar ou café, où sont réunies autant de femmes que d'hommes. Les paires se forment pour un tête-à-tête de sept minutes précisément (le chiffre sept étant sacré dans le judaïsme). Un gong marque la fin du temps imparti, et les couples changent de partenaire. Quand tous les hommes et les

⁸⁵ « Speed dating », marque déposée par Yaacov Deyo. Terme anglo-saxon qui signifie littéralement en français les « rencontres rapides » ou les « rendez-vous express ».

⁸⁶ Exposé sur le SpeedDating apparue sur le site de l'Institut à cette époque.

⁸⁷ « *Speed Dating. The Smarter, Faster Way to Lasting Love* » (= SpeedDating. La manière la plus fûtée et la plus rapide de faire durer l'amour), de Yaacov Deyo, coécrit avec son épouse, Sue Deyo. Edition HarperCollins (USA), 2002.

⁸⁸ <http://www.coups-2-foudre.com/tchat/speed-dating>.

femmes se sont rencontrés, les participants remettent à l'organisateur le (ou les) nom(s) des personnes qu'ils souhaiteraient revoir.

L'organisateur leur communique les coordonnées des personnes retenues. Ces rencontres express ont démontré leur efficacité, car 85% des utilisateurs obtiennent au minimum un rendez-vous et 80% des personnes qui ont testé ce type de rencontre renouvellent l'expérience.

Ce nouveau modèle de courtier, au statut d'entrepreneur privé, connaît un grand succès, particulièrement au sein de la communauté orthodoxe des Etats-Unis et dans de grandes villes comme Paris. On constate que cette profession bénéficie d'une bonne considération dans la communauté dans la mesure où les courtiers, qui sont souvent des rabbins ou des organisations juives officielles, font rarement de la publicité et se font connaître par des recommandations personnelles. Ce sont des marieurs dont le rôle est de permettre à de jeunes juifs, désirant se marier avec une personne de la même religion, de se rencontrer. Ils garantissent un grand nombre de rencontres, dans un temps assez court, afin de privilégier des mariages entre juifs.

Bien que touchés par cette mode, les courtiers matrimoniaux français sont aussi passés par différentes étapes dans l'histoire du courtage. L'appréhension légale de cette profession en France remonte à l'Antiquité.

En dehors du droit romain, le droit grec a également servi de source au droit français.

En Israël, les nouvelles vagues d'immigration ont également contribué à la modernisation de cette profession. La clientèle, devenue plus moderne et plus variée, a contraint les courtiers à se réorganiser sur une base de réciprocité et de collaboration. Ils considéraient, en effet, leur profession comme un outil permettant d'œuvrer pour le bien commun, mais aussi et surtout comme une source financière importante qu'il faut améliorer et modifier pour oublier l'image ternie du courtier traditionnel⁸⁹ qui, aujourd'hui moderne, est, dans la communauté juive pratiquante, inévitable dans la vie d'un couple.

⁸⁹ HESHIN .Z. Op. cit. p. 96

2. Une exigence absolue pour la communauté juive orthodoxe

Durant le XXe siècle, la profession et les pratiques de courtier matrimonial ont beaucoup évolué dans la société juive.

Au début du siècle, la profession avait un statut essentiel et ses pratiques s'apparentaient à celles des courtiers matrimoniaux du moyen âge.

Cependant, l'influence du droit anglais amenait les tribunaux à réaffirmer le caractère fondamental du consentement en matière de mariage. Selon l'arrêt *Hermann v. Charlesworth*, rendu par la Cour anglaise en 1905, en matière de rémunération de courtier matrimonial : « le choix du conjoint ou de la conjointe est un choix libre de toute influence ou pression étrangère. Le fait pour un père, sans raison, d'user de son pouvoir d'influence sur sa fille, ou encore l'intervention d'une tierce personne de lui trouver l'âme sœur en échange d'une somme d'argent induisent à la conclusion d'un mariage échoué car non basé sur le libre choix des candidats. L'accord de la rémunération du courtage matrimonial est contraire à l'intérêt public et le tribunal n'assistera pas ce type de contrat »⁹⁰.

Par conséquent, le droit rabbinique attachait, et attache toujours, une grande importance au consentement. Néanmoins, à la différence de nombreux systèmes démocratiques tels que la France, le droit n'oppose pas la liberté de mariage à l'intervention du courtier matrimonial ou à l'existence contractuelle de la promesse de mariage. En effet, l'arrêt *Hermann* sanctionne les dérives de la profession, mais pas la profession.

Dans les années 1936-1939, durant la période de stagnation en Israël, les courtiers utilisaient beaucoup la presse afin d'organiser des rencontres. Des annonces matrimoniales figuraient dans les journaux et étaient rédigées de la sorte : « courtier matrimonial connaît un homme âgé de x années, originaire de tel pays, cultivé et sérieux, qui serait intéressé de rencontrer une fille aisée dont les parents sont capables de lui trouver un travail qui rapporte, peu importe son origine ». Ou encore des annonces de ce type : « jeune fille âgée de x années, sympathique et intelligente de bonne famille, parlant plusieurs langues, souhaite rencontrer un

⁹⁰ *Hermann v. Charlesworth*. 1905 2K. 123

homme stable ; est prête à déménager même à la campagne »⁹¹. Bien que ces annonces aient pu être passées par les jeunes gens intéressés eux-mêmes, l'intervention du courtier était inévitable car il était encore inconcevable, à cette époque, que les personnes des deux sexes se rencontrent seules, spontanément, sans personne pour les présenter.

Dans les années 1940-1945, connues comme une période de prospérité en Israël, le ton change et les annonces étaient rédigées différemment : « courtier connaît un homme âgé de x années possédant un commerce important en plein centre ville et dont le revenu mensuel est de tant d'argent. Intéressé par une jeune et jolie fille âgée maximum de x années. Son statut financier lui importe peu, quelle soit de préférence originaire d'Europe centrale ». Ou encore : « jeune et jolie fille, possédant un patrimoine personnel s'élevant à x montant et propriétaire d'un appartement meublé comprenant x pièces. Intéressée par un homme ne dépassant pas l'âge de x années, peu importe sa situation financière, ses parents s'en occuperont, peu importe ses origines »⁹². A cette époque encore les courtiers servaient d'intermédiaires pour les mêmes raisons qu'en 1936-1939.

Progressivement, la profession s'est perfectionnée et est devenue plus prudente et prévoyante en ne se contentant plus de promesse de perception d'honoraires. Les courtiers ont, effectivement, fini par exiger le paiement d'une partie à l'avance et le reste dû par traite ou la remise d'une lettre par laquelle le candidat s'obligeait à payer le restant dû.

Toutefois, lorsqu'ils ne possédaient pas de preuves écrites conformes aux exigences de la loi pour faire prévaloir leur dû, les courtiers devaient, et c'est toujours le cas aujourd'hui, se contenter de la loi rabbinique, la coutume et l'analyse d'expert. La somme à payer au courtier était, en effet, évaluée à défaut de contrat le précisant. Effectivement, en fonction du cas d'espèce, l'expert évaluait, dans le respect des coutumes et de la loi rabbinique, la rémunération du courtier. Ainsi, un expert considérait qu'« au regard des lois hébraïques, chaque partie au contrat » devait « verser au courtier 2% de la dot, soit pas moins de 50 Livres israéliennes ».

⁹¹ Op. cit. p. 97

⁹² Op. cit. p. 98

Aujourd'hui, selon le juge HESHIN, « il n'y a pas de règles fixes en la matière, ce qui importe c'est de rémunérer le courtier qui accomplit une tâche difficile, aussi difficile que la traversée de la mer rouge⁹³, étant donné que les candidats changent d'avis facilement et que le courtier utilise différentes ruses pour convaincre les jeunes gens à se mettre ensemble»⁹⁴.

En effet, lorsque le courtier matrimonial d'aujourd'hui suggère un candidat au mariage, cette personne a fait l'objet de renseignements approfondis auprès de ses professeurs d'école, ses proches, voisins, connaissances attestant de ses qualités et de sa personne. Ces dernières années ont connu de nouvelles techniques de vérification d'information, presque scientifiques, concernant les candidats. L'examen le plus redouté est sans doute la vérification concernant l'état de santé. Ainsi, dans les magazines orthodoxes figurent souvent des annonces des associations juives qui proposent aux parents, cherchant un bon shiddoukh, en bonne santé pour leur enfant, de venir accompagner du/de la candidat(e) au mariage pour lui faire des examens médicaux attestant qu'il/elle ne souffre d'aucune maladie dangereuse. Les annonces garantissent aux parents que les examens médicaux sont faits sous l'autorisation de grands Rabbins⁹⁵.

Le courtier moderne possède désormais des techniques professionnelles : il travaille dans un cabinet qui se situe souvent en plein centre ville et expose ses jours et horaires d'ouverture. Il fixe des rendez vous professionnels et ne néglige pas les moyens de publicité. Il a une certaine éthique professionnelle et conserve minutieusement le secret professionnel concernant les informations qui lui ont été transmises à l'écrit ou à l'oral jusqu'à ce que l'affaire arrive devant le juge. Il publie des annonces matrimoniales dans les journaux⁹⁶.

Les points essentiels vérifiés par le courtier matrimonial contemporain sont donc : la classe sociale, l'état de santé, la situation financière et plus particulièrement pour les candidats masculins : le courage, la pratique de la prière, les résultats dans l'étude de la Torah et le potentiel pour devenir Rabbini ou juge de tribunal

⁹³ D'ailleurs, il est écrit dans le Talmud que « il est plus facile de couper la mer des joncs que de former un couple. » http://haim.harboun.free.fr/le_guide_du_chidoukh.htm

⁹⁴ Op. cit. p. 100

⁹⁵ KATAN H. « *Dissimulation d'information dans les Shiddoukhim* » *Rev. Thumin*. vol. 25: 47-58, 2005.

⁹⁶ HESHIN.Z. Op.Cit. P.101

rabbinique. Pour les candidates féminines : le niveau de pudeur (mesuré par le comportement et l'habillement : la couleur des chaussettes, la longueur des manches), la sérénité, le courage, le silence, la bonté, la rapidité et l'obéissance et l'éducation religieuse orthodoxe⁹⁷. En effet, il est dit dans le Talmud⁹⁸ que le juif possède trois traits caractéristiques : retenue et pudeur, miséricorde, amour du bien. Celui qui ne possède pas ces vertus ne mérite pas qu'on s'allie à lui⁹⁹.

Toute personne atteignant l'âge du mariage est inscrite sur la liste du courtier matrimonial. Le carnet du courtier comporte les informations relatives au candidat potentiel. Par exemple, un jeune homme âgé de 28 ans ayant étudié dans une telle yechiva, cherche une jolie jeune fille jusqu'à l'âge de 25 ans, religieuse, européenne, de préférence d'origine Hongroise.

Ainsi, dans la communauté orthodoxe, le courtier matrimonial est surnommé le médecin car, comme le médecin qui guéri les malades, il n'est que le messenger de D.ieu. Le destin est déjà prédit avant la naissance dans le judaïsme, et D.ieu se sert du courtier matrimonial pour concrétiser sa volonté.

Selon des statistiques récentes, faites auprès d'un échantillon de la société israélienne afin de déterminer le biais par lequel les personnes qui se sont mariées se sont connues¹⁰⁰ : 9% se sont connues seules, 18% grâce à la famille, 28% grâce à des courtiers matrimoniaux et 44% grâce à des amis.

Par conséquent, la place des courtiers matrimoniaux dans la communauté juive est toujours importante, mais n'est primordiale que pour une partie de la population : les juifs orthodoxes pour lesquels les rencontres nécessitent toujours un intermédiaire.

3. Le courtage matrimonial obligatoire

L'homme et la femme ne peuvent se rencontrer sans l'aide d'une troisième personne. Sans intermédiaire pour les présenter au vu d'un mariage, la rencontre serait contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. La suite logique d'une

⁹⁷ COHEN.M : Courtage matrimonial dans la société orthodoxe.12.2006, http://mabtlim.com/mamar.asp?mamar_id=40

⁹⁸ Talmud.Yebamot. 71a

⁹⁹ HASSAN A. : *Choul'hane Aroukh*". Ed. Hasdei LEA.1989.P.396

¹⁰⁰ Sondage opéré sur 150 personnes par ASIK GOOD: www.mabtlim.com/survey

rencontre, organisée par un courtier juif, aboutissant à un désir de mariage est la promesse de mariage (Shiddoukhim)¹⁰¹.

Dans la communauté juive, la fondation d'un foyer est comparée à la construction du temple hébraïque. Tout doit être fait avec précaution, en respectant les usages. Tout est important : le comportement, le langage, l'habillement et la pudeur de la femme. Une femme doit être discrète, s'habiller et parler convenablement puis bien se tenir. Ainsi, les docteurs du Talmud interdisaient toute discussion d'une femme avec un homme « derrière une barrière », c'est-à-dire toute discussion entre de jeunes gens des deux sexes, seuls à seuls. A défaut, la jeune femme non mariée profane sa sainteté et est alors considérée comme une prostituée¹⁰². Il est donc nécessaire de se rencontrer en présence et avec l'aide d'une tierce personne. C'est au courtier matrimonial qu'incombe cette mission d'intermédiaire depuis des siècles dans la religion juive¹⁰³. Il s'agit d'une coutume implantée depuis plusieurs générations.

Le courtier professionnel que l'on doit payer n'est pas obligatoire, mais le courtage matrimonial est obligatoire en droit rabbinique afin de se marier.

La conception de l'amour dans la communauté juive orthodoxe en Israël ou ailleurs n'a rien en commun avec la conception moderne laïque du citoyen du monde occidental qui est assimilée aux yeux des religieux à celle des films Hollywoodiens traditionnels. Pour la population juive orthodoxe, la notion de l'« amour » n'existe qu'envers D.ieu. Le journaliste juif orthodoxe M. Glis décrit cette différence en précisant que « la relation entre un mari et sa femme concrétise le lien avec D.ieu. Plus cette relation est solide, plus la croyance et la connexion avec D.ieu est forte »¹⁰⁴.

Ainsi, le courtier matrimonial, auquel font appel les familles dans la communauté orthodoxe, surtout ashkénaze, a un rôle clé. Le courtage matrimonial étant un pré-

¹⁰¹ TALMUD. Yabamot.52a ; RAMBAM. Ishout. 4a ; Choulhane Aroukh.Even Haezer.26-1 : "

¹⁰²ZEND. (Z) NETIVEI HASHIDOUH : « Les règles de loi Rabbinique en matière de courtage matrimonial : Mode d'emploi ». Petah Tikva, 2008. Ed. Medical Institute. P. 105

¹⁰³ GOLDBERG (J) : « le droit relatif aux courtiers : lois de courtage matrimonial ». Jérusalem. 2006, p. 24.

¹⁰⁴ Article de S. Zelsberg et O. Almog : « l'institution du mariage dans une société religieuse traditionnelle » : <http://www.peopleil.org/details.aspx?itemID=7755>

requis dans la mesure où pour des raisons d'ordre religieux, de pudeur, les hommes et les femmes ne peuvent pas se rencontrer seuls sans l'aide d'une tierce personne. Le courtier prend contacte avec la famille de la fille pour les prévenir qu'il a une proposition à leur faire.

Les Shiddoukhim font partie la plupart du temps des projets financiers de la famille et le courtier matrimonial doit agir en fonction de ces attentes.

Etre courtier matrimonial consiste, donc, en une réelle profession. Le courtage matrimonial est, en effet, une affaire et le courtier matrimonial, comme tout courtier, est celui grâce auquel l'affaire se conclue. Les deux parties veulent en tirer les meilleures conditions et c'est au courtier que revient la tâche de satisfaire au mieux les intérêts opposés, de suggérer des concessions et d'influencer les parties à concrétiser l'affaire. Nombreux sont les efforts que doit fournir le courtier matrimonial pour aboutir au Shiddoukh. Tout courtier sait qu'il doit mettre en relation des personnes issues de la même classe sociale avec des aspirations et une pratique de la religion communes.

Il faut, toutefois, faire une distinction des coutumes pratiquées au sein des deux plus grandes communautés juives orthodoxes Ashkénaze et sépharade : La communauté orthodoxe Ashkénaze a recours au courtier matrimonial professionnel qu'il faut obligatoirement rémunérer selon les règles applicables en la matière. Et la communauté orthodoxe sépharade, pour sa part, n'a pas pour coutume de rémunérer le courtier, souvent ils se contentent d'offrir un modeste cadeau, telle une plante¹⁰⁵.

Sous section 2 : Vers une loi relative au courtage matrimonial en droit israélien ?

En droit Israélien, le courtier conduit une activité commerciale dans le respect de la liberté matrimoniale. Toutefois, contrairement aux droits français et rabbinique, la profession n'est pas réglementée. Pourtant, elle gagnerait à être encadrée par une loi (2), bien que des arguments contre se tiennent encore aujourd'hui.

¹⁰⁵ Interview avec le juge du Tribunal Rabbinique de Tel-Aviv ; le Rabbin Joseph GOLDBERG, auteur du livre « le droit relatif aux courtiers : lois de courtage matrimonial », / rencontre au Tribunal Rabbinique de Jérusalem le 15 janvier 2010.

1. L'absence de règles spécifiques

Il n'existe aucune règle spécifique à l'activité de courtier matrimonial, ni même aux contrats de courtage matrimonial. Ainsi, que ce soit pour rédiger les contrats ou pour les services prodigués au client, il n'y a pas de réglementation. Seules les parties délimitent leur relation et définissent les missions et obligations du courtier dans le contrat de courtage. Ce qui crée une sorte « d'anarchie » et permet à certains charlatans de prospérer et profiter de la faiblesse et fragilité de personnes à la recherche de l'amour dans une société encore bien imprégnée des usages judaïques (il faut se marier avec un juif et procréer).

Cette situation ne changera pas tant que cette profession ne sera pas réglementée.

2. La nécessité d'une loi sur le courtage matrimonial

« Parmi les contrats qui ont besoin d'être réglementés dans une loi spéciale, on énumère le contrat de courtage. En effet, la jurisprudence israélienne est abondante en matière de contrat de courtage (surtout en matière immobilière) et la doctrine a beaucoup écrit dessus »¹⁰⁶. Les contrats de courtage sont très répandus et importants dans l'économie israélienne. Et, bien qu'ils ne concernent pas directement le courtage matrimonial, mais le courtage en général, le nombre d'arrêts concernant le problème des honoraires des courtiers suffit à justifier une législation spéciale en matière de courtage¹⁰⁷.

Le silence du législateur sur les questions de contrats de courtage et de contrats de prestation de service a fait naître un embarras concernant le devoir de confiance et de précaution qui pèse sur le courtier. A défaut d'une loi directe, certains juges sont tentés d'appliquer aux courtiers les règles relatives au mandat¹⁰⁸. Or, en droit israélien, contrairement au mandataire, le courtier ne dispose pas d'une grande autorité sur les biens et intérêts de son client. Par conséquent, tant que le législateur n'intervient pas en matière de courtage, il y a

¹⁰⁶ ZAMIR (E), « Vers une législation en matière de courtage en droit israélien », ouvrage en la mémoire de TEDSKI (G), 1995. P.225-261

¹⁰⁷ Ibid. P. 235

¹⁰⁸ Arrêt Rubinstein v Elkali JP 31 (2) 746 ; Lockman v Shif 308/74 JP 1977 (2) 480 19 oct. 1976

d'autres façons d'appliquer au courtier des obligations de confiance et de précaution : par l'interprétation du contrat en fonction des pratiques du commerce et les obligations des parties de se comporter de bonne foi¹⁰⁹.

C'est dans ce cadre que Helena AMRAM, directrice de la plus grande agence matrimoniale israélienne, nommée «INTERNATIONAL CLUB», a rédigé et adressé à la KNESSET, en 1994, une proposition de loi sur « la problématique des hommes et femmes à la recherche de l'âme sœur en Israël »¹¹⁰. En effet, Madame AMRAM proposait :

- La création d'un comité chargé d'étudier le problème du célibat en recensant toutes les données relatives aux personnes seules, leur nombre et la raison de leur solitude afin de trouver comment y remédier.
- L'établissement d'une loi régissant et contrôlant la profession, en déterminant le fonctionnement des cabinets matrimoniaux et en édictant l'éthique de la profession.
- La création de lieux sociaux de rencontres. Des clubs de rencontres et/ou des lieux de rencontres, dirigés par des équipes d'experts, où les personnes pourront se rendre afin de chercher l'âme sœur en fonction de critères tels : l'âge, classe sociale, niveau d'étude etc.
- La coopération avec l'étranger, par la création d'unités chargées de mettre des personnes seules en Israël en contact avec d'autres vivants à l'étranger.

Cette proposition avait le mérite de tenter de solutionner les problèmes dus au célibat et surtout d'encadrer, comme c'est le cas en France, la profession de courtier matrimonial en la réglementant et en la professionnalisant. L'obligation d'expertise étant clairement posée.

Bien que le législateur ait déjà été appelé à légiférer sur la question¹¹¹, aucune loi spécifique n'a encore été votée et la tentative de Madame AMRAM était donc infructueuse.

¹⁰⁹ ZAMIR. P. 247

¹¹⁰ Voir Annexe 4.

¹¹¹ Haute Cour 166/77 Dadon v Abraham Jp 33 (3) 365 de 1977; WEINBERG (D) «Lois de Courtage» Jérusalem.1961 ; ANGERLAD (I) «A propos de courtage et mandat» Revue de droit isr. Mishpatim. Vol. 10. 1980. P. 359

Pourtant, nombreuses sont les doctrines invitant le législateur à réglementer cette profession. Le professeur TEDSKI¹¹² militait pour une réglementation du courtage matrimonial. Il traite, dans ses écrits, des problèmes fondamentaux de la définition et de la réglementation souhaitée du contrat de courtage en droit Israël. Il soulève les problèmes de base suscités par ce type de contrat mais aussi les répercussions sur le droit des obligations et le droit en général.

Dans ce sens, selon ZAMIR, le contrat de courtage est un contrat fréquemment utilisé, suscitant souvent des problèmes juridiques, ce qui justifie la création d'une réglementation spécifique¹¹³. Selon cet auteur, pour légiférer spécifiquement sur la question, il conviendra, en premier lieu, de définir le contrat de courtage comme c'est le cas dans la nouvelle législation civile israélienne pour d'autres types de contrat¹¹⁴. ZAMIR suggère deux définitions. Selon la première, le « contrat de courtage est le contrat de service de courtage contre des honoraires de courtage ». Selon la seconde, « le contrat de courtage est le contrat entre le courtier et le client sur la prestation de service par le courtier en contrepartie d'une rémunération par le client ».

Néanmoins, la loi fondamentale israélienne, de 1992, instituant la liberté de la profession¹¹⁵ (liberté d'occuper la profession qu'on désire) a opéré des changements législatifs touchant les courtiers matrimoniaux. En effet, en réponse à une volonté claire de lutter contre la régulation intensive de différentes professions¹¹⁶, cette loi limite le pouvoir de la Knesset pour légiférer sur des lois limitant la liberté de la profession y compris la profession de courtier.

Cependant, l'opinion publique¹¹⁷ israélienne doute qu'il faille réguler la profession de courtier et se demande si une telle réglementation serait utile pour les

¹¹² TEDSKI (G), « Contrat de courtage et honoraires des courtiers », Revue de droit isr. *Hapraklit* Vol.32. 1979. P. 296 et *Courtage et Mandat* *Hapraklit* Vol. 33. 1981. P. 336

¹¹³ ZAMIR (E), « Vers une législation en matière de courtage en droit israélien », ouvrage en la mémoire de TEDSKI (G), 1995. P.225-261

¹¹⁴ Exemple : Art. 1 Loi 1981 sur le contrat d'assurance ou Art. 1 et 26 Loi 1971 contrat de location et prêt

¹¹⁵ Loi Fondamentale 1992 P. 114 :

http://www.constitution.org.il/index.php?option=com_consti_comp&class=3&mytask=view&id=1238

¹¹⁶ Il est impossible de modifier la Loi sauf par une autre loi fondamentale à la majorité des votes. De plus cette loi est préférentielle même en cas de Règlement d'urgence.

¹¹⁷ ZAMIR. P. 233

consommateurs-clients. Ce qui peut expliquer pourquoi la proposition de loi faite par Madame AMRAM est restée lettre morte. Pourtant, une intervention législative sur les rapports courtier-client du point de vue contractuel serait la bienvenue.

Ainsi, le législateur israélien se trouve face à des usages découlant de la jurisprudence israélienne soit face à des lois étrangères, tel le droit français ou le droit rabbinique qui peuvent lui servir de modèle d'inspiration. On ignore si en matière de courtage matrimonial il existe une homogénéité des contrats car le nombre des arrêts trouvés n'est pas assez important pour trancher. En tout cas en ce qui concerne les contrats de courtage immobilier il existe une homogénéité assez grande pour justifier une nouvelle législation.

Au vu du marché de la concurrence, il s'avère qu'il existe une rivalité importante entre les courtiers dans de nombreux domaines et notamment celui du courtage matrimonial. En effet, il est peu onéreux de s'installer en tant que courtier¹¹⁸, profession de conseil et d'intermédiaire qui ne prend pas les risques et n'engage pas d'honoraires avant la prestation. L'absence de législation semble, donc, favoriser l'efficacité du marché pour le moment¹¹⁹. Elle permet un grand nombre de prestations, car rien n'est interdit si ce n'est contraire à l'ordre public.

Les législations de certains pays, comme la France, se méfient de la profession de courtier matrimonial, qu'elles jugent suspecte, car susceptible de profiter de la détresse des personnes.

Section 2 : Une activité mercantile plutôt suspecte en droit français

Etudier l'histoire du courtage matrimonial est nécessaire car elle constitue une des données de base du débat sur sa validité.

Le courtage matrimonial s'inscrit dans une perspective historique immémoriale, il est aussi ancien que le mariage lui-même.

¹¹⁸ BARTLETT (R): "Property Rights and the pricing of Real Estate Brokerage", 30 J. Industrial Econ. 1981. P. 80

¹¹⁹ ZAMIR. P.237

Le droit étant fonction de la société dans laquelle il évolue, la conception juridique de l'entremise matrimoniale rémunérée varie, dans chaque pays, en fonction des époques (Sous section 1).

Longtemps jugé illicite, le contrat de courtage matrimonial n'a véritablement fait l'objet d'une réglementation en France que très tardivement, au XXe siècle. La jurisprudence a fini par l'admettre en tant que contrat, bien qu'il ne soit pas prévu par le Code civil français (Sous section 2).

Aujourd'hui, après de nombreuses controverses quant à sa qualification, c'est un contrat de consommation réglementé par le droit de la consommation (Sous section 3).

Sous section 1 : L'héritage de la tradition: du culte domestique à l'immoralité

D'un pays à l'autre, les mœurs sont différentes et elles sont plus ou moins imprégnées par le legs de la religion. Ainsi, l'importance et le nombre des courtiers matrimoniaux est fonction, dans une société, de la place qu'elle attribue à l'institution du mariage.

Cette constatation découle de l'examen historique du droit grec (1), romain (2) et français (3) sur le courtage.

Ainsi, lorsque le mariage est considéré comme l'un des actes religieux et sociaux parmi les plus essentiels, le droit a tendance à attribuer au contrat de courtage matrimonial un caractère illicite et immoral (4).

En revanche, lorsque la stabilité du mariage diminue, la reconnaissance de la validité du courtage fait surface.

1. Une profession contribuant à la perpétuité du culte domestique en droit grec

Le droit grec considérait que le mariage assurait la perpétuité de la famille et était favorable aux courtiers matrimoniaux qui contribuaient à faciliter ces unions.

Se teindre sans descendance était considéré comme un malheur dans la mesure où le mort ne devait recevoir aucun culte après sa mort. Les courtiers matrimoniaux étaient vus avec faveur par l'autorité du fait de l'importance de leur rôle, bien que

les questions de rang et de fortune constituent les préoccupations les plus essentielles de la conclusion des mariages.

On peut, en dépit de la rareté des sources documentaires sur le droit privé antique, situer les premières traces avérées de cette activité dans la Grèce antique. DENISART nous enseigne que dans la Grèce antique les courtiers matrimoniaux, qualifiés d'interprètes, bénéficiaient d'une honorabilité certaine. Il disait que leur profession, une véritable institution, facilitait les unions et renseignait les pères sur « l'esprit » des jeunes gens à qui ils destinaient leurs filles. La fille grecque était l'objet d'un marché plutôt que partie au contrat car elle était considérée comme un simple instrument de propagation de l'espèce. Son consentement au mariage était inutile¹²⁰.

Cette honorabilité certaine s'explique par le fait que la famille et la religion sont deux fondements étroitement liés l'un à l'autre de la société¹²¹. Le culte des aïeux est lié à l'existence de la famille, car la religion ne se conçoit pas en dehors des familles. Le mariage à Athènes a une importance plus religieuse que politique car il assure la perpétuité de la famille. Le courtage matrimonial est donc une profession florissante et nécessaire à Athènes par la grande importance des dots dans la réalisation du mariage, d'autre part par le statut inférieur de la femme et enfin, par la décadence des mœurs qui vont s'accroître surtout à partir du IV^e siècle.

FRATANI affirme que les courtiers matrimoniaux ont contribué à la décadence de toute une société pervertie. Il décrit une période de « crise du mariage » et de « règne des courtisanes »¹²² marquant l'omniprésence de la question de la dot en soulignant l'incapacité de la cité à maintenir l'équilibre entre la puissance publique et les droits de l'individu. Le mariage était devenu, dit-il, « un des moyens pour arriver à la satisfaction de plaisirs matériels », ce qui faisait de ces interprètes, des

¹²⁰ Le seul auteur qui ait fait directement référence au courtage matrimonial à cette période et dont le commentaire était souvent repris et analysé car unique. Cf. DENISART, Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. 7^e Ed. Paris, 1771, V Proxénète.

¹²¹ FUSTL DE COULANGES, « La cité antique », Paris, 1898, p. 43-48 Éd. Flammarion.

¹²² Cf. FRATANI, « Le courtage Matrimonial », Thèse Droit, Paris, 1937, p.12

proxénètes qui allaient de ville en ville traînant une troupe de courtisanes, danseuses ou musiciennes¹²³.

On retrouve cette idée à Rome, où les entremetteurs de mariage étaient nombreux et bénéficiaient de la protection du législateur qui voyait dans cette profession un moyen d'accroître le nombre de mariages.

2. Une profession licite rehaussant la dignité du mariage en droit romain

Aux premiers siècles de l'histoire romaine, le recours aux courtiers matrimoniaux n'était pas envisagé de façon sérieuse, le mariage était trop respecté et les mœurs rudes et austères pour que l'entremise matrimoniale soit florissante.

Le recours aux services des entremetteurs a pris une importance démesurée avec la décadence des mœurs romaines, à la fin de la République. On notait une considérable baisse du nombre des mariages, le célibat était trop pratiqué et la diminution de la natalité trop accentuée, tous ces facteurs mettaient en péril la puissance de Rome.

Des mesures législatives avaient été prises par l'Empire romain. Les lois se succédaient, pénalisant les célibataires dans le but d'enrayer l'effondrement démographique. Cependant, c'étaient les lois caducaires¹²⁴ qui avaient le plus pénalisé les célibataires réfractaires au mariage en les privant du droit de recevoir des libéralités testamentaires et en les chargeant d'impôts nouveaux.

Les célibataires voulant échapper à ces incapacités, s'adressaient, par conséquent, aux courtiers et on disait d'eux que seule la course à la dot les préoccupait.

Le législateur romain protégeait les entremetteurs de mariage, car il y voyait un moyen d'accroître le nombre des mariages. Les raisons, qui l'avaient poussé, étaient d'abord d'ordre religieux.

ULPIEN rapportait expressément que la solution en vigueur chez les grecs était que les proxénètes en matière de courtage matrimonial avaient droit d'ester en justice

¹²³ Ibid. L'assimilation par FRATANI des courtiers matrimoniaux à des proxénètes était étonnante dans ce contexte car elle faisait référence au proxénétisme dans le sens moderne du terme et pas à la qualification désignant tous les courtiers quels qu'ils soient.

¹²⁴ Les lois caducaires d'Auguste, la lex Julia de maritandis ordinibus et la lex Papia Poppaea, privaient les célibataires de leurs droits sur d'éventuels héritages. Ces lois sont commentées par Gaius dans ses Institutes : Inst. 2, 206 s.

pour le paiement de leur salaire. Et de tous les proxénètes, ce sont ceux qui étaient le plus en droit de réclamer le versement d'une rémunération qui pourra facilement être demandée en justice : « *Proxenetica licito jure petuntur*¹²⁵ (...). *Facilius peti poterit, si quis forte condicionis (ad matrimonium) vel amicitiae vel adsessurae cujus alterius hujuscemodi proxeneta fuit* »¹²⁶. La raison en était que la plupart des mariages se concluaient par leur intermédiaire.

C'est avec la fin de l'Empire romain, sous l'influence du christianisme, qui avait fait du mariage un sacrement, qu'une nouvelle conception du mariage naquit.

L'Église avait remporté la victoire sur le concept « *nullum matrimonium une dote* », selon lequel la dot était une condition de validité du mariage. Cette dernière, dès lors, était reléguée au second plan au profit de l'union conjugale basée sur l'affection, l'indissolubilité du lien matrimonial et le consentement libre des époux.

Les entremetteurs matrimoniaux étaient désignés responsables de l'amoindrissement de la dignité du mariage et leur activité était considérée immorale.

Ce qui explique que de nombreuses mesures législatives apparaissaient afin de remédier aux abus et empêchaient les proxénètes de se faire payer une commission excessive.

Suite à l'Édit de Milan (312), les critiques étaient devenues si pressantes qu'une Constitution de Théodose et Valentinien¹²⁷ restreignait leurs droits en leur interdisant tout droit d'ester en justice pour obtenir leur salaire.

Cependant, en Orient, au VI^e siècle, l'empereur Justinien avait abandonné cette mesure extrême et leur avait reconnu le droit de percevoir une commission, lorsque celle-ci était convenue expressément avant la formation de l'union ; à défaut, ils ne pouvaient rien exiger.

Toutefois, à l'exception de la Constitution de Théodose et Valentinien qui n'avait qu'une valeur répressive, la réglementation romaine était plutôt favorable à l'exercice du courtage matrimonial.

¹²⁵ D.50, 14, 1.

¹²⁶ D.50, 14, 3.

¹²⁷ Code Théodosien, De Nuptiis, loi 1.

Les siècles suivants, cette réglementation servit de référence : Le courtage matrimonial était licite, mais la réglementation du salaire du courtier matrimonial annonçait les prémices d'une époque de méfiance à l'égard de l'entremise. Ainsi, progressivement, le contrat de courtage matrimonial était tombé en désuétude.

Certains auteurs soulignaient l'immoralité de la profession en la désignant responsable de la « décadence de la société romaine »¹²⁸.

Maurice GEORGEON insistait, dans son étude sur le courtage matrimonial, sur une des nombreuses manifestations de résistance du monde romain à l'Église : le paradoxe existant entre la mauvaise réputation qu'avaient les proxénètes et la protection que leur accordaient les textes. « Une anomalie que seule la séparation trop grande qui existait entre le droit romain et la saine morale explique »¹²⁹.

En raison de la méfiance qu'inspiraient les courtiers et le souvenir des abus dont on accusait les proxénètes, les solutions de l'ancien droit français s'écartaient de celles du droit romain.

3. Une profession immorale en ancien droit français

Durant la période de l'ancien régime, on considérait que le courtage matrimonial donnait au mariage un caractère spéculatif, ce qui explique sa condamnation.

Par voie de conséquence, plus la valeur morale et religieuse du mariage était considérée, moins les courtiers matrimoniaux étaient sollicités et plus leur nombre décroissait.

Les marieurs étaient donc très peu sollicités.

En effet, sous l'influence du droit canonique, le mariage était considéré comme un sacrement, c'est-à-dire un acte hors commerce par nature, fondé sur le consentement mutuel des époux. La fonction d'entremetteur de mariage était donc considérée comme fort peu honorable.

LOYSEL décrivait l'emprise des idées chrétiennes sur l'ancien droit : « le mariage chez nos ancêtres faisait l'objet d'un tel respect qu'une intervention d'étrangers

¹²⁸ GEORGEON (M), « Du courtage matrimonial », Thèse de droit, Angoulême, 1911, p.15.

¹²⁹ Ibid.

salariés froisserait la délicatesse de murs très raffinées. Le mariage a été institué de Dieu en son Paradis terrestre et en l'état d'innocence »¹³⁰.

Cette citation, employée par LOYSEL, rappelle fortement le principe énoncé à cinq reprises dans le Midrash¹³¹ : « les mariages sont faits dans les cieux¹³² ».

Toutefois, si le mariage conservait un caractère sacré aux yeux des deux religions (chrétienne et juive) - selon lesquelles Dieu décide de la prédestination des personnes qui s'uniront avec succès - le mariage restait généralement l'affaire des familles.

Ce dernier représentait, effectivement, un vecteur d'alliance et d'accroissement des fortunes.

Pourtant, l'approche de ces deux religions pour la place du courtage matrimonial était différente.

Le Talmud disposait que : « Quarante jours avant la naissance d'un enfant, une voix céleste proclame : la fille d'un tel se mariera avec le fils d'un tel.¹³³ ».

Cependant, dans le judaïsme, l'homme avait son libre arbitre et l'organisation de la vie ne dépendait que des personnes. Dès lors, une fois que tout était arrangé, il était déclaré avec confiance que c'était Dieu qui avait originellement décrété l'union.

Dans le judaïsme, Dieu était, et est toujours, considéré comme le premier courtier du monde¹³⁴ et les rabbins du Talmud assimilaient la mission du courtier matrimonial « humain » à celle de Dieu.

¹³⁰ Inn GEORGEON (M), Op. Cit. , p. 18 : « Les mariages se font au ciel et se consomment sur la terre ».

Citation de LOYSEL (Antoine), dans « Institutes coutumières » ou « Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes tant anciens que modernes du droit coutumier et le plus ordinaire de la France » ; avec les notes de Eusèbe de Laurière. Nouvelle édition par MM. Dupin et Laboulaye. Paris, Durand et Videcoq ; 1846 : 2 vol.

¹³¹ Précité. Voir Glossaire.

¹³² OSÉE, 2, 21 : http://haim.harboun.free.fr/le_chidoukh_et_le_midrach.htm

¹³³ Vayiqra Rabba 8, 1 : « Dieu forme des couples, en disant : la fille de cette personne devra être l'épouse de cette personne ».

¹³⁴ Béréchith Rabba 17, 5) : « Le Saint béni soit IL fit défiler les animaux devant Adam, mais cette fois par couple : « Chacun a sa partenaire s'écria Adam sauf moi : « Mais pour l'homme il ne trouva pas la femme qui lui convienne. » « Pourquoi ne lui créa-t-il pas sa partenaire d'emblée ? C'est que le Saint béni soit-Il, voyant que l'homme devait un jour se plaindre d'elle, ne lui créa pas avant que la bouche même d'Adam ne la réclamât » (In <http://haim.harboun.free.fr>)

Le rabbin LAAM déclarait, à propos du marieur juif, que : « le chadchan (courtier matrimonial) vit son image de messager céleste accomplissant la volonté divine »¹³⁵.

LOYSEL, pour sa part, décrivait l'influence des idées chrétiennes selon lesquelles l'intervention des courtiers matrimoniaux dans les préparatifs du mariage portait atteinte aux bonnes mœurs.

Le commerce des proxénètes portait atteinte à la dignité du mariage en le réduisant à un simple trafic.

Dans un tel contexte, le courtage matrimonial, qui était considéré par le judaïsme comme gardien des valeurs juives, n'existait qu'en marge de la société chrétienne.

Bien que très brève sur le sujet, la majorité des doctrines repoussait la validité du contrat de courtage matrimonial et se prononçait de façon explicite pour le caractère illicite de ce contrat.

Ainsi, ROUSSEAU DE LA COMBE en se contentant de se reporter aux arrêts étudiés plus loin déclarait que : « la promesse que le courtier s'est faite faire pour parvenir à un mariage par son entremise est nulle »¹³⁶.

Pourtant, quelques élus, tels que MONTAIGNE (maire de Bordeaux et moraliste) et AUTOMNE (arrêteste et avocat au Parlement de Bordeaux), faisaient exception en étant partisans de la validité du contrat de courtage matrimonial, et regrettaient que la France n'ait pas pu avoir, comme dans d'autres pays, des entremetteurs de mariage. Ils attribuaient cette absence au « défaut de nos polices¹³⁷ »¹³⁸. Il faut, toutefois, préciser qu'à cette période plusieurs intellectuels bordelais étaient très influencés par la conception juive du sujet. En effet, depuis l'expulsion d'Espagne, en 1442, de nombreux juifs, avaient alors émigrés en France, la communauté juive était importante à Bordeaux.

La jurisprudence, pour sa part, était hostile à la validité du courtage, et, par crainte des sanctions encourues, les juridictions n'étaient saisies que de rares fois par les courtiers.

¹³⁵ LAAM (M), « Marieur, Marieuse, Mariez moi ! », <http://www.lamed.fr>

¹³⁶ Dictionnaire, IVe édit. 1769. V. Proxénète, p. 533.

¹³⁷ Polices = réglementations en ancien français.

¹³⁸ GEORGEON (M), Op. Cit. p.21

Cependant, nous n'avons une connaissance précise que des principales décisions rendues par le Parlement de Paris.

Le premier arrêt, en date du 29 janvier 1591¹³⁹, concernait une réclamation des honoraires par un courtier qui n'avait jamais été payé pour sa prestation, alors même qu'il avait à son appui un contrat écrit. Dans cette affaire, la plaidoirie de l'avocat du proxénète, faisait valoir la validité de la demande en se basant sur la constitution justinienne. La Cour avait rejeté la demande du fait du caractère illicite du contrat contraire au Code de Théodose.

Cent ans après, le Parlement de Paris avait rendu un deuxième arrêt, en date du 7 août 1690, confirmant sa jurisprudence antérieure. La Cour avait rejeté les prétentions de l'entremetteuse qui réclamait le salaire qui lui avait été promis et ce, en dépit du plaidoyer de maître GILLET qui défendait avec ardeur les droits des proxénètes à une rémunération. Il demandait aux tribunaux de la leur accorder, parce que : « il ne faut pas, disait-il, refuser une gratification honnête à ceux qui se sont employés à faire réussir un mariage ; et ce qui se pratique aujourd'hui là dessus est pratiqué de tout temps »¹⁴⁰.

Le discours de maître GILLET concernant l'utilité et la reconnaissance de la difficulté du métier pour justifier une rémunération, basé sur les dispositions du Digeste, rappelle les motivations d'un courant de Rabbins ashkénazes dès le treizième siècle, s'agissant des honoraires du courtier : « Le courtage matrimonial est un métier comme un autre qui mérite salaire, lorsque le courtier succède dans sa mission, car il s'assimile au proxénète »¹⁴¹.

Maître GILLET rejetait, dans sa plaidoirie, les accusations d'exercice immoral de cette profession en relevant qu'en dépit de certaines pratiques malhonnêtes dans l'exécution du courtage, il faut maintenir cette pratique : « il n'est rien de si salubre, rien de si utile dont on ne puisse faire un mauvais usage. Ce ne serait pas une raison de abolir une bonne loi parce que la malice des hommes peut en abuser en quelques rencontres, ce ne doit pas être non plus un motif de bannir du

¹³⁹ CHARRERAU (R), « Le courtage matrimonial », Thèse droit, Lyon, 1934, p.13

¹⁴⁰ GILLET, « Plaidoyers », Paris, 1776, p.121 s.

¹⁴¹ Rabbins SENS et SPEYER, Op. Cit. p. 3.

commerce du monde une pratique qui a ses utilités en général, quoique dans le particulier elle puisse donner quelques fois occasion à quelques désordres »¹⁴².

Il est assez curieux que la jurisprudence de l'ancien droit se soit nettement écartée de la tradition en matière de courtage matrimonial pour défendre une thèse opposée à celle que faisait prévaloir le droit romain.

Selon WAHL, la raison de ce changement était double :

Dans un premier temps, Il faisait le lien entre le courtage matrimonial et le divorce. Lorsque le divorce existait, le courtage était admis.

En effet, à Rome, où le divorce existait, le mariage n'était pas conçu comme un sacrement et le courtage matrimonial était vu favorablement par le législateur. Alors qu'en France, sous l'ancien régime, le mariage était indissoluble et le courtage recevait l'accueil qu'on lui connaît.

Dans un second temps, il dénonçait l'extrême méfiance qu'inspiraient, dans l'ancien droit, les courtiers en général et surtout les courtiers matrimoniaux¹⁴³.

CHARRERAU ne partageait pas ce raisonnement. Pour lui, la véritable raison de leur condamnation était : « le souvenir des abus dont les proxénètes s'étaient rendus coupables en donnant au mariage le caractère de spéculation et de trafic »¹⁴⁴.

Phénomène social d'abord, le courtage matrimonial n'a donc jamais pu être dissocié de la morale et de la religion, car il ne pouvait évoluer qu'en fonction des mœurs.

La question de sa validité, tout au long de l'histoire, en dépendait aussi. C'est à travers cette question de validité du contrat de courtage que s'est réellement posée la question de la légalité de la profession.

Sous section 2 : La lente maturation de la reconnaissance: de la condamnation à la consécration

Le christianisme, qui ne pouvait être vis-à-vis du mariage qu'une institution sacrée, avait manifesté une opposition très nette au courtage matrimonial.

¹⁴² GILLET, Op. cit et loc. cit.

¹⁴³ WAHL (A) « Le courtage matrimonial », RTD Civ. 1904, p. 471-492

¹⁴⁴ CHARRERAU, Op. cit, p. 11

Par crainte de voir diminuée la liberté des futurs époux, essentielle au mariage, il n'y avait que la démarche de l'ami désintéressé, pour inciter les personnes à souscrire à cette institution sacrée, qui était bien vue.

Progressive fut l'évolution du droit sur le sujet qui a fini par admettre la licéité du courtage matrimonial et avait favorisé l'apparition des agences matrimoniales (1).

A l'époque de la rédaction du Code Civil, on avait connaissance de l'entremise occulte et d'occasion, comme à toute époque, mais l'entremetteur professionnel et patenté était encore inconnu.

Au XIXe siècle, les juridictions étaient très hostiles aux entremetteurs (2), mais au début du XXe siècle, elles devaient faire face à une évolution des m urs de plus en plus favorable à cette activité. Longtemps la jurisprudence civile hésitait quant à la nature juridique des contrats de courtage matrimonial (3) et c'est la Cour de cassation qui finissait par trancher en 1944 (4).

Néanmoins, une fois le problème de la licéité résolu, l'appréhension de la nature de l'acte posait, à son tour, des difficultés : d'abord reconnu comme un acte civil, la recherche du profit par le courtier posait la question du caractère commercial de l'acte qui finissait par être qualifié comme tel (5).

1. L'apparition des agences matrimoniales

La Révolution française marquait de profonds changements dans l'institution du courtage matrimonial et la fin du monopole de l'Église en matière de mariage était déterminante.

Le mariage, institution sacrée et divine, devenait un contrat passé entre deux individus libres et égaux devant la loi.

Le divorce, rendu difficile par le Code civil, puis abrogé en 1817, était rétabli en 1884.

Ce qui expliquait, en partie, la pleine reconnaissance de la validité du contrat de courtage matrimonial et avait favorisé l'apparition des premières agences matrimoniales.

Selon BONNECASE, le premier projet d'agence matrimoniale remontait « au début de la Révolution »¹⁴⁵.

Un document anonyme, intitulé « Bureau de confiance pour les mariages, ses bases et son organisation », faisait référence à la mise en place, sous la Révolution, d'une structure nationale consacrée intégralement au courtage matrimonial.

Ainsi, par le biais de bureaux de vérification, ou par l'intermédiaire de notaires de « bonne réputation », tous les renseignements nécessaires sur les candidats au mariage étaient collectés et enregistrés. Par son organisation et sa façon de procéder, cette technique se rapprochait beaucoup de nos plus modernes agences.

Ces divers renseignements vérifiés par l'agence avec grande exactitude étaient portés à la connaissance du public par un journal périodique « L'Indicateur des mariages », les personnes intéressées pouvaient se rencontrer dans les locaux de l'agence accompagnées de leur amis et parents. Le prix que le client devait payer pour chaque enregistrement était d'une livre pour mille livres de « capital vérifié », remboursable aux trois quarts si, au bout d'un an, le client ne se mariait pas.

En outre, ce document justifiait l'utilité de l'agence matrimoniale en énumérant les causes du célibat et les moyens de les combattre. En ayant bien déterminé les besoins des candidats au mariage ainsi que de leurs familles, le courtier matrimonial devenait le dépositaire de leurs plus chers désirs et veillait aux réussites matrimoniales des couples bien assortis.

Contrairement à ce qu'on avait l'habitude de voir, l'auteur ne faisait pas référence, dans son argumentation, au caractère sacré du mariage et pour cause : avec la Révolution, le mariage était devenu un acte civil¹⁴⁶ rendu dissoluble avec la Loi du 20 septembre 1792. Il s'appuyait sur le célibat, ses conséquences désastreuses et les moyens de le combattre.

A ses yeux, cela n'était plus au nom de la moralité mais

à celui de l'ordre naturel des choses qu'il fallait favoriser les unions désormais.

Le Code Civil de 1804 ignorait complètement le courtage matrimonial. Dès lors, un vide juridique s'était créé, ce qui constituait un contexte favorable à la naissance

¹⁴⁵ BONNECASE (J), « Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie », Tome IV, Paris, 1928, p.705 et s.

¹⁴⁶ Article 7 du Titre II de la constitution des 13 et 14 septembre 1791.

d'une polémique sur la validité du courtage matrimonial, alors que cette institution était de plus en plus utile.

Ce n'était donc qu'à partir du XIX^{ème} siècle que l'entremise matrimoniale commençait réellement à prendre son élan.

En 1791, apparaissait, pour la première fois en France, une petite annonce matrimoniale, dans un journal appelé : « Le courrier de l'hymen ».

Dès les années 1810, apparaissaient les premières officines favorisant les « rencontres » dans un but d'union durable.

A la même époque, il existait également des appartements où avaient lieu des rencontres pour favoriser les mariages.

Cependant, ces lieux parisiens restaient très mal considérés par la société. Ces pratiques étaient vues d'un mauvais œil car elles débordaient du cadre discret de la bonne société et ne semblaient attirer que des personnes louches.

En 1816, un opuscule « Petit mémoires secrets »¹⁴⁷ indiquait que, rue de l'École de médecine, une certaine Dame GUILLEMET tenait un « hôtel meublé, où une fois par semaine, se réunissent des jeunes gens et des jeunes filles à marier ».

Toutefois, à partir de 1825, les bourgeois de la Restauration ne s'adressaient pas à ces entremetteurs à la mauvaise réputation pour marier leurs filles. Ils faisaient appel à un aristocrate, Mr. DE FOY, connu pour son incontestable réputation et la loyauté de ses opérations.

Ce dernier, savait acquérir leur confiance. Il utilisait un important réseau relationnel qu'il possédait pour permettre, contre rétribution, la conclusion de nombreux mariages. Il avait réussi, dit-on, à faire contracter plus de dix mille mariages. Le mode de rémunération de son agence était tantôt une somme fixe, tantôt une somme proportionnelle à la dot.

Toutefois, il s'agissait d'un homme galant, car, chez lui, les femmes ne payaient pas. Cependant, on peut se demander s'il s'agissait d'une galanterie ou d'une nécessité commerciale.

En dépit des critiques, notamment sur la « confiance relative qu'inspiraient ses clients »¹⁴⁸, nul ne doutait qu'il était le premier agent d'affaires à créer une agence

¹⁴⁷ BEINEX (J), « Du courtage matrimonial », Thèse de droit, Paris, 1912, p.16.

matrimoniale moderne qui avait autant de succès, et ce, grâce à son expérience et à sa discrétion quant aux règles de la réussite de l'entremise.

DE FOY faisait signer à chaque client un contrat¹⁴⁹ mentionnant les obligations réciproques des parties. Le client s'engageait sur l'honneur à verser 5% de la dot lors de la célébration du mariage et l'entremetteur à lui obtenir le mariage avec la personne désignée.

Pourtant, les précautions qu'il posait pour assurer le paiement de ses services, lui avait valu quelques procès. Ainsi, un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 29 août 1849¹⁵⁰, avait déclaré ce type de convention nulle, reposant sur une cause illicite, et avait débouté DE FOY de sa demande. Ce dernier réclamait le paiement, par son client, de la somme de 5% de la dot aux motifs que : « cette convention avait pour objet la conclusion d'un mariage, non dans le véritable intérêt des parties, et ayant égard aux conventions réciproques, mais dans le but d'obtenir un salaire ».

Ce jugement ne reflétait pas l'état de la jurisprudence dominante à cette période.

En effet, la plupart des décisions de jurisprudence entre les années 1830 et 1855, relatives à la validité de ce type de courtage matrimonial, n'avaient pas condamné cette activité dans la mesure où aucune loi ne l'avait prohibée.

Jusqu'en 1855, la plupart des tribunaux se déclaraient, d'ailleurs, favorables à la validité du contrat de courtage matrimonial.

Ainsi, le Tribunal de Saint-Girons, dans un jugement en date du 2 juin 1851¹⁵¹, avait décidé, s'agissant de la convention de courtage matrimonial, qu'elle avait une cause parfaitement licite, qu'elle n'était pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Selon cette décision, toute stipulation tendant à faciliter le mariage devait être protégée et le motif légal prohibant de telles conventions était inconcevable, car leur but était de faire réussir le mariage.

¹⁴⁸ GEORGEON, Op. cit. , p.23.

¹⁴⁹ BEINEX (J), Op. cit. , p.17, note 1.

¹⁵⁰ DP 1849 III, 64.

¹⁵¹ In These FOURNOT (M), Op. cit., p.20.

Le refus par les juges, entre 1830 et 1855, de condamner les contrats de courtage matrimonial découlait donc du vide juridique et de la considération du fait que le but de ces conventions était de favoriser les mariages.

C'est qu'en 1855 que la Cour de Cassation condamnait le courtage matrimonial rémunéré en fonction du succès. Elle le déclarait illicite et immoral¹⁵².

Cette condamnation devait freiner, durant presque cinquante ans, l'essor des agences matrimoniales.

D'après une enquête de la Préfecture de Police¹⁵³, on ne comptait à Paris que treize agences matrimoniales en 1860.

C'est d'ailleurs à la fin du Second empire qu'on voyait se développer une grande variété de journaux spéciaux d'annonces matrimoniales, les uns indépendants, les autres liés à une agence.

C'est qu'à compter de la Loi Naquet, du 27 juillet 1884, qui rétablissait le divorce, que le nombre des agences matrimoniales avait énormément augmenté, jusqu'à atteindre, en 1896, le chiffre de cent agences de mariage.

Au début du XXème siècle, elles atteignaient le nombre de deux cents. A cette période, elles étaient classées, par les presses dans lesquelles elles apparaissaient, par catégorie en fonction de leur rang de dignité¹⁵⁴.

On dénombrait trois catégories :

A l'échelon le plus bas se trouvaient des officines louches où se concluaient les mauvais mariages et les unions passagères. Il s'agissait d'agences faisant preuve de peu de dignité, que la police surveillait activement : « dans le bureau de l'entremetteur défilent tous les vices et toutes les misères de Paris »¹⁵⁵.

Les agences de la deuxième catégorie s'adressaient aux classes moyennes et exigeaient de leurs clients le versement à l'avance d'une certaine somme pour les démarches et frais qui seraient effectués.

Seules les agences ne recherchant que les grosses affaires, se trouvaient dans la troisième catégorie. Elles s'occupaient de riches veuves, fonctionnaires importants

¹⁵² Cass. Civ, 1^{er} mai 1855, *DP*1855, 1, P. 147.

¹⁵³ GEORGEON, *Op. Cit.* , p. 24.

¹⁵⁴ HUET, *Op. Cit.* , p. 17-18.

¹⁵⁵ *Ibid.*

et jeunes filles de la colonie étrangère qu'elles mettaient en rapport avec la vieille noblesse sans fortune. Elles exigeaient un pourcentage sur la dot en cas de succès des négociations sans pour autant exiger d'avances.

Les entremetteurs de mariage étaient souvent attachés à ces agences qui facilitaient l'exercice de leur métier.

Ces derniers bénéficiaient, pour leur part, de deux regards très différents : ils étaient considérés comme des escrocs au mariage, dont la fortune avait toujours été dépendante de la fortune des futurs époux, ou comme des personnes préparant des unions heureuses, qui sans leurs bons offices, n'auraient jamais eu lieu.

La doctrine avait toujours tenu à leur égard le même raisonnement : lorsque le mariage voyait diminuer sa dignité, leur importance augmentait, alors que lorsqu'il jouissait d'une haute et légitime considération, leur activité était réputée illicite. Les familles ne toléraient pas la présence d'individus intéressés pouvant surprendre leurs secrets et s'immiscer dans leurs affaires lors des préparatifs.

L'histoire des courtiers matrimoniaux montre donc qu'ils ont toujours existé, même si parfois les mœurs d'une époque ne leur permettaient qu'une existence en marge de la société.

FRATANI faisait une bonne description de cet état de fait en énonçant que : « En conclusion de cet historique des agents et des agences de courtage matrimonial, la tendance qui nous paraît dominer cette matière est que le développement du courtage et la fortune des agences sont en raison inverse de la dignité et de la stabilité du mariage »¹⁵⁶.

2. L'hostilité de principe de la jurisprudence

L'ancien droit français considérait l'activité de courtier matrimonial comme illicite et immorale.

En raison du caractère institutionnel du couple, la Cour de cassation, dans un arrêt de principe de sa première chambre civile, considérait, effectivement, que le contrat de courtage matrimonial nuisait à l'institution du mariage et ne pouvait

¹⁵⁶ Op. Cit. , p. 24.

exister : « un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic »¹⁵⁷.

Selon cette jurisprudence, il n'était pas tolérable pour un courtier matrimonial de faire des bénéfices au détriment de personnes cherchant l'épouse.

Cependant, ce qui semblait être condamné était surtout le mode de rémunération du courtier qui pesait sur le consentement des candidats en subordonnant son salaire à la conclusion du mariage soit en pourcentage du chiffre de la dot¹⁵⁸.

La Cour de cassation estimait que le courtage matrimonial rémunéré en fonction du succès n'était pas valide, car la condition de validité de l'objet et de la cause n'était pas remplie.

Toutefois, en étudiant l'arrêt on constate que ni l'objet ni même la cause, n'y sont clairement déterminés, alors même que ce n'est qu'en se basant sur ces deux critères qu'on peut juger un contrat illicite.

A la lecture du dispositif de l'arrêt¹⁵⁹, et du développement qui le précède, la Cour semble relever des évidences, mais elle n'étaye pas de façon rigoureuse les raisons qui l'ont amenées à cette décision. On ignore donc ce qu'était, à l'époque, pour la plus haute juridiction (judiciaire) française, la cause de l'obligation de payer du client.

Pourtant, cet arrêt a été repris dans de nombreuses décisions des juges du fond.

Selon Hauser, cette jurisprudence s'inscrit dans « la lignée d'une sévérité certaine envers les opérations de courtage portant sur les obligations liées à la personne »¹⁶⁰.

En effet, la Cour de cassation s'était déjà montrée réticente à l'égard des opérations de courtage de remplacement militaire¹⁶¹.

Le courtage matrimonial a donc connu une longue période de méfiance.

¹⁵⁷ Civ., 1^{er} mai 1855 : DP 1855, 1, p. 147

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ La cour déclare dans le dispositif de l'arrêt : « Dès qu'il s'agit de déclarer le demandeur non recevable dans son action en paiement de la somme stipulée du défendeur sous la condition du mariage de celui-ci, l'arrêt dénoncé loin de violer les art. 1131, 1133 et 1134, en a fait au contraire, une juste application. ».

¹⁶⁰ HAUSER (J) « Le courtage matrimonial ». Op. cit. p. 6

¹⁶¹ Cass. 12 décembre 1810 : LGDJ, 3^e éd. 1935, numéro 27

3. L'impasse de la jurisprudence

En 1907, le Tribunal civil de la Seine considérait que le but poursuivi par le courtage matrimonial était « honorable, puisqu'il tendait à la fondation d'un foyer »¹⁶². Cependant, il précisait que lorsque le courtier avait accompli sa mission « dans des conditions de loyauté et de correction », la stipulation d'un salaire pouvait « faire dégénérer la convention en une sorte de mandat commercial incompatible avec la dignité du mariage, ce qui serait de nature à entacher celle-ci d'immoralité ».

Le dilemme de la nature civile ou commerciale était donc récurrent, à cette époque, car, en cas de reconnaissance de sa nature commerciale, le contrat était « légitimement » sanctionné de nullité. Ce type de contrat ne pouvait exister que s'il était civil.

Le jugement, qui s'était livré à une analyse des faits afin de déterminer si la somme perçue par le courtier matrimonial était justifiée, était toutefois en la faveur du courtier. Il avait estimé que le courtier n'était qu'un agent matrimonial occasionnel qui n'avait exercé aucune pression ni manœuvre susceptible de porter atteinte à la liberté du consentement des clients. C'est pourquoi, il n'estimait pas la somme des honoraires excessive.

Selon lui, le pacte n'avait pas « pour objet de disposer d'un consentement » qui était « hors du commerce, mais de rémunérer des diligences et démarches » qui étaient « couronnées de succès ».

Ce n'est qu'en ignorant l'objet du contrat que ce dernier était sauvé.

En 1928, la Commission supérieure de cassation rendait un avis qui avait le mérite de conforter les partisans de la validité du courtage matrimonial rémunéré en fonction du succès¹⁶³.

Elle considérait, effectivement, qu'un courtier matrimonial tirant habituellement profit de son entremise, exerçait une profession commerciale et ce aux termes de l'article 632 du Code de commerce. Elle admettait donc explicitement que le courtage matrimonial était de nature commerciale comme « toute opération de courtage ». La Cour estimait que les agences matrimoniales ne différaient en rien

¹⁶² Trib. Civ. Seine, 3 février 1907, *DH* 1927, 160 S.

¹⁶³ Cass., 21 mai 1928, *DH* 1928, p. 42.

des autres agences de courtage, ce qui voulait dire que l'entremise matrimoniale, qui était à l'époque peu appréciée du droit, n'était plus considérée comme la forme la plus immorale de courtage.

Bien qu'importante, cette décision ne mettait pas fin au débat, car la jurisprudence civile restait méfiante vis-à-vis de ce type de contrat.

4. Le revirement de 1944

Ce n'est qu'à partir du milieu du XXe siècle que la jurisprudence commençait à s'orienter, de plus en plus, vers un examen préalable des faits au lieu de se contenter d'une condamnation systématique.¹⁶⁴

C'est, effectivement, à partir de l'arrêt Foubert que la tendance se renversait véritablement.

N'ayant pas pour objet le mariage, mais seulement la rencontre, le courtage matrimonial n'était pas nul, car, selon la Cour de cassation, l'obligation de payer le courtier ne reposait pas sur une cause illicite.

La Cour suprême considérait, effectivement, dans son arrêt en date du 27 décembre 1944¹⁶⁵, que le courtage matrimonial n'était valable que lorsqu'il se bornait à rapprocher les personnes, mais devenait nul si une pression était exercée sur le consentement¹⁶⁶. Ainsi, le courtage matrimonial était licite « dès lors que l'intermédiaire » n'avait eu « recours à aucune manœuvre frauduleuse pour faire aboutir le mariage et fausser le consentement »¹⁶⁷.

A compter de cet arrêt, la jurisprudence ne faisait qu'appliquer mécaniquement le principe défini. Son analyse avait donc évolué : le contrat de courtage matrimonial était légal et, sans équivoque, de nature civile, mais la qualification d'activité commerciale semblait nécessaire.

¹⁶⁴ D. 1944, I, P. 33

¹⁶⁵ Req, 27 décembre 1944, S. 1945, 1 32 Gaz.Pal. 1945 1 77, D. 1945, 121.

¹⁶⁶ Ibid

¹⁶⁷ Ibid.

5. La qualification d'activité commerciale

La conclusion du mariage étant considérée de nature civile, certaines juridictions en déduisaient que le courtage matrimonial était un acte civil par nature.

L'objectif du courtage matrimonial étant, en effet, la conclusion du mariage, la nature des opérations du courtier faites dans ce sens semblait, à l'évidence, civile. Ainsi, le courtier matrimonial exerçait une profession civile sûrement d'ordre libéral.

La Cour d'appel d'Angers retenait cette qualification civile aux motifs que : « l'activité de conseiller matrimonial qui consiste à rapprocher des personnes en vue du mariage, est de nature civile, classée dans la catégorie des professions libérales et non soumise au droit commercial »¹⁶⁸.

Selon M. Jean Derrupé, la motivation était « plutôt laconique »¹⁶⁹, car elle s'inspirait de l'opinion qui excluait du droit commercial toutes les activités touchant à la famille¹⁷⁰. L'auteur soulignait que l'activité principale de l'agent matrimonial consistait à permettre des rencontres en vue du mariage, ce qui n'avait « aucun rapport avec la vie économique, objet du droit commercial »¹⁷¹.

Cette tendance, ignorant totalement la nature commerciale des contrats de courtage dont la cause consistait en un profit, et la rigidité sur les honoraires du courtier matrimonial, mettait en évidence le refus de reconnaissance du caractère mixte de ce type de contrat par les jurisprudences civiles.

Longtemps restée méfiante, la jurisprudence civile se réservait, effectivement, la possibilité, depuis un arrêt en 1904, de contrôler les honoraires des courtiers, voir de les réduire, s'ils étaient excessifs¹⁷².

Les tribunaux se reconnaissaient le droit de vérifier et éventuellement de réduire les honoraires des courtiers lorsque ceux-ci étaient jugés excessifs¹⁷³.

¹⁶⁸ Angers, 4 fév. 1982, JCP G 1982, IV, 362.

¹⁶⁹ RTD. Com. 1983, p. 57

¹⁷⁰ JAUFFRET, Rép. Com., V Actes de commerce, 1972, n 331.

¹⁷¹ JAUFFRET note sous Limoges, 10 juin 1980, op. cit.

¹⁷² Comme des mandataires dans leur ensemble. GHESTIN (J)

¹⁷³ Cass. Civ., 20 avril 1904 : D. 1904, 1, 420.

La rémunération du courtier était « fonction uniquement des diligences, soins et démarches effectuées et non de la réalisation du mariage »¹⁷⁴, c'est-à-dire que certains modes de rémunération étaient exclus.

Cette exigence d'indépendance de la rémunération par rapport au résultat obtenu par le courtier permettait de douter de la validité des clauses selon lesquelles un supplément devait être versé en cas de réalisation d'une union par l'intermédiaire de l'agence¹⁷⁵. Pourtant, ce type de clause était admis de façon implicite lorsque les juges condamnaient les clients à payer un supplément¹⁷⁶.

Cette contradiction mettait en difficulté la jurisprudence civile qui s'opposait à la commerciale.

La divergence quant à la nature spécifique de l'opération effectuée par le courtier, rejoint le même débat, que nous verrons plus tard, concernant la licéité et la moralité du contrat du courtage matrimonial.

Aujourd'hui, il est admis que le « courtage matrimonial est une activité de nature commerciale qui nécessite une immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) soit en tant qu'entrepreneur individuel, soit sous forme d'une société commerciale. »¹⁷⁷

Pourtant, durant de nombreuses années, pour la jurisprudence civile, admettre le caractère commercial de l'activité de courtier matrimonial revenait à l'abaisser au rang d'une simple opération de courtage classique vers un simple contrat en oubliant la vision « institutionnelle » du mariage.

L'application des règles du droit commercial s'était, comme nous le verrons par la suite, avérée être le meilleur moyen de remédier aux abus dont s'étaient rendus coupables les intermédiaires matrimoniaux.

La jurisprudence commerciale estimait, pour sa part, que le contrat de courtage matrimonial était un acte de nature commerciale.

¹⁷⁴ Trib. Inst. Dijon, 20 janvier 1983, Gaz. Pal, 1983. 1, Somm., 186.

¹⁷⁵ FEURBACH (M.F) « Le courtage matrimonial ». Petites Affiches 27 juillet 1994. p. 3

¹⁷⁶ Ibid. Tribunal d'instance de Metz, 12 mars 1991 et le 8 avril 1993 inédits.

¹⁷⁷ Site de la chambre de commerce et de l'industrie de Paris : Inforeg, « La réponse à vos questions juridiques : agence matrimoniale », rubrique activités réglementées. 2006/2007.

<http://www.inforeg.cci.fr/Agence-matrimoniale-fiche-78-5985.html>

Selon la Cour d'appel de Limoges, la recherche d'un profit suffisait à conclure que cette activité avait un caractère commercial. Elle soutenait « qu'une agence matrimoniale exploitée sous un régime de franchise constituait un fonds de commerce »¹⁷⁸.

Décision confirmée, un an plus tard, par la Cour de cassation selon laquelle « tout acte de courtage est un acte de commerce aux termes de l'article 632¹⁷⁹, dès lors qu'il a pour but la réalisation d'un profit »¹⁸⁰.

La chambre commerciale de la Cour Suprême précisait, en effet, que : « l'agent ou courtier matrimonial, tirant habituellement profit de son entremise, exerce aux termes de l'article 632 du Code de commerce, une profession commerciale »¹⁸¹.

Selon Monsieur Jauffret, cette motivation se serait être insuffisante dans la mesure où le caractère commercial de l'activité était déduit du seul fait qu'il y avait eu recherche d'un profit, condition certes nécessaire de la commercialité mais insuffisante¹⁸².

En 1983, la chambre commerciale de la Cour de cassation réaffirmait le caractère commercial de l'activité des cabinets matrimoniaux dans des termes identiques à ceux employés en 1928 : « Selon l'article 632 du Code de commerce est réputé acte de commerce toute opération de courtage. Violent ce texte la Cour d'appel qui énonce que l'activité qui consiste à rapprocher des personnes en vue du mariage est de nature civile et doit être classée dans la catégorie des professions libérales »¹⁸³.

Comme énonçait M. Jean Hauser : « l'opinion qui dépasse la question du courtage matrimonial vise donc à classer dans les professions commerciales tous les courtiers quelque soit la nature juridique des actes pour lesquels ils s'entremettent »¹⁸⁴.

¹⁷⁸ CA Limoges, 10 juillet 1981 : D. 1981, jurispr. P. 573.

¹⁷⁹ Art. 632 .Code de commerce

¹⁸⁰ DERRUPE (Jean), reprenant le raisonnement de la Cour de cassation dans « Chroniques de législations et de jurisprudences françaises ». Cass. com. 11 oct. 1982. *Lofficial c/ Dame Vauban*, D. 1982. I. R. 536.

¹⁸¹ Com. 11 octobre 1982 : D. S. 1982, inf. rap. 536.

¹⁸² Op. Précitée

¹⁸³ Com. 3 avril 1984 : Gaz. Pal. 1984, 2, 708. Note J. Dupichot.

¹⁸⁴ HAUSER(J) Op. cit. p.5

Ainsi, la qualité commerciale du cabinet matrimonial ne semblait plus faire de doute pour la majorité de la doctrine et pour la jurisprudence commerciale.

La chambre commerciale de la Cour suprême en déduisait, par voie de conséquence, que les dispositions de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, sur les mentions obligatoires dans l'acte de vente d'un fonds de commerce, nouvel article L. 141-1 de Code de commerce, s'appliquaient à la cession d'une agence matrimoniale.

La Cour d'appel de Versailles déclarait donc, en 1988, que la rétrocession à titre onéreux de la concession de franchisage s'analysait en une cession de fonds de commerce et devait également être conforme aux dispositions de la loi de 1935¹⁸⁵.

En revanche, il faut préciser que le droit fiscal classe les agences matrimoniales dans la catégorie des activités relevant de l'agence d'affaire et non dans celle du droit commercial.

Le terme d'agent matrimonial semble, cependant, moins adéquat dans la mesure où il est défini comme : « une personne dont la profession a un caractère commercial et qui s'occupe, à titre mandataire ou non, moyennant une rémunération, de gérer habituellement les affaires des autres, notamment d'administrer leurs biens, de suivre les procès ou de faciliter la réaction ou la conclusion des contrats »¹⁸⁶.

Cette définition ne semble pas très satisfaisante car, comme nous l'avons vu précédemment, le courtier matrimonial ne représente ni ne gère les affaires d'autrui, mais rapproche les personnes.

La qualification de courtier de façon générale semble donc plus exacte : « le courtier est un intermédiaire qui met en rapport des personnes désireuses de contracter entre elles des opérations commerciales et qui est réputé commerçant dans la mesure où il se livre de manière habituelle à cette activité d'entremise »¹⁸⁷.

Le contrat de courtage matrimonial est donc un acte mixte. Il est :

- de nature civile, car il a pour but, à terme, la conclusion du mariage ;
- de nature commerciale, car le professionnel contractant recherche un profit.

¹⁸⁵ Versailles, 24 mai 1988 : D. 1988, inf. rap. P. 124.

¹⁸⁶ GODE (P), Dictionnaire juridique consommation, Dalloz 1983, p. 28.

¹⁸⁷ Encyclopédie Dalloz, Droit pénal, courtier.

C'est effectivement la nature des opérations conclues par le courtier qui définit le caractère civil ou commercial de son activité.

L'image qui ressort de la profession de courtier et du contrat de courtage matrimonial a changé au XXI^{ème} siècle. On est loin de l'ami désintéressé, noble et généreux qui n'aurait d'autre but que d'inciter les personnes à souscrire à l'institution sacrée du mariage.

Selon Monsieur LABBEE : « Aujourd'hui, le courtier matrimonial est assimilé à un commerçant dont le but est la recherche du bénéfice et qui propose à ses clients, rabaisés au rang des consommateurs des contrats évoquant irrésistiblement, par leurs techniques, les contrats de crédit à la consommation »¹⁸⁸.

Toutefois, en pratique, cette distinction ne présente que peu d'intérêt, étant donné que le courtier comme l'agent d'affaires peuvent voir tous les deux leur rémunération réduite si elle est jugée « manifestement excessive »¹⁸⁹.

C'est pourquoi la chambre commerciale de la Cour de cassation relevait, dans son arrêt de 1984, que : « L'expression même d'agence d'affaires lie intrinsèquement l'activité de l'agence à un résultat d'ordre économique à obtenir pour le client », contrairement aux opérations d'entremise matrimoniale qui n'ont, nous le verrons par la suite, qu'une obligation de moyen quant à la recherche du conjoint.

La jurisprudence commerciale clôturait ainsi le débat. Les courtiers matrimoniaux étaient commerçants.

C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la loi du 23 juin 1989, relative à l'information et la protection des consommateurs, afin de régler le courtage matrimonial. L'objectif même de la loi du 23 juin 1989 semble bien confirmer l'adhésion du législateur à cette analyse qui comporte certains avantages quant à la moralisation globale de la profession de courtier matrimonial »¹⁹⁰.

A l'exception des associations de bienfaisance, qui ne réclament aucune participation financière, assujetties à la loi de 1901, ou des courtiers matrimoniaux occasionnels (contrairement au droit rabbinique qui ne fait pas la distinction entre

¹⁸⁸ LABBÉE (X), « Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ? » 1994, Éd. Septentrion. P. 115

¹⁸⁹ Pour agent d'affaires : Civ. 1^{re}, 16 janvier 1980 : D.S. 1980, inf. rap. 308 et pour le courtier : Com. 13 juillet 1958 : RTD Com. 1958. P. 476.

¹⁹⁰ HAUSER (J) Op. cit. p. 5

les courtiers occasionnels et les professionnels), les autres variétés de courtage matrimonial sont qualifiées de commerçants et seront assujetties au droit commercial.

Si on s'intéresse à l'effet de l'article L. 110-1, 7° du Code de commerce (anciennement article 632) qui prévoit que tout acte de courtage est un acte de commerce dès lors qu'il a bien pour but la réalisation d'un profit.

Les intermédiaires matrimoniaux sont donc considérés comme des agents d'affaires ou des courtiers matrimoniaux dont les contrats sont, depuis 1989, très encadrés par la législation.

Sous section 3 : D'un contrat innomé à un contrat de consommation

Sachant que le courtage matrimonial est l'opération consistant pour un intermédiaire (agence matrimoniale) à mettre en rapport, moyennant une rémunération, deux personnes en vue d'un mariage »¹⁹¹, un accord entre les parties, et donc un contrat, est nécessaire.

Pour que cela puisse se faire, en France, il a fallu rattacher ces contrats à un des contrats rentrant dans le cadre légal. Ce qui a provoqué des polémiques, doctrinales et jurisprudentielles, quant à ses caractéristiques: s'agit-il d'un mandat ou louage d'ouvrage ? (1).

Polémiques, plus ou moins solutionnées par la loi du 23 juin 1989, qui règlemente le contrat de courtage matrimonial considéré, depuis cette date, comme un contrat de consommation (2).

1. Mandat ou louage d'ouvrage

Le contrat de courtage matrimonial suscite de nombreuses controverses quant à sa nature : Quel type de contrat est-ce ? Nous avons déjà traité de son caractère civil ou commercial, reste à savoir s'il s'agit d'un mandat ou d'un louage d'ouvrage.

¹⁹¹ HUGOT (J), « Le contrat de courtage matrimonial », JCP. N. n°17, 30 avr. 1999, p. 720.

Pour certains auteurs, s'appuyant sur l'article 1984 du Code civil, le contrat de courtage matrimonial posséderait les caractères d'un mandat, pour d'autres, ceux d'un louage d'ouvrage.

La différence essentielle entre le mandat et le louage d'ouvrage est que le mandataire rend des services en représentant le mandant vis-à-vis des tiers, tandis que le locateur d'ouvrage rend des services sans cette représentation. Le mandataire agit pour le compte du mandant et en son nom, alors que le locateur d'ouvrage ne représente pas celui pour le compte duquel il travaille.

Si nous appliquons les critères du mandataire au courtage matrimonial, il est impossible de dire que le courtier représente ses clients vis-à-vis des tiers ou qu'il conclue en leur nom des actes juridiques, ni même que la volonté de l'agent matrimonial se substitue à celle du client au mariage pour réaliser l'union. Son rôle est de faire des démarches, de mettre en rapport parmi sa clientèle les personnes de l'un et de l'autre sexe qui lui semblent devoir se convenir. Toutefois, la jurisprudence voyait dans l'entremise matrimoniale un contrat de mandat, alors même que le rôle des courtiers n'est pas « de traiter, mais d'expliquer les intentions de part et d'autre et de négocier pour mettre ceux qui les emploient en état de traiter eux-mêmes ».¹⁹²

Il se pourrait qu'elle ait agi de la sorte afin de pouvoir contrôler et réduire, à de justes proportions, la rémunération du courtier.

On peut donc exclure la qualification de mandataire pour retenir celle du loueur d'ouvrage : le courtier s'engage à accomplir un travail et, en contrepartie de cette obligation, le client s'engage à verser le prix convenu, sans charger l'intermédiaire de le représenter. Il loue ses services, ses compétences et l'expérience qu'il a acquise.

Nous verrons dans la Sous-section 3 qu'en droit rabbinique le mandat n'est pas créateur d'obligations entre le mandant et le mandataire qui peuvent se rétracter à tout moment contrairement au *Mandatum* en droit romain.

Cependant, bien qu'identifié en tant que contrat de louage d'ouvrage, le contrat de courtage matrimonial pose problème quant à sa nature civile ou commerciale.

¹⁹² DOMAT, « Les lois civiles ». L. I. Titre XVII. (In FRATANI (J) Op. cite p.56).

2- Un contrat de consommation

C'est la loi n° 89-421, du 23 juin 1989¹⁹³, relative à l'information et à la protection des consommateurs, ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, qui a véritablement institutionnalisé les contrats de courtage matrimonial et par voie de conséquence la profession d'agent matrimonial.

Le législateur définit le contrat de courtage matrimonial comme « l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, proposée par un professionnel »¹⁹⁴. Sans pour autant réglementer la profession, il est intervenu afin de protéger les clients des agences contre les abus des courtiers.

Cette loi, relative à toute une série de pratiques commerciales, assortie du décret d'application du 16 mai 1990, avait donc vu le jour pour réglementer, en partie, le courtage matrimonial professionnel et accorder un statut de consommateur au client.

Les demandeurs de mariage ou d'union stable sont donc considérés comme des consommateurs au sens commun. Et la loi tente de les placer sur le même pied d'égalité que les courtiers matrimoniaux (professionnels)¹⁹⁵. Le contrat de courtage matrimonial est, par conséquent, un contrat de consommation qui s'inscrit, depuis lors, dans le cadre de la protection des consommateurs : « Le candidat à l'union matrimoniale est remis au rang des faibles consommateurs, qu'il convient de protéger contre les abus du courtier () »¹⁹⁶.

C'est, effectivement, le constat d'un abus de puissance économique du professionnel qui a contraint le législateur à établir sa réglementation. Celle-ci apparaissait comme « l'indispensable régulateur du marché de la solitude »¹⁹⁷, car le contractant est considéré comme n'étant pas toujours en mesure de discuter les conditions du contrat.

¹⁹³ J. O. du 29.6.89, p. 8047

¹⁹⁴ Art.6 §1, Loi du 23 juin 1989.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ LABBE (X) « Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ? », P.U. Septentrion, Paris, 1996, p. 117.

¹⁹⁷ HIEDSIECK (G), « Le marché de la solitude et le droit », JCP.G. 1990, I, n° 8, 3432-9.

La loi de 1989, par son formalisme sévère à l'égard du courtier, tente ainsi de rééquilibrer au profit de l'adhérent-consommateur, le contrat de courtage matrimonial, contrat d'adhésion¹⁹⁸.

Elle a donc pour objectif de « responsabiliser le consommateur en améliorant son information et sa capacité de choisir en toute connaissance de cause »¹⁹⁹. Dans cette optique, elle encadre, notamment, l'information du candidat au mariage et la publicité. Il en découle des obligations spécifiques pour le professionnel.

Néanmoins, certains auteurs reprochent, à juste titre, au texte l'absence de réglementation de la profession alors même qu'il accorde une reconnaissance aux agences matrimoniales et donne une dimension juridique au marché de la solitude²⁰⁰.

En effet, on peut déplorer le fait que la loi « n'organise pas la profession ni ne la dote d'un statut contraignant, mais se contente, (), de réglementer et d'encadrer le contrat de courtage »²⁰¹.

Par voie de conséquence, cette étude nous permet de constater l'influence des religions sur la conception juridique du courtage matrimonial aujourd'hui admis par les trois droits, non sans épreuves.

Très encadré par les droits rabbinique et français, qui interviennent régulièrement, pour des raisons différentes, afin de déterminer la rémunération des courtiers et leurs rapports avec les clients, le courtage matrimonial n'est que très peu réglementé par le droit israélien qui défend la liberté contractuelle.

Il est donc intéressant de faire un parallèle avec un autre acte préparatoire au mariage : la promesse de mariage et d'étudier l'impact des mœurs anciennes et de la religion sur ces droits étatiques et religieux.

Que devient cet acte sacré dans les sociétés qui se laïcisent ?

¹⁹⁸ Trib. Ins. Sélestat, 24 mai 1984 et Trib. Inst. Colmar, 9 octobre 1990. Hiedsieck (G), « Le marché de la solitude ». Op. cit numéro 13.

¹⁹⁹ J.O. Déb. Ass Nat. C.R. 26 novembre 1988, p. 2790-2, Recommandation 87-02.

²⁰⁰ HEIDSIECK (G) « Le marché de la solitude et le droit », JCP G 1990, I, 3432 ; HAUSER (J) « Courtage matrimonial », Jurisclasseur, 2, 2003.

²⁰¹ HAUSER (J) « Courtage matrimonial », Jurisclasseur, 2, 2003.

Chapitre 2 : La promesse de mariage: entre sacralisation et désacralisation

Longtemps, les fiançailles étaient considérées comme nécessaires à la formation et à la consolidation du lien conjugal. Elles étaient passées d'un statut de « mariage à l'essai » à une phase préparatoire du futur mariage qui ne constituait que de simples préparatifs. Toutefois, elles ne constituent pas, aujourd'hui, un acte anodin. Que ce soit pour le droit français, rabbinique ou israélien.

Le silence du Code civil français ne les condamnait effectivement pas pour autant à l'invalidité juridique, mais renvoyait aux règles des contrats pour la condamnation à des dommages-intérêts en cas de rupture de la promesse de mariage.

Certes, la solution actuelle du droit français refuse d'accorder une nature contractuelle aux fiançailles, car elles n'ont pas de force juridique, mais elles revêtent une valeur morale.

Définie comme « un fait juridique orienté vers le mariage civil par une promesse, mais soumis à la liberté matrimoniale »²⁰², les fiançailles sont toujours susceptibles de rupture. « Tant qu'on n'est pas marié, on peut renoncer »²⁰³. Conception qui n'est pas partagée par le législateur israélien qui considère qu'il s'agit bel et bien d'un contrat.

Ce qui va dans le sens du droit rabbinique qui, bien qu'il prône la liberté du mariage, sanctionne la rupture de l'acte sacré que est la promesse de mariage.

Cependant, le législateur français, ne pouvant ignorer le dommage créé par la rupture de la promesse, admet qu'en cas de faute de son auteur le dommage doit être réparé conformément à la responsabilité délictuelle.

Le chemin pour arriver à cette conception de la responsabilité délictuelle fut, en revanche, long. L'étude de l'histoire de la promesse de mariage et/ou des

²⁰² PUGEAULT-CICHELLI (C) « Les fiançailles : affaires conjugales, affaires familiales » , chap 1. *in* Actes du colloque « Les transformations de la conjugalité : Configurations et parcours », Dossiers d'études n° 127, dirigé par DAUPHIN (S), Cnaf, avr.2010, p.13.

²⁰³ Ibid.

fiançailles, de l'Antiquité au XXe siècle, semble donc nécessaire, car le droit évolue en fonction de la société. Elle permet d'appréhender la conception juridique qui en est faite dans chacun des droits étudiés ici qui, dans un premier temps, réduisent la promesse de mariage aux couples religieux (section 1) tout en devant, dans un second temps, composer avec la laïcisation juridique (section 2).

Section 1 : Un acte religieux dans une société laïque

La promesse de mariage trouve ses origines dans les coutumes et usages, ce qui explique qu'elle était un acte originellement religieux.

Pour continuer à exister, cet acte sacré lié au mariage a dû être adapté à la société laïque par les hébreux. Dans la religion juive, c'est un préliminaire obligatoire au mariage (sous section 1) qui a même été (trop) libéralisé par le législateur israélien (sous section 2), voir même désacralisé durant les siècles par les sociétés occidentales (sous section 3).

Sous section 1 : Un préliminaire au mariage religieux pour les Hébreux

Selon le droit rabbinique, la promesse de mariage est depuis tout temps une étape importante, voir incontournable, dans la vie d'un couple. Ce qui ne veut pas dire pour autant que le droit ne s'est pas adapté à l'évolution des mœurs et à fait preuve d'immobilisme. Bien qu'il s'agisse toujours du premier acte du mariage (1) et qu'il soit encore obligatoire (2), il a subi quelques changements afin de toujours exister dans la société contemporaine.

1. Le premier acte générateur du lien conjugal

A l'époque archaïque, les formes religieuses ou solennelles des fiançailles n'étaient pas décrites.

Le concept «Kiddoushin»²⁰⁴, appellation Talmudique donnée aux fiançailles, n'apparaissait effectivement pas dans le récit biblique. En revanche, la notion de «Eroussin»²⁰⁵, appellation Biblique donnée aux fiançailles, y figurait.

Dans la littérature halachique, Kiddoushin et Eroussin sont, en réalité, synonymes et ne font qu'un, mais les langues vivantes jouent des tours. Ainsi, aujourd'hui Eroussin a une signification bien différente dans le langage courant.

Ces confusions et mutations linguistiques s'expliquent notamment par les évolutions des mœurs auxquelles le droit rabbinique a dû s'adapter. (Annexe 7)

Le mariage par étape a subi plusieurs changements : de deux étapes, avec les Kiddoushin/Eroussin à l'époque biblique (a), il est passé à trois étapes, à l'époque talmudique, avec les Shiddoukhim (b), puis est revenu à deux étapes à l'époque moderne, par l'unification des Kiddoushin et Nissouin (c).

a- Les Kiddoushin/Eroussin : première étape du mariage en deux étapes

Les Kiddoushin/Eroussin constituaient l'évènement par lequel les futurs époux se fiançaient. Davantage que de simples fiançailles, comme l'entend notre droit français, les Kiddoushin/Eroussin faisaient partie du processus du mariage qui se divisait en deux étapes. La première étape, constituée par les Kiddoushin/Eroussin, liait déjà fortement les futurs époux puis la deuxième étape, les Nissouin, n'était que la consommation du mariage charnel (4). La première étape représentait tout un rituel, comprenant plusieurs actes symboliques : la sanctification (1), le mohar (2) et le Kiddoush (3), sans lesquels le mariage ne pouvait avoir lieu.

1) *La sanctification*

Avant le don de la Torah, la sanctification d'une femme se produisait dès lors qu'elle avait un rapport sexuel et que l'homme la rentrait dans sa propriété²⁰⁶.

En effet, par ce rapport, l'homme sanctifiait la femme et le couple était considéré comme marié.

²⁰⁴ Kiddoushin, du verbe «Kadesch» qui signifie sacrée. Appellation donnée aux fiançailles par les docteurs du Talmud.

²⁰⁵ Eroussin, du mot grec «eresus» qui signifie «planter» et du mot hébreu «eres» qui signifie «rit»

²⁰⁶ Rambam.Ishout.Ch.1.1

A compter de la Torah, la sanctification ou consécration se faisait sans solennités ni rapports charnels par les Eroussin (fiançailles).

Que ce soit dans le Talmud ou dans le Tanakh, les fiançailles, nommées Kiddoushin ou Eroussin, représentaient donc la sanctification du mariage qui rendait la femme interdite à tout autre homme que son futur mari.

Il s'agissait de la première étape du mariage qui était symbolisée par le fait que l'homme, devant deux témoins qui n'étaient pas de la famille, passait au doigt de sa futur épouse un anneau en prononçant la phrase : « Tu m'es, à présent, sanctifiée (consacrée) par cet anneau, selon la loi de Moïse et d'Israël »²⁰⁷.

Sans les deux témoins, cet acte n'avait aucune valeur. Ainsi, ils étaient obligatoires.

De même, l'anneau devait appartenir au fiancé exclusivement. Il ne devait pas contenir de pierre précieuse, car il était, comme le mariage, d'une valeur simple, d'une beauté simple.

A ses débuts, les Kiddoushin/Eroussin étaient un engagement purement verbal, on se liait par serment au moyen d'un symbole d'alliance : Jacob et Laban dressaient un monceau de pierres en témoignage de leur pacte²⁰⁸.

Selon la Loi rabbinique un homme pouvait sanctifier une femme de trois manières :

- Shtar : un acte écrit remis par l'homme à la femme devant deux témoins sur lequel était écrit « par cet acte tu m'es sanctifiée », et deviendra plus tard l'acte de Kynyan.

- Biah : La plus ancienne forme de mariage, par la consommation, c'est-à-dire par des rapports sexuels durant lesquels l'homme disait à la femme « par ces rapports tu m'es sanctifiée » ;

- Kesef : l'argent remis à la femme pour la sanctifier. L'anneau faisait office d'argent, il avait une valeur pécuniaire et n'appartenait qu'au fiancé qui le remettait à sa future femme.

Aujourd'hui, les deux premiers modes n'étaient plus utilisés et seule la bague, qui a une valeur nominale, servait à sanctifier la fiancée.

²⁰⁷ "

"

²⁰⁸ Genèse, XXXI, 44-50.

Qualifiée d'épouse²⁰⁹, elle était nommée *ishet* (femme du prochain) dans Deutéronome, *meoresset* (fiancée) dans la langue Biblique et *mekoudeshet* (sanctifiée) dans la langue du Talmud.

Elle était interdite à tout autre homme, car déjà liée à son futur mari.

Mise sous sa puissance (Béoulath Baal), elle encourait en cas d'adultère (elle ainsi que son complice) la peine de mort par lapidation²¹⁰.

Ce lien conjugal était accordé par le père en échange du *mohar*

2) *Le mohar*

Le *mohar* était la somme d'argent ou la chose à valeur pécuniaire remise par le futur mari.

La description des fiançailles entre David et Michal²¹¹, dans la Bible, illustre bien les conditions requises pour leur formation. Lorsque Saul disait à David: « tu deviendras mon gendre aujourd'hui », ce dernier savait que les fiançailles n'étaient pas parfaites et que Saul essayait de le piéger.

Comme le précise le Tanakh, le versement du mohar était, effectivement, nécessaire. Sans lui, il ne pouvait y avoir conclusion de la femme et engagement matrimonial. C'est pourquoi Michal ne fut acquise à David que lorsqu'il donnait à Saul cent prépuces de philistins. Cependant, le Roi Saul ne respecta pas son engagement en donnant sa fille à quelqu'un d'autre.

Cette pratique est restée dans les mœurs modernes de la communauté orthodoxe.

En effet, les fiançailles ne sont valides que si elles sont accompagnées d'une action réelle, nommée *she Kynyan* (langage halhikh).

A ce titre, NEUFELD disait que, dans l'ancien droit hébreu « les fiançailles n'étaient peut-être rien de plus qu'une déclaration coutumière établissant qu'une procédure était engagée en vue d'un mariage, déclaration qui pouvait être confirmée et acquérir une pleine signification par une action réelle, le paiement du mohar »²¹².

²⁰⁹ SAMUEL, III, 14.

²¹⁰ DEUTÉRONOME, XXII, 23 et S.

²¹¹ SAMUEL.I. Ch18 V.20-27

²¹² ANTOINE (P), Op. Cit. , p. 14

Pour GAUDEMET, le mohar était « un acte relevant des usages plus que du droit » porteur d'une « incertitude » qui rendait difficile « édifier sur lui seul une construction des fiançailles hébraïques »²¹³.

La racine du mot מוהר appelé מוהר dans la langue moderne, signifie approprier quelque chose à soi-même. Reste à savoir si les fiançailles sont considérées comme un acte de vente.

Les fiançailles entre Jacob et Laban²¹⁴ (pour sa fille Rachel) semblent le suggérer. Jacob proposait à Laban de travailler sept ans pour lui, en échange de quoi il prendrait sa cadette pour épouse. Selon NEUFELD, le mohar constituait une compensation pour la perte des droits du père sur sa fille²¹⁵.

L'attitude de David était donc compréhensible, car les fiançailles avec Michal ne pouvaient se réaliser que si elles étaient précédées par le versement du mohar.

Par ailleurs, ce lien pouvait se créer sans que les futurs époux soient présentés, voir par des mandataires.

Souvent, le futur mari et le père se mettaient d'accord sans la présence de la future mariée.

Le passage de la Genèse, XXIV, 54-59 révèle la pratique par les Hébreux des fiançailles par procuration, ainsi Eliezer concluait les fiançailles d'Isaac et Rebecca. Jacob et Laban concluaient, pour leur part, celles de Jacob et Rachel (fille de Laban). Les fiançailles par procuration remontaient aux patriarches. Il suffisait que le mandat ne soit pas révoqué avant la cérémonie du mariage pour être valable. Ainsi, Eliezer donnait le mohar à Rebecca au nom d'Isaac, et le mariage devenait parfait par sa consommation.

Aujourd'hui aussi, la présence simultanée des deux parties au contrat n'était pas indispensable en droit rabbinique²¹⁶ telle que La Michna²¹⁷ évoque : « on peut

²¹³ GAUDEMET (J), « Originalité des fiançailles romaines », in Sociétés et Mariages, Strasbourg, Cerdic, 1980, p.29.

²¹⁴ GENESE. 29/15-21.

²¹⁵ NEUFELD, Op. Cit. p. 96-98

²¹⁶ GN, XXIV, 4.

²¹⁷ La Mishna (en hébreu משנה, répétition) : C'est la Torah Orale (Torah Chébéalpe). Compilation de toutes les Lois, Règlements et Ordonnances codifiés par Rabbi yehouda Hanassi entre fin 2^e et début du 3^e siècle de notre ère. La Michna comporte six Ordres réunissant l'ensemble de 63 traités (מסכתות).

épouser une femme en lui faisant donner le schétar ou le kesef (pièce d'argent ou symbole afin de marquer qu'elle devient sa propriété) par un tiers. La femme peut aussi charger un mandataire²¹⁸ de recevoir pour elle le symbole du mariage »²¹⁹.

L'engagement Kiddoushin/Erousin n'était pas une promesse, mais un lien déjà conjugal qui se formait lors du versement du mohar par le fiancé nommé gendre²²⁰ au père de la future mariée. Il se matérialisait par le passage de l'anneau et ne pouvait être rompu que par le guet, c'est-à-dire un acte de divorce.

Il faut souligner que, bien que les fiançailles ne fussent pas obligatoires, leur rupture n'était pas chose facile. Seuls la mort, la répudiation voir l'abandon du mohar par le fiancé auteur de la rupture ou le paiement d'une somme égale ou double au mohar, si le père de la fiancée s'opposait à la célébration de l'union, pouvaient y mettre fin.

3) *Le Kiddoush*

Pour célébrer les Kiddoushin/Erousin, les fiancés faisaient la bénédiction des Kiddoushin sur un verre de vin et le buvaient. Le vin symbolisait la joie et était accompagné du kiddoush, qui était (et est toujours) une bénédiction de sanctification récitée lors de chabbath et des fêtes. Et c'est pour cela que les Kiddoushin/Erousin constituaient un acte de sanctification lors duquel la bénédiction de sanctification (kiddoush) était récitée.

Il en est toujours ainsi aujourd'hui.

4) *Les Nissouin : la deuxième étape*

Comme expliqué précédemment, les Kiddoushin/Erousin constituaient la première étape du mariage. Durant la période biblique puis talmudique, le mariage se déroulait donc en deux étapes : les fiançailles, qui étaient constituées des Kiddoushin/Erousin, puis le mariage, nommé Nissouin.

²¹⁸ Talmud. Kiddoushine. P. 46 : Le mandataire a le même pouvoir que le mandant.

²¹⁹ Talmud. Kiddoushine, II, 1; 41 a b.

²²⁰ Genèse, XIX, 14.

Une distinction se fait donc entre le concept de promesse de mariage et celui des fiançailles. Par conséquent, il s'agissait d'un mariage spirituel qui était suivi du mariage charnel.

Les Nissouin constituaient, effectivement, la consommation du mariage, mais aussi l'acte d'élévation. A compter de cette étape, les jeunes gens étaient mariés et résidaient sous le même toit. Ils étaient mariés et pouvaient avoir des relations charnelles.

Cette dernière étape pouvait avoir lieu bien après la première étape.

C'est intentionnellement que, plus tard, les docteurs du Talmud introduisaient les Kiddoushin/Erousin, bien avant les Nissouin, afin que les époux puissent méditer sur l'importance de l'acte qu'ils accomplissaient. L'union charnelle n'était que le complément de l'union spirituelle et c'est en cela que les Nissouin étaient une élévation.

Le Tanakh distinguait donc la fiancée et l'épouse²²¹. Cependant, cette distinction n'avait pas un caractère juridique précis et n'avait que pour objectif de mettre en évidence les conditions de formation du lien conjugal (versement du mohar et deductio).

En effet, le mariage était généralement conclu au moyen de négociations entre les familles des futurs époux qui déterminaient les conditions pécuniaires de sa réalisation. Ces négociations passaient, comme nous l'avons énoncé par les fiançailles. Le prétendant devait verser à son beau père le mohar, et ce paiement était une condition essentielle de la validité du mariage. Le fiancé s'assurait ainsi la possession de sa femme.

A l'époque Biblique, le consentement des enfants n'était pas nécessaire. Le père choisissait.

Effectivement, les anciens Hébreux considéraient qu'il était du devoir des enfants que de respecter le choix de leurs parents. Une loi figurant dans les Dix commandements, juste après les devoirs envers Dieu, le précise²²².

²²¹ Deutéronome, XX, 7- XXII, 22-29.

²²² EWALD (H), « The antiquities of Israel » Lockwood Books and Co, Boston, 1876, P.188.

Le rôle des parents s'était d'ailleurs accru avec l'apparition des Shiddoukhin, dans le cadre desquels ils négociaient les dons, le jour et les conditions du mariage.

b- Les Shiddoukhim : apparition du mariage en trois étapes

L'étymologie des Shiddoukhim dans le judaïsme est d'origine araméenne, elles signifient « silence » et « sérénité²²³ ». C'est-à-dire que la femme trouve le repos et le réconfort dans le domicile de son mari. Il s'agit d'une pratique sociale de la communauté juive orthodoxe dont le but est l'institution de la relation avant le mariage. Une autre explication, tirée de **AROUKH**²²⁴, le Shiddoukh est un **attachement** entre les deux parties.

Définie par la Halakha, les **Shiddoukhim**²²⁵ constituaient (et constituent toujours) le premier lien entre les futurs époux (1) et qui se matérialisait par un contrat (2).

Son utilisation aboutissait à un mariage en trois étapes (3).

1) *Les Shiddoukhim : le premier lien*

Créés par les docteurs du Talmud, depuis l'époque des **Amoraim**²²⁶, les Shiddoukhim n'apparaissent pas dans le Tanakh, mais seulement dans le Talmud. Ce qui explique qu'elles n'étaient pas obligatoires et qu'elles subissaient une évolution importante au fil des années en fonction des mœurs.

« Promesse synallagmatique susceptible de changer le statut personnel des parties dans l'avenir par le mariage »²²⁷, les Shiddoukhim liaient (et lient toujours) contractuellement les futurs époux qui se promettaient le mariage²²⁸.

²²³ Le HARAN (Rabeinou Nissim 1315-1376) Expliquant le Talmud qui traite des Shiddoukhin le Shabbat (shabbat 12a) apportant la preuve du verset des Juges (Ch.5 v.31) **vatishkot Haaretz** (la terre eut du repos). Le Targoum (Traduction) araméen traduit **veshadohat Araa** Aussi, le verset de Ruth (Ch.1.v.9) **Dumtsena Menouha** signifie vous trouverez sérénité.

²²⁴ Dictionnaire Talmudique datant du 11 e siècle de Rabbi Natan de Rome

²²⁵ Shiddoukhin en hébreu moderne arrangement du mariage, le fait de mettre en rapport une jeune fille et un jeune homme en vue d'un mariage. Le « chadkhane » est par conséquent un marieur

²²⁶ Docteurs du Talmud judéo-araméens entre 200 t 400 CE

²²⁷ SHORSHEVSKI (B), « Droit de la Famille » 3^e éd, Jérusalem. p. 12.

²²⁸ Arrêt Sidis v. Sidis JP 12 1/55 P. 1137-1140: « La promesse de mariage ne rentre pas dans le statut personnel et ne forme que la promesse de changer le futur par le mariage à venir ».

Il s'agissait donc d'une promesse de mariage que le droit rabbinique distinguait des fiançailles (Kiddoushin/Eroussin). En effet, désireux de solenniser et sacréaliser le mariage, les docteurs du Talmud ont codifié les Kiddoushin/Eroussin afin de protéger l'institution contre les profanations.

En effet, les futurs époux se promettaient le mariage, mais il ne s'agissait pas d'un lien conjugal. La rupture était possible, contrairement aux Kiddoushin (fiançailles) qui ne pouvaient se rompre que par un divorce (le guet).

Toutefois, cet acte était important car tout homme se mariant sans ce préalable était, à l'époque des amoraim, sanctionné physiquement.

Les docteurs du Talmud avaient pour principale intention, en les créant, d'éviter que les Kiddoushin/Eroussin soient effectués de manière précipitée sans y avoir réfléchi.

Les Shiddoukhim permettaient donc de méditer et prendre la mesure de l'importance des Kiddoushin/Eroussin.

Les Shiddoukhim, au fil des années, étaient aussi devenus une institution facilitant les rencontres des jeunes gens et réunissant les meilleures conditions pour constituer une famille.

Aujourd'hui, dans le langage courant le terme Shiddoukhim est, effectivement, employé pour décrire l'étape permettant à l'homme et la femme de se rencontrer et/ou fréquenter afin d'éventuellement se marier.

Cependant, cet emploi du mot ne correspond pas à sa définition originale.

En effet, le concept tel que l'entendait la Halakha (loi juive) est remplacé, dans le langage actuel, par Eroussin.

Bien que le terme Eroussin signifie fiançailles, ce mot est actuellement utilisé pour désigner la promesse de mariage.

Le langage de la Halakha utilise, pour sa part, toujours le terme Shiddoukhim.

« Jusqu'au moyen âge les kiddoushin-Eroussin avaient lieu juste après les Shiddoukhim, ce qui explique la confusion shiddoukhim-erousin »²²⁹.

Par ailleurs, que ce soit lors de leur apparition ou aujourd'hui, les Shiddoukhim peuvent aboutir à un contrat verbal ou écrit (Tenaim).

²²⁹ Encyclopédie Hébraïque DAAT/ www.daat.ac.il

2) Les Tenaim

A l'institution des Shiddoukhim s'était jointe, quelques temps plus tard, la pratique des Tenaim²³⁰.

Contrat oral ou écrit par lequel les parents des futurs époux se liaient, les Tenaim, appelés Psikata²³¹, comprenaient : l'engagement de se marier, l'engagement pécuniaire des parties et des parents, la clause pénale pour indemnités en cas de rupture et la signature de deux témoins.

Par conséquent, les parties disposaient de toute leur liberté jusqu'au mariage²³², car au regard de la Halakha leur statut personnel n'était pas changé par les Tenaim. Ils pouvaient rompre à tout moment, ce qui pouvait causer des préjudices à l'autre partie. C'est pourquoi, l'objet de ce contrat était, aussi, de prévoir la réparation des préjudices matériels et moraux subis du fait de l'abandon du projet.

Ce qui constituait (et constitue toujours) une exception dans le droit rabbinique qui n'admettait pas le préjudice moral.

Les Tenaim étaient donc le contrat déterminant les conditions (surtout pécuniaires) du mariage projeté et les Shiddoukhim en étaient le jour de la signature, symbolisés par une célébration.

Toutefois, ils ne se réduisaient pas qu'aux conditions du mariage, mais s'étendaient également aux conditions des fiançailles.

Généralement les Tenaim étaient écrits et rédigés en deux exemplaires remis aux pères des parties, mais lorsqu'ils étaient oraux, ils ne pouvaient être valables que si les Shiddoukhim étaient immédiatement suivis des Kiddoushin/Eroussin.

Nommés *Shhtar Tenaim* par la communauté ashkénaze, et *Shhtar kynyanim* par la sépharade, (*Shhtar* signifiant contrat), ils étaient validés par le kynyan (acte de propriété).

Selon la Halakha, le kynyan se faisait par le *kynyan souddar* c'est-à-dire un des deux témoins remet aux fiancés et à leur parent un objet ou un foulard lui

²³⁰ Tenaim (qui signifie conditions en hébreu) : contrat prévoyant les conditions du mariage projeté.

²³¹ Les engagements financiers faits à l'oral ou à l'écrit envers les futurs mariés

²³² Eben Haezer, L. art. 5 ; Beth Samuel, LI, art. 1, LXXXII, art. 5.

appartenant. Ces derniers le soulèvent chacun à son tour, en présence des témoins, et s'engagent de la sorte à respecter toutes les clauses des Tenaim.

Conclus dans le cadre des Shiddoukhim, ils assuraient la pérennité du processus du mariage en trois étapes.

Par conséquent, Jusqu'au XIIe siècle, le mariage se constituait par trois étapes²³³ :

1. Les Shiddoukhim, qui constituaient la promesse de mariage
2. Les Kiddoushin/Erousin, lorsque l'homme remettait la bague à sa fiancée
3. Les Nissouin, lors de la consommation du mariage

A partir du XVIe siècle, le droit Talmudique subissait quelques modernisations en cette matière en unifiant les Kiddoushin/Erousin au Nissouin.

c- Les Kiddoushin et Nissouin : Une seule célébration

Lors de la disparition des conditions de vie primitive, le mariage en trois étapes ne correspondait plus aux mœurs de la société.

Kiddoushin et Nissouin étaient réunis (1), pour ne former qu'une seule et même célébration (2). Le mariage ne se déroulait ainsi plus qu'en deux étapes (3).

1) *Les Kiddoushin/Erousin et Nissouin : unification*

Les statuts des meorasim (fiancés) étaient contradictoires : après les Kiddoushin, la femme était sanctifiée, donc consacrée, à l'homme. Elle lui appartenait, pourtant elle n'habitait pas sous le même toit que son fiancé et les rapports sexuels étaient interdits jusqu'aux Nissouin.

Il y avait un lien conjugal (qui ne pouvait être rompu que par le guet), mais sans rapports conjugaux durant des périodes parfois très longues. Une période de un à douze mois pouvait séparer les Kiddoushin/Erousin des Nissouin.

Tous les inconvénients, sans les avantages.

Cette incompatibilité avec les exigences de la vie moderne aboutissait à la réunion des deux institutions Kiddoushin/Erousin et Nissouin qui ne formaient plus qu'une seule cérémonie sous la houppa, devant le rabbin.

²³³ REDZINGER (A), « Les fondements Halachiques du droit de la famille en Israël », www.hamishpat.com/Courses/99002/002-notebook-2004-boaz-full.doc ; HERSHBURG (A.S), « The Betrothal and Nuptial Practices in the Talmud Period », Ha-atid, 1923, p. 75-102.

A compter de cette période, le mariage ne se déroulait donc plus qu'en deux étapes : Shiddoukhim et Kiddoushin/Eroussin-Nissouin. C'est-à-dire la promesse de mariage, puis les fiançailles et mariage lors d'une même célébration.

2) Une célébration unique

A partir du XVI^e siècle les Kiddoushin/Eroussin pouvaient se dérouler en même temps que les Nissouin, en présence d'au moins 10 personnes et devant le Rabbin²³⁴.

En 1950, le Consistoire central de Jérusalem interdisait la séparation entre les Kiddoushin/Eroussin et les Nissouin.

A compter de cette période, tous les Kiddoushin se déroulaient lors de la même célébration que les Nissouin, sous la houppa²³⁵.

Cependant, les Kiddoushin et Nissouin étaient bénis par deux bénédictions différentes (deux kiddoush avec deux coupes de vin différentes) et séparés par la lecture de la ketouba²³⁶.

Définie comme le contrat de mariage écrit, que l'homme donnait à la femme qu'il épousait, dans lequel étaient détaillées toutes ses obligations envers elle et la somme qu'il lui donnerait en cas de divorce, la ketouba est obligatoire car il est interdit de vivre mariés sans.

Ainsi, ce contrat de mariage était lu, dans son texte araméen original, entre les deux événements, après les Kiddoushin et avant les Nissouin.

Cette unification des deux événements renforçait l'importance des Shiddouhin et aboutissait à un mariage en deux étapes.

²³⁴ HERMAN (D). Op. Cit. P.85-87

²³⁵ Houppa (de l'hébreu : אֶרֶב) : Dais nuptial constitué d'un drap, d'une étoffe, voir d'un châle de prière, que l'on étend sur quatre piliers, fixée devant l'arche sainte sous lequel on fait entrer les jeunes mariés suivi d'une cérémonie des sept bénédictions (Sheva Berahot).

²³⁶ Ketouba : Contrat du mariage que le mari remet à la femme sous la Houppa et dans lequel sont énumérés tous ses devoirs matrimoniaux. L'objectif même de cet acte est de prévoir la somme des indemnités pécuniaires que devra payer le mari si sa femme se retrouve divorcée ou veuve

3) *Un mariage en deux étapes*

De trois étapes, le mariage était passé à deux étapes. Les Shiddoukhim, qui n'étaient pas (et ne sont toujours pas) obligatoires, étaient maintenues et vivement conseillées. Ce qui révèle leur importance en droit Rabbinique.

Elles précédaient (et précèdent toujours) l'évènement unique Kiddoushin-Nissouin.

Le RAMBAM expliquait que le fait de épouser une femme sans les Shidoukhim, n'invalidait pas pour autant l'acte du mariage, mais était vu comme un acte rebelle²³⁷. Contraire aux règlements institués par de grands Rabbins remontant à l'époque du Talmud Babylonien 300 ans après JC, il méritait d'être puni par des Malkot²³⁸. Sanction physique due pour avoir eu un comportement rebelle, contraire aux bonnes mœurs. Il existe toutefois une interdiction pénale d'organiser les kiddoushin dans une cérémonie privée sans la présence du Rabbin et ce pour éviter la violation de la Loi rabbinique du mariage²³⁹.

Les Shiddoukhim remplaçaient, en quelque-sort, les Eroussin. Les usages faisaient apparaître un Kynyan lors des Shiddoukhim.

L'extrait d'un acte des Shiddoukhim, datant de 1291²⁴⁰, démontre qu'au moment des Shiddoukh, un Kynyan avait lieu. Ce dernier ordonnait aux parties de se marier à une date déterminée. Ce Kynyan se substituait à celui qui avait lieu durant les Kiddoushin.

Ce préliminaire au mariage garde toujours une place importante pour les pratiquants.

2. **Un pré requis au mariage quasi obligatoire**

Comme vu précédemment, en droit rabbinique, la promesse de mariage se distingue des fiançailles. Ce qui fait que l'équivalent de la promesse de mariage ou des fiançailles, tel que défini par les droits français et israélien, porte une appellation différente en droit rabbinique. Cette tradition culturelle juive des fiançailles servait d'ailleurs d'exemple et influençait des exhortations proposées aux

²³⁷ RAMBAM.Halhot Ishout.Ch.3,22

²³⁸ Talmud.Kiddoushin.. 12b

²³⁹ Articles 182 et 198 Loi Pénale de 1977.

²⁴⁰ Responsa HARASHBA.v.3.ch.210

curés à la fin de la célébration des fiançailles au XVIII^e siècle. Comme vu précédemment, les chrétiens étaient invités à rechercher la vertu et les bonnes mœurs lorsqu'ils désiraient se marier.

Cette distinction fiançailles/promesse de mariage est importante car elle n'est pas sans répercussions sur les conditions de validité du contrat que est la promesse de mariage.

Le langage juridique rabbinique utilise le terme « Shiddoukhim »²⁴¹, qui signifie : « une promesse synallagmatique susceptible de changer le statut personnel des parties dans l'avenir par le mariage »²⁴². Fiançailles et promesse de mariage ne font pas qu'un en droit rabbinique. Ce qui a créé des problèmes de droit en Israël. Le pays se voulant laïc, les compétences juridiques des Tribunaux rabbiniques ont été réduites au droit de la famille pour les personnes désirant résoudre leur litige en conformité avec leur religion. Il faut donc savoir si les Shiddoukhim sont des actes de droit commun ou de droit de la famille. Question qui prenait tout son sens, à la fin du XX^e siècle, lors de l'affaire Sidis contre Sidis. A cette époque déjà, les fiançailles relevaient du droit commun, car elles étaient considérées comme un contrat. Or, le statut spécial des Shiddoukhim amenait les juristes à se demander si elles étaient, comme les fiançailles, un contrat et relevaient donc du droit commun ou si elles étaient un simple acte juridique relevant du droit de la famille.

Dans l'arrêt Sidis contre Sidis, rendu par un Tribunal spécial²⁴³, les avis du juge du Tribunal rabbinique, M. Goldschmidt, et du juge du Tribunal civil, M. Agrant, divergeaient. Ce dernier considérait qu'il résultait du langage du droit rabbinique que les Shiddoukhim n'étaient qu'un simple contrat et que le Tribunal rabbinique n'était pas compétent. Pour sa part, le juge du tribunal rabbinique considérait que la promesse de mariage relevait du droit de la famille et donc du droit rabbinique. Le tribunal spécial tranchait, à la majorité des voix, en faveur de la conception du

²⁴¹ Arrêt Sidis v. Sidis JP 12 1/55 P. 1137-1140. 28 juillet 1954

²⁴² SHORSHEVSKI (B) : « Droit de la Famille » 3^e éd, Jérusalem. p. 12

²⁴³ Créée à l'époque du mandat Britannique lorsque le droit de la famille avait été institué par la loi 55 du Roi en vertu de laquelle en cas de litige de compétence, le tribunal doit siéger avec une composition spéciale qui tranchera.

juge du tribunal civil, en décidant que **ה** promesse de mariage était un contrat de droit commun²⁴⁴**ה**

Pour comprendre cette confusion terminologique, il faut comprendre la formation du lien conjugal durant la période Talmudique. La Loi biblique ne prévoyait aucune forme précise pour la conclusion du mariage si ce n'est une distinction mal définie opérée occasionnellement entre l'état de la fiancée et celui de l'épouse²⁴⁵. Il ne semble pourtant pas que cette distinction ait eu, alors, un fondement juridique et que les fiançailles aient constituées une institution organisée ayant des effets propres, distincts de ceux du mariage. En revanche, on peut distinguer, dans la législation talmudique, deux théories différentes sur la formation du lien conjugal : l'ancienne théorie, qui n'est pas expressément formulée, mais qui se reflète dans les termes du contrat de mariage juif (la Ketouba), puis la nouvelle théorie développée, par écrit, dans le droit talmudique. La première, constate les consentements mutuels des époux, sans pour autant mentionner un acte particulier nécessaire à la formation du mariage. C'est le père de la fiancée qui accomplit à lui seul les différentes formalités, les époux n'ont qu'un rôle passif lors de la célébration du mariage²⁴⁶. Pour sa part, la seconde théorie prend en compte la personne juridique des parents et des fiancés. Elle est caractérisée par la formule que doit prononcer le **ה**mekadech**ה** celui qui sanctifie la femme, par un certain nombre de formalités imposées aux parties.

Le Talmud²⁴⁷ ordonne le respect des règlements et le contrôle de celui qui les enfreint. Ce qui explique que, selon les textes rabbiniques, bien que la promesse de mariage soit un contrat, elle fait partie des lois relatives au Kiddoushin et doit, par conséquent, être classée dans le droit de la famille²⁴⁸.

Le RAMBAM²⁴⁹ va dans ce sens. Selon l'ouvrage, un mariage sans ce préalable, même valide, mériterait une sanction physique par les Rabbins²⁵⁰, car il serait mal

²⁴⁴ Arret Sidis précité

²⁴⁵ Deutéronome, XX, 7 ; XXII, 22-29

²⁴⁶ COHEN (A) : « Le Mariage et les donations matrimoniales en Droit Hébraïque », Thèse, Tunis. 1960, p.104.

²⁴⁷ TALMUD. Kiddoushin.12b

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ RAMBAM. **ה**Halhot ishout**ה**Ch.3-22.

²⁵⁰ Rav Abba Areka (175-247), Maître d'une école Talmudique a Soura.

vu. Il relèverait de la débauche et s'assimilerait à un comportement contraire aux bonnes mœurs. Les Rabbins se doivent de le punir²⁵¹, car l'homme exploiterait l'accord instantané de la femme qui a été séduite par lui. Le Professeur Redzinger²⁵² attire l'attention sur le fait qu'il existe une différence d'exécution de ce type de sanction en fonction des communautés. Ainsi, la communauté juive ashkénaze ne considère pas le défaut de la promesse de mariage comme un acte grave. Contrairement à la communauté Sépharade dont le rédacteur du Choulhan Arouh, Rabbi Yossef Caro, considère que les Shiddoukhim occupent une place importante. Le Choulhan arouh²⁵³ rappelle la sanction physique due pour rupture de la promesse de mariage. Il souligne, en effet, l'importance de faire la promesse de mariage en précisant que les sages avaient prohibé le mariage par la consommation, dans la mesure où cela s'apparentait à de la prostitution. Ce qui explique l'importance de la rédaction de l'acte pré matrimonial des Tenaim prévu par mesure de précaution, surtout dans la communauté orthodoxe Ashkénaze, afin de rendre difficile la rupture de la promesse de mariage. Chez les Hassidim²⁵⁴, le fait de rompre une promesse de mariage est considéré comme un acte plus grave que le divorce du fait de la honte qu'engendre cette rupture. Par conséquent, ces différentes sources permettent de déduire que les Shiddoukhim constituent une étape pré matrimoniale contractuelle quasi obligatoire afin de requérir le consentement des parties à s'unir pour la vie. Sa rupture n'est donc pas sans conséquences en droit rabbinique.

3. Les effets de la rupture : une responsabilité contractuelle

Le droit rabbinique permet l'ouverture d'une action en justice pour rupture de promesse de mariage, mais les choses sont plus simples qu'en droit français, et même qu'en droit israélien. En effet, la promesse de mariage est un préalable

²⁵¹ Trib.Rab. Gnor v. Yoetzmish 208/53 JP 8 (1) 833 1954

²⁵² REDZINGER (A) : « Les Fondements Halachiques du droit de la famille », 2004, par Weimer (B). P. 22 : http://bis.bgu.co.il/law/?c_inst=3975&name

²⁵³ CHOULHANE AROUKH. Even Haezer. 26-4

²⁵⁴ Hassidim : (pluriel de Hassid) qui veut dire litt. Pieux, Dévot. Mouvement juif apparu au xviii siècle qui porte l'accent sur la prière et la joie dans le judaïsme sous l'impulsion du Rav Baal Shem tov (1698-1760) et de ses élèves.

obligatoire au mariage et dans la plupart des cas un acte écrit est rédigé et contient une clause pénale. Ce qui permet d'appliquer les règles de droit commun concernant la responsabilité contractuelle personnelle (a) et les effets patrimoniaux de la rupture (b), tout en appliquant les sanctions prévues au contrat par les parties.

a- Les effets personnels

L'existence d'un acte écrit contenant une clause pénale facilite l'établissement de la preuve (1) et du montant des dommages-intérêts éventuellement dus puis exclut la nécessité de prouver l'existence des préjudices.

Cependant, il n'en reste pas moins que les préjudices existent et sont aussi pris en considération en droit rabbinique (2). De même, le fait générateur doit être déterminé (3). Pourtant, la nécessité d'un lien de causalité n'est pas une notion développée par les textes, car elle est implicite.

1) *La preuve*

Comme que le droit rabbinique considère la promesse de mariage comme un contrat, l'existence de la promesse de mariage doit être démontrée, ainsi que le fait que la rupture était injustifiée et c'est à la victime qu'incombe la charge de la preuve.

Contrairement au droit français, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un dommage. En effet, c'est dans le droit israélien que le droit rabbinique justifie l'exclusion de cette preuve. Selon l'article 15 du Code des Contrats de 1973: « lorsque la somme des dommages et intérêts est prévue dans le contrat, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'un préjudice. Toutefois, si le juge les estime excessifs par rapport aux causes de la rupture, il a le pouvoir de les réduire »²⁵⁵.

²⁵⁵ RAKOVER (N) : HOK LEISRAEL Droit Rabbinique et Indemnités pour rupture de contrat Ed. Moreshet Israël. Jérusalem. 2004 : http://www.mishpativri.org.il/researches/hafara15.htm#_ftn16

Conformément à la Loi rabbinique relative à la responsabilité civile²⁵⁶ : « la charge de la preuve appartient à la victime de la rupture qui doit prouver que les conditions du contrat relatives aux indemnités avaient été remplies »²⁵⁷.

Ainsi, dans l'arrêt Sidis v Sidis²⁵⁸, il a été jugé : « qu'en matière de Shiddoukhim, la règle relative à la charge de la preuve est celle qui prévaut en droit de la responsabilité civile qui veut que la charge de la preuve soit celle du demandeur. Qu'il ne suffit pas qu'il prouve de fait qu'il a raison, mais qu'au regard de la Loi Rabbinique, les conditions du contrat avaient été remplies²⁵⁹ ».

Comme vu précédemment, la promesse de mariage, Shiddoukhim, est écrite et rédigée en présence de témoins. Les parties signataires sont les fiancés, mais aussi les parents. Ce qui a pour conséquences de grandement faciliter la preuve de l'existence de la promesse.

L'écrit, les témoins et la multiplicité des parties rend l'existence de la promesse de mariage incontestable. Reste à prouver que les conditions du contrat ont bien été respectées.

Cependant, l'acte de Tenaim²⁶⁰ n'étant pas obligatoire il peut ne pas y avoir d'écrit. Dans ce cas, lorsque l'acte de la promesse de mariage n'est pas prouvé, ni même la fixation d'une somme d'argent pour les dommages-intérêts, la victime peut demander la restitution des cadeaux et le remboursement des frais engagés²⁶¹ à condition que l'acte de Kynyan²⁶² ait bien été fait²⁶³.

²⁵⁶ MISHNA. Baba Kama.35a <http://www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=452> ;

²⁵⁷ SHALEV (G) : « Les contrats ». p. 596

²⁵⁸ Trib.Spec. Sidis v Sidis 28 juillet 1954 précité Voir aussi arrêt Skornik v Skornik 51/191 JP 8. 141. www.takdin.co.il

²⁵⁹ REDZINGER (A) : « Les Fondements Halachiques du droit de la famille » 2004. Par Weimer (B). P. 24 : http://bis.bgu.co.il/law/?c_inst=3975&name

²⁶⁰ TNAIM : l'acte écrit de la promesse de mariage dans lequel sont prévues les conditions de la mise en œuvre du mariage et engagements financiers en cas de rupture.

²⁶¹ CHOULHANE AROUKH. Loi numéro 22

²⁶² TALMUD.Baba matsia.97 (kynyan: Acte physique qui symbolise le transfert de propriété. Acte d'engagement. Par cet acte le transfert de propriété est réputé valide. Il est obligatoire pour valider des contrats dont les objets ne sont pas une action réelle, comme celui de la promesse de mariage)

²⁶³ SHORSHEVSKI. Op. Cit. p. 22

Une fois la validité du contrat de promesse de mariage reconnue, la victime doit apporter la preuve que ce dernier a été rompu injustement. Dès lors, l'auteur devra verser des dommages et intérêts²⁶⁴.

Comme en droit français et israélien, en droit rabbinique la rupture sans justes motifs de la promesse de mariage ne donne pas droit à l'exécution forcée, mais à paiement de dommages et intérêts en cas de préjudices causés directement par la rupture²⁶⁵.

2) *Le préjudice*

Comme en droit français, l'auteur de la rupture injustifiée de la promesse de mariage doit indemniser la victime pour les préjudices moral et matériel.

En dépit des divergences existantes entre les docteurs du Talmud²⁶⁶ quant à l'obligation d'indemniser le préjudice moral, qui est nommé préjudice de la honte et est considéré comme un préjudice indirect, il est recommandé de l'indemniser²⁶⁷.

D'autant plus que, selon la Torah, ce préjudice est aggravé. En effet, la Torah interdit avec virulence le fait de causer une infamie (*Shoshet*) à son prochain²⁶⁸. Les docteurs du Talmud ont étendu cette règle en assimilant le préjudice de la honte au meurtre: « kol hamalbin penei havero barabim keilou shofekh damim ». Ce qui veut dire : « faire honte à son prochain en public s'assimile à un meurtre »²⁶⁹. En hébreu, le mot « Damim » a une double signification : La plus courante, est le sang. La moins courante, mais plus utilisée dans le langage biblique, est l'argent. Ce qui explique le fait que l'on admette l'indemnisation du préjudice de la honte par une somme d'argent.

²⁶⁴ BAS (D) : Op. Cit. P. 118

²⁶⁵ RAMBAM. Loi sur la vente. 11-2

²⁶⁶ Talmud. Baba Kama.

²⁶⁷ RAKOVER (N) : Indemnités pour préjudices non matériels. HOK LEISRAEL Ed. Moreshet Israel. Jerusalem. 2004.

²⁶⁸ Encyclopédie Talmudique hébraïque: Infamie/Bousha Vol. 9. P. 207-214

²⁶⁹ TALMUD. Baba Matsia. 58b:

En principe, le droit rabbinique n'attribue pas d'indemnités pour le préjudice moral²⁷⁰, mais en cas de rupture de contrat, il y a réparation de ce préjudice lorsque les parties l'ont explicitement prévu dans le contrat et qu'il y a eu *Kynyan*. Cependant, à l'époque des Géonim²⁷¹, il avait été décidé que même lorsque les parties n'ont pas fixé le montant des indemnités dans le contrat des *Penaim* ou n'ont pas rédigé un contrat, mais ont juste fait le *Kynyan*, le tribunal rabbinique a compétence pour arrêter le montant des indemnités au cas par cas²⁷². En effet, le droit rabbinique est un droit casuistique qui résout les problèmes par des actions concrètes au moyen de principes généraux²⁷³. Les Géonim n'ont donc pas changé la règle initiale du Talmud, selon laquelle il n'y a pas d'indemnités en cas de préjudice moral, mais ont conclu que l'on peut obtenir le même résultat en se référant à un fondement juridique différent du domaine délictuel, celui de la loi pénale car la honte est aussi une infraction pénale²⁷⁴ en droit rabbinique.

Déjà au 11^e siècle, les sages européens avaient institué des règlements publics interdisant la rupture de la promesse de mariage. Ils considéraient, effectivement, qu'elle « provoquait une mauvaise réputation à la famille et réduisait les chances d'un mariage honorable dans l'avenir »²⁷⁵.

Par ailleurs, le grand Rabbin Meir Ben Barouq (1215-1293), surnommé le *MAHARAM* de Rothenburg, considérait également qu'il y avait une exception à la règle selon laquelle l'obligation de faire ne pouvait être valide que si un acte de propriété *Kynyan* était parallèlement effectué. Il estimait qu'en matière de rupture des *shiddoukhin*, qu'il y ait *Kynyan* ou pas, celui qui causait une honte et

²⁷⁰ RAMBAM. Lois délictuelles. Ch.1. 1-12. *Sefer Mishpatim*, *Sefer Mishpatim*, *Sefer Mishpatim*. GABISON (R) : Application de la morale, indemnités en cas de rupture de promesse de mariage et obligation de motiver les décisions. Mishpatim vol. 8. P. 282. 1978

²⁷¹ Guéonim = Maîtres éminents des centres d'étude du Talmud (Yechivot) de Babylonie, représentaient l'autorité spirituelle dominante. Ils donnaient des éclaircissements concernant surtout la solution des nouveaux problèmes de Halakha (v. déf) qui surgissaient à chaque période. Leur réponses avec leurs explications et leurs décisions forment le *Responsa* des Guéonim qui constitue jusqu'à nos jours la base pour la compréhension des problèmes du Talmud. (Abregé. Choulhane Arouh P.18)

²⁷² SHOHETMAN (E) : *MA* propos des indemnités en cas de rupture de la promesse de mariage. Mishpatim. Vol. 9. 1979.p. 118.

²⁷³ RAKOVER (N) : « *Indemnités pour préjudices non matériels* » : HOK LEISRAEL, Ed. Moreshet Israël, Jérusalem, 2004.p.879 et 1001

²⁷⁴ CHOULHANE AROUH : Hoshen Mishpat. 420-39.

²⁷⁵ GROSSMAN (A) : *Les premiers sages Ashkénazes* Ed. Magens, Jérusalem. 1981. p. 148

infamie devait indemniser l'autre. Ce dernier perdait, en effet, ses chances de trouver un aussi bon partenaire qu'il aurait trouvé avant cette rupture²⁷⁶.

Le Responsa du MAHARIK (Rabbi Yossef Colon 1420- 1480)²⁷⁷ traite d'un cas de rupture de Shiddoukhim d'une femme dont le fiancé avait la garde de son argent et avait décidé de se l'approprier en guise d'indemnités pour le préjudice de la honte causée par la rupture. Selon le Rabbi, il y a obligation d'indemniser ce préjudice en cas de rupture de promesse de mariage, même si les parties ne l'ont pas prévu dans un contrat. En l'espèce, la victime qui était le fiancé, pouvait donc garder l'argent. Cependant, il ne s'agissait que d'une recommandation, la règle étant que l'indemnisation pour le préjudice moral n'est obligatoire que lorsque les parties l'ont prévue lors du contrat²⁷⁸ des Shiddoukhim (Tenaim)²⁷⁹.

Cette insistance, quant à la réparation de ce préjudice, s'explique par le fait que le préjudice moral en cas de rupture des Shiddoukhim est plus grave qu'un préjudice physique ou qu'un préjudice matériel²⁸⁰. Ce qui a conduit les docteurs du Talmud du 17^e siècle, tel le Rabbin Gershon Ashkenazi (1615-1693), d'aller jusqu'à considérer que le préjudice moral, causé par la rupture de la promesse de mariage, devait être indemnisé même en l'absence d'obligation contractuelle.

Le HATAM SOFER (Rabbi Moshé Sofer 1762-1839) décrétait, à propos d'une femme auteur d'une rupture des Shiddoukhim, qu'elle devrait des indemnités en vertu de la règle « hakol lefi hamevayesh vehamitbayesh ». Ce qui voulait dire que la femme qui avait fait honte à son fiancé devait être punie. Dans ce cas d'espèce, le Hatam Sofer considérait que la punition de cette femme qui s'était comportée comme une prostituée, en abandonnant son fiancé pour un autre homme et en lui causant ainsi une grande honte et infamie, était une bonne chose²⁸¹.

²⁷⁶ COHEN (A) : « L'interdiction de faire honte à son prochain et l'obligation de préserver sa dignité en droit Rabbinique ». 2007. Vol 273. Ed. Daat.

²⁷⁷ RESPONSAS MAHARIK..Ed.Oraysoh. Jérusalem 1988

²⁷⁸ BALEVI Y. : PITHEI HOSHEN NEZIKIN; Commentaires sur la Halakha. Ed. Tvounot.1993.Ch.3-42

²⁷⁹ Arrêt 39/55 JP 10 1274-1276

²⁸⁰ SHOHETMAN (E) : Op. Cit. p. 118.

²⁸¹ RESPONSAS HATAM SOFER, 134.

Un des grands principes de la responsabilité délictuelle en droit rabbinique est que la honte est souvent causée à la personne même (et pas à son patrimoine) par une autre personne²⁸².

Il existe donc une présomption irréfragable selon laquelle en cas de rupture sans justes motifs de la promesse de mariage, la partie qui rompt devra des dommages et intérêts à l'autre pour le préjudice de la honte causée. Lors de la conclusion de la promesse, on suppose que les parties s'engagent en même temps à payer pour les préjudices qu'une rupture injustifiée causerait²⁸³. La rupture causerait, en effet, un préjudice de la honte tel qu'il est compréhensible et nécessaire d'exiger cette indemnisation²⁸⁴. Quand bien même l'engagement financier est excessif, et alors même que dans la même situation, dans le cadre d'un autre contrat, le motif de prix exorbitant pourrait être soulevé (Asmakhta), la somme sera ici exigible car : « la honte est un préjudice tellement grave qu'il vaudrait mieux perdre une somme d'argent voir plus que ça »²⁸⁵.

Il est fréquent que le préjudice matériel s'ajoute à la honte.

La communauté juive ashkénaze avait institué un Règlement selon lequel il était interdit d'annuler les Shiddoukhim. Au départ, la coutume selon laquelle les parents des fiancés exigeaient des cautions très élevées pour garantir l'exécution de la promesse s'appliquait. A défaut, les parents obligeaient le fiancé à épouser la fiancée, de crainte pour la réputation de la famille et afin d'assurer le statut financier de la jeune femme.

Le droit rabbinique reconnaît aujourd'hui le préjudice matériel et fixe une règle préexistante afin de l'évaluer: «Hakol lefi hamevayesh vehamitbayesh ». Ce qui signifie qu'il ne suffit pas de se fier à un examen objectif des faits, mais aussi un examen subjectif de la personne de la victime et de l'auteur du préjudice. Plus la victime est une personne importante, plus la gravité de son préjudice sera prise en compte²⁸⁶.

²⁸² Encyclopédie Talmudique. Honte Vol. 3. P. 42-50

²⁸³ SHORSHEVSKI. Op. Cit. P. 18

²⁸⁴ TOSSFOT .Baba Matsia.66a : «

²⁸⁵ CHOULHAN AROUH Ch.207,16

²⁸⁶ COHEN (A) : Op. Cit

».

En vertu de la Halakha, il y a obligation de rendre tout ce qui a été donné et offert à l'occasion des Shiddoukhim, et non seulement entre les parties mais aussi aux tiers. Il faut rembourser tous les frais occasionnés pour la promesse de mariage. Il y a, en effet, une présomption de frais engagés pour le mariage. En effet, les frais engagés et les cadeaux offerts, l'ont été uniquement parce que les Shiddoukhim devaient aboutir au mariage²⁸⁷.

En général, lorsque l'acte des Shiddoukhim a été rédigé, il prévoit une clause pénale comprenant les engagements des parties à payer une somme importante en cas de rupture non justifiée. Toutefois, le taux des indemnités est fixé différemment selon qu'il s'agit de la Halacha ou du droit israélien. Le droit aux indemnités en cas de rupture contractuelle est limité, en droit rabbinique, aux indemnités négatives. C'est-à-dire, à des indemnités qui placeraient la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si le contrat n'avait pas existé. Nous verrons que le droit israélien, pour sa part, applique les indemnités positives. Il remet la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si le contrat avait été exécuté.

Par ailleurs, le droit rabbinique, contrairement aux droits français et israélien, n'oblige pas à indemniser pour le préjudice de la perte de chance²⁸⁸. Néanmoins, si les parties au contrat le désirent, elles peuvent prévoir dans le contrat des indemnités en cas de préjudice pour la perte de chance²⁸⁹.

3) *Le fait générateur*

La rupture d'une promesse de mariage sans justes motifs viole le contrat de la promesse de mariage et constitue donc le fait générateur provoquant le dommage à l'autre partie. En dehors des cas particuliers exonérant l'auteur de la rupture, l'auteur d'une telle rupture devra dédommager la victime.

²⁸⁷ SHORSHEVSKI. Op. Cit. p. 23.

²⁸⁸ TALMUD DE JERUSALEM. Baba Metsia. Ch. 5. Halacha 3 : " , "

²⁸⁹ BAS (D) : Op. Cit. p. 119 : « Même si selon le Choulhan Arouh. (Hoshen Mishpat. 61-11), cette condition sera vue comme une obligation non probante car éventuelle, en tout état de cause il y a une obligation d'indemniser lorsque la clause pénale le prévoit expressément dans le contrat » »

En principe, la loi rabbinique interdit la rupture de la promesse de mariage de façon unilatérale.

Le motif premier est, comme nous le savons, la honte/l'infamie que cette rupture cause à la victime. L'autre motif étant que la Torah énonce l'obligation d'honorer une promesse ou une parole donnée.

A l'époque de la Torah, la personne qui rompait une promesse sans motif légitime était exposée à une sanction. L'obligation de payer des indemnités de rupture telles que prévues dans l'acte de la promesse ou telle que fixée par la coutume locale lorsqu'aucune indemnité de rupture n'a été prévue.

Dans certaines communautés juives orthodoxes on applique une sanction sociale ; l'excommunication de la personne qui a rompu injustement les shiddoukhin. Ça s'appelle *Herem Kehilot*²⁹⁰. Ainsi, le Tribunal rabbinique de Jérusalem a été amené à juger en 1969 un cas dans lequel le fiancé a demandé au tribunal d'enjoindre au père de la fiancée de ne pas marier sa fille avec un autre homme car cette dernière lui a été promise, et ce jusqu'à ce que ce que les choses s'arrangent et a défaut elle lui paiera *Herem* des dommages-intérêts. Le tribunal a rejeté sa demande aux motifs que la sanction de l'excommunication s'applique en plus de l'obligation d'indemniser la victime de rupture de promesse de mariage pour le préjudice de la honte que les parties avaient expressément prévu dans le contrat de Shiddoukhim, Toutefois, l'acte de Shiddoukhin tel qu'il est rédigé de nos jours, ne permet pas l'application du *Herem Kehilot* dans la mesure où ce sont les parents des fiancés qui rédigent l'acte et qui s'engagent pour le compte de leurs enfants. Ces derniers ne font que consentir ²⁹¹

Aujourd'hui, comme en droit français, le droit rabbinique exige qu'il y ait une base légale à l'action en justice afin d'obtenir des dommages et intérêts. En plus de la preuve de l'existence de la promesse de mariage, il faut que la rupture soit sans justes motifs. Conformément à la loi²⁹² et à la jurisprudence rabbinique²⁹³, il existe une présomption irréfragable de consentement d'indemnisation en cas de

²⁹⁰ KALBO.116-197

²⁹¹ Trib.Rabb.176/1969 (in KAHANA. *Le lieu du Jugement* Rev.Thoumin.VOL.8.2000.p.11)

²⁹² SHORSHEVSKI. Op. Cit. P. 18 ; selon TOSFOT Baba Metsia 66a et leResponsa HAROSH.Principe 34-2

²⁹³ Arrêt Marom v Marom précité

de la volonté de l'auteur alors qu'il avait déjà connaissance des faits litigieux et qu'il ne s'agissait pas d'événements extérieurs et indépendants de sa volonté³⁰¹.

Seule l'aggravation de la situation d'origine peut éventuellement exonérer l'auteur de la rupture qui en avait connaissance. Par exemple, le fait que la maladie de l'autre partie se soit sérieusement aggravée ou le fait que l'une des parties adopte toujours un mauvais comportement ayant pour conséquence de ternir de plus en plus la réputation de l'autre.

La liste exhaustive des causes d'exonération est fournie dans le CHOULHANE AROUH³⁰².

Comme le droit français, le droit rabbinique admet qu'il existe de justes motifs de rupture. Il est, en effet, des cas spéciaux dans lesquels l'une des parties est autorisée à rompre unilatéralement la promesse de mariage quand bien même la promesse a été suivie d'un serment. L'auteur de la rupture sera exonéré de paiement d'indemnités lorsque la rupture est due à des causes sur lesquelles il n'a pas d'influence. Une liste a été établie. Constituent ainsi des causes d'exonération :

-1. Le comportement immoral du co-promettant: lorsque le/la fiancé(e) a un comportement immoral, tel que l'alcoolisme, la rupture par l'autre partie est admise.

- 2. Le comportement indécent de l'autre partie: lorsque le/la fiancé(e) a un comportement indécent, l'autre partie peut se libérer de sa promesse sans payer de dommages et intérêts.

- 3. La conversion du (de la) fiancé(e): le droit rabbinique étant un droit religieux, la conversion pose problème et constitue une situation exceptionnelle justifiant exonération de celui qui ne s'est pas converti et qui n'est pas concerné par cette conversion. Ainsi, lorsque l'une des deux parties se convertit à une autre religion, le copromettant peut rompre sa promesse.

Cette règle a été étendue à la famille proche. Ce qui veut dire que lorsqu'un proche de la famille de l'un des fiancés s'est converti à une autre religion, le copromettant peut rompre la promesse de mariage car cela cause une honte à sa propre famille.

³⁰¹ CHOULHANE AROUKH: Pithei Tshouva 14.

³⁰² CHOULHANE AROUKH.Ch. 50 ; Otsar haposkim articles 34 a 37

Dans ce sens, lorsque la conversion de l'un des parents du/de la fiancé(e) a été découverte, la rupture par l'autre partie est admise.

- 4. La violence d'un membre de la famille: lorsqu'un frère du fiancé est très violent, la fiancée peut rompre légitimement la promesse de mariage.

- 5. Les vices du consentement: comme en droit français, lorsque le consentement d'une des parties ou des deux est vicié, le contrat est nul. Ce qui rend légitime la rupture.

Le droit rabbinique énonce ainsi comme motifs légitime de rupture le mensonge, comme le mensonge sur l'âge de la fiancée, et les pressions des parents exercées sur les fiancés ou l'un des fiancés, car il est impératif de requérir les consentements sincères des fiancés³⁰³.

- 6. La faillite: les changements importants de situation financière sont admis comme des motifs légitimes de rupture de la promesse de mariage, car le copromettant se était engagé avec une personne ayant une situation déterminée. Un changement important a, effectivement, pour conséquence de modifier la situation d'origine lors de laquelle le contrat a été signé.

Ainsi, la faillite du fiancé³⁰⁴ est considérée comme un motif légitime de rupture.

- 7. La maladie grave: la maladie mentale ou la maladie importante d'un des fiancés autorise l'autre à rompre légitimement la promesse de mariage.

Il semble, effectivement, très injuste d'emprisonner le ou la fiancé(e) bien portant(e) dans une situation aussi grave dès le début de sa vie de couple.

- 8 .Le rejet de l'autre partie: le rejet du ou de la fiancé(e) est un motif légitime de rupture allant dans le sens de la nécessité d'un consentement sincère et non vicié.

La règle prévoit cette rupture légitime lorsque la fiancée prétend que le fiancé la repousse. Ce qui peut être étendue à la situation inverse.

- 9 .L'inconstance de l'autre partie: en cas d'inconstance, le droit rabbinique considère que la partie victime est en droit de rompre la promesse de mariage.

³⁰³ RAMBAM. Précité

³⁰⁴ CHOULHAN AROUKH.Ch. 50 ; Otsar haposkim articles 34 a 37

Ainsi, lorsque l'un des fiancés se rétracte puis revient sur sa décision et veut se marier ou qu'il se fiance avec une autre personne puis se rétracte et revient vers l'autre partie avec laquelle il veut se marier, le ou la fiancé(e) inconstant(e) présente des risques pour la partie constante, car il ou elle n'est pas fiable. Ce qui justifie l'admission de la rupture légitime pour la partie constante.

- 10. Le report de date de mariage: lorsqu'un des fiancés repousse la date du mariage prévue dans le contrat à une date bien plus tardive, le droit rabbinique autorise l'autre partie à rompre la promesse et lui permet de se marier avec une autre personne, sauf cas de force majeure.

En effet, sauf cas de force majeure, il est inconcevable qu'une des deux parties fasse languir l'autre en la laissant bloquée dans une situation intermédiaire (entre la promesse et le mariage). Ce qui lui interdirait toute relation, car il ou elle serait promis(e).

- 11. Le non respect d'un engagement: lorsque l'autre partie ou un de ses proches n'a pas exécuté ses engagements contractuels prévus dans la promesse de mariage, comme pour tout contrat, cela justifie sa rupture.

Ainsi, si le père de la fiancée s'est engagé à donner une dot, à mettre à la disposition du couple un appartement ou à régler les frais du mariage et qu'il n'en fait rien, qu'il n'exécute pas son obligation³⁰⁵, la rupture de la promesse de mariage par le futur beau fils, ou ses parents, est légitime.

b- Les effets patrimoniaux

En droit rabbinique, comme en droit français et israélien, la rupture de la promesse de mariage a aussi des conséquences pécuniaires en dehors des dommages matériels. En effet, les cadeaux faits entre les fiancés peuvent faire l'objet de restitution (1).

Par ailleurs, la mort du ou de la fiancé(e) aboutie au même résultat que la rupture volontaire et peut avoir des conséquences vis-à-vis des tiers (2).

³⁰⁵ CHOULHAN AROUKH.Ch.50. Beit Shmuel.14

1) *La restitution des cadeaux*

Le droit à la restitution des cadeaux en cas de rupture de promesse de mariage est fondé, en droit rabbinique, sur la théorie de la condition tacite découlant de l'évaluation de la volonté des parties. En effet, ces dernières s'engagent, par les Shiddoukhim, à accepter le transfert de la propriété sur les cadeaux qu'à la condition tacite que le mariage aboutisse.

Comme vu précédemment, au stade des Shiddoukhim, les fiancés s'échangent des cadeaux et lorsque le mariage n'a pas lieu, il y a obligation de restituer tout ce qui a été donné suite aux Shiddoukhim. Ceci non seulement entre les parties, mais aussi aux tiers, tels les proches. Il n'est pas nécessaire de prouver un engagement explicite, la volonté des parties³⁰⁶ est la preuve que les cadeaux n'avaient été donnés et les dépenses n'avaient été faites qu'à la condition tacite de la réalisation du mariage. Par conséquent, chaque partie, l'auteur de la rupture compris, a droit à réclamer la restitution des cadeaux³⁰⁷.

La coutume veut que le fiancé offre à la fiancée des bijoux en or, à distinguer des cadeaux de fiançailles. Dans la communauté ashkénaze cette coutume s'appelle *Mei Hatima* qui signifie la récompense après la signature de l'acte de la promesse. Le repas qui suit la signature est appelé *Seoudat Knas* qui signifie le repas des indemnités en souvenir de l'amende pécuniaire qui sera due par celui qui rompt la promesse. Quelque-soit la communauté, Ashkénaze ou Sépharade, rien n'est officiellement énoncé dans le droit talmudique concernant la restitution des cadeaux. Sans doute parce qu'une amende est prévue en cas de rupture, ce qui constitue en soit une compensation. Cependant, les usages veulent que les objets précieux de famille soient restitués.

Les dons remis par les parents des deux promettants se distinguent des « cadeaux » car, comme nous l'avons vu précédemment, les parents sont parties à la promesse de mariage. Ces dons matérialisent leur implication et peuvent motiver des poursuites quant bien même le mariage s'est effectivement déroulé. Ils ne concernent donc pas seulement la promesse de mariage, dans laquelle ils sont

³⁰⁶ CHOULHAN AROUKH. Even Haezer. Ch.50 ,3-4

³⁰⁷ Ibid.

intégrés, mais sont remis sous des conditions allant au-delà de l'acte de mariage. Ils se prolongent aux conditions du mariage lui-même, car c'est à ce titre qu'ils sont donnés. Il ne s'agit donc pas de « cadeaux » mais de dons sous condition suspensive de mariage effectif appliquant une situation et un rapport entre les époux déterminés.

Le RASHBA³⁰⁸, un des grands rabbins sépharade du 13e siècle et un des plus grands rédacteurs des Responsa en droit Rabbinique, écrivait qu'il n'existe aucune différence entre les cadeaux envoyés par le fiancé au domicile de son beau père et ceux envoyés par la fiancée ou son père au domicile du fiancé, car la règle est unique dans les deux cas. Cela a été fait sous la condition suspensive que le mariage ait lieu. A défaut, toutes les libéralités sont révoquées de plein droit »³⁰⁹.

Toutefois, il est important de signaler que l'évaluation de la volonté des parties, lors des dons ou de la remise des cadeaux, se fait par des examens objectifs sans pour autant vérifier en profondeur les intentions subjectives³¹⁰.

Par ailleurs, le droit rabbinique offre également la possibilité d'intenter une action, même après le mariage, afin de réclamer l'exécution de l'obligation ou de justifier l'exception d'exécution tant que l'autre partie n'exécute pas ses obligations définies dans l'acte des Tenaim³¹¹. Comme l'engagement des parents de la fiancée de faire dons au jeune couple d'un appartement. Si ces derniers ne tiennent pas leur engagement après le mariage, le fiancé pourra intenter une action comme nous l'avions vu. En revanche, il ne pourra pas être exonéré de ses devoirs d'époux envers sa femme, ces derniers sont effectivement de droit et le mariage constitue l'engagement de les exécuter³¹² (les fondements de ces obligations sont légaux alors que ceux de la promesse de mariage ne sont que contractuels³¹³). Cependant, si les jeunes gens ne sont pas encore mariés, le fiancé pourra refuser d'épouser sa fiancée, si ses futurs beaux-parents n'exécutent pas leurs obligations contractuelles

³⁰⁸ Initiales de Rabbi Shlomo Ben Avraham Aderet (1235-1310 Barcelone)

³⁰⁹ RESPONSA RASHBA. Vol. 3.15

³¹⁰ HC 31 juillet 1973 Gnaim v. Gnaim 173/72 JP 26 (1) 414 p. 420.

A propos du droit à la restitution d'un cadeau donné à cause de manœuvres frauduleuses

³¹¹ SHORSHEVSKI. Op. cit. p. 29

³¹² Ibid.

³¹³ SHORSHEVSKI. Ibid.

en remettant, par exemple, l'appartement au jeune couple. Les cadeaux constituent donc des accessoires au contrat qui est la promesse de mariage. Ils peuvent conditionner la réalisation de la promesse de mariage, mais doivent aussi être restitués lorsque celle-ci est rompue.

La rupture est d'ailleurs constituée en cas de décès. Il s'agira alors de rupture involontaire.

2) *Le cas du décès du ou de la fiancé(e) : effets à l'égard des tiers*

En droit rabbinique seule l'action délictuelle directe peut se faire. En effet, il n'existe pas d'action délictuelle contre une tierce personne. Ainsi, selon le Talmud³¹⁴ « celui qui empoisonne un animal appartenant à une autre personne, causant sa mort, est exonéré de toute indemnisation envers le propriétaire et n'aura qu'une sanction divine ».

Par ailleurs, celui qui commet un acte pénal dommageable est exonéré du paiement de dommages-intérêts, car le préjudice commis est englobé par l'action pénale³¹⁵.

Il n'existe donc pas, à priori, d'action de la famille d'une victime d'un meurtre ayant abouti à l'obtention d'indemnités.

Toutefois, il existe une exception à la responsabilité délictuelle d'un tiers: « Si des hommes participent à une rixe, que l'un d'entre eux heurte une femme enceinte et la fait avorter sans autre malheur, il sera condamné à l'amende que lui fera infliger l'époux de cette femme et il la paiera selon l'évaluation d'experts »³¹⁶.

Par conséquent, on déduit qu'en cas de décès du ou de la fiancé, le/la fiancé(e) vivant ne peut pas engager une action contre un tiers dans le cadre du droit rabbinique.

Comme en droit rabbinique, le droit israélien donne à la promesse de mariage un statut contractuel, mais ce qui le distingue du droit rabbinique est que les conséquences de la rupture ne se limitent pas à de simples conséquences contractuelles, mais aussi délictuelles car le droit israélien est un mélange des

³¹⁴ Talmud. Baba Kama. 47b

³¹⁵ Talmud. Baba Kama. 22b : ☐ , ☐

³¹⁶ EXODE. Ch. 21. Verset.22

conceptions des droits français et rabbinique devant composer entre tradition et libéralisme.

Sous section 2 : La nécessaire coordination des droits dans l'Etat d'Israël

Sous l'Empire Ottoman, entre 1517-1917, la matière de la promesse de mariage était traitée, en Israël, par les tribunaux religieux (musulmans et rabbiniques) qui jugeaient en fonction de leurs lois religieuses. Lorsque les anglais conquièrent Israël en 1917, le mandat britannique imposait les règles de droit et conceptions de droit britannique au pays. Ce qui n'était pas sans conséquences sur la promesse de mariage. En effet, à partir de cette date, jusque dans les années 50, la promesse de mariage, en Israël, était règlementée selon la conception du droit britannique³¹⁷ (1). Dans les années 50, en dépit de la création de l'Etat d'Israël, la jurisprudence israélienne ne rompait pas avec la conception du droit britannique. Bien que fondée par des juges religieux, elle se contentait d'être plus favorable à la femme victime de rupture, en considérant sa honte³¹⁸ comme un élément essentiel (2). Il en était de même lors de la promulgation du Code des Contrats en 1973. La justice israélienne laïcisée n'avait, en effet, pas pour autant totalement rompu avec la conception britannique (3).

1. L'héritage du droit britannique (1917-1948)

Durant le mandat britannique, les domaines relevant du statut personnel (personal status) et du domaine religieux des différentes populations étaient régis par les règles nationales déjà établies à l'époque. En effet, le droit britannique n'intervenait pas dans ces domaines et laissait les coutumes, usages et droits en la matière régler les relations des parties. Cependant, selon un jugement de principe en date du 28 juillet 1954³¹⁹, la promesse de mariage ne relevait pas du statut personnel. Il s'agissait effectivement d'une situation pré matrimoniale pour laquelle

³¹⁷ Trib. Reg. 15 octobre 1954 Tel-Aviv Barghuiz v Zilver 1279/54 JP 10 380.

³¹⁸ GROSFEF ET HALAVI : Rupture de promesse de mariage Op. Cit. P. 117-118.

³¹⁹ Tribunal Spécial Sidis v Sidis 1/55 JP 12 1121

le droit britannique en vigueur devait s'appliquer. Ainsi, la promesse de mariage, comme tout autre contrat, n'avait pas de contrainte de formalité (a), constituait une promesse synallagmatique (b) et était considérée comme un acte de nature civile (c), comprenant la déclaration *warranty* (d). En cas de rupture, la victime était en droit d'effectuer plusieurs demandes (e), mais l'auteur de cette dernière bénéficiait, toutefois, de causes d'exonération (f).

a- L'absence de formalités

Selon le droit britannique, la promesse de mariage ne devait revêtir aucune forme³²⁰. Il suffisait d'apporter les preuves justifiant que les parties s'étaient fait une promesse synallagmatique. De telles preuves étaient constituées par les comportements des parties, leurs parutions en public, les annonces des fiançailles dans des journaux, les correspondances échangées, les projets d'achat d'appartement en commun etc.³²¹, qui démontraient que les parties se considéraient comme *fiancés*³²².

b- La promesse synallagmatique

Pour exister en tant que telle, la promesse de mariage devait être synallagmatique. Pour tenter une action en justice, la simple pensée ou le souhait de se marier ou encore la supposition du consentement ne suffisait pas. Il fallait prouver que les deux avaient fait la promesse et que la réciprocité était certaine et explicite³²³. Il n'était pas nécessaire que l'offre et la demande de la promesse soient faites au même moment, il suffisait que le temps écoulé, entre l'une et l'autre, soit raisonnable.³²⁴

³²⁰ Arrêt *Balfour v Balfour* 1919 2 K. B. 571

³²¹ SHORSHEVSI (B) : *Droit de la famille* 2nd Ed. Univ. Hébraïque. Jerusalem. P.17.

³²² EVERSLEY: *Law on Domestic Relations* 6. Ed, Vol. 19. P. 77 : Les règles relatives à la preuve étaient celles applicables en Israël ; article 6 de la loi relative à la preuve, et pas celles du droit anglais.

³²³ *Rose and Frank CO v. Crompton etc.* 1923, 2 K. B 261

³²⁴ *Ibid.* p. 78.

c- La nature civile de la promesse de mariage

Le droit britannique considérait que la promesse de mariage avait une nature spéciale qui n'était pas commerciale³²⁵.

En effet, la règle de droit commun selon laquelle la partie qui n'exécutait pas son engagement pouvait être contrainte à l'exécuter de force ou à payer des dommages-intérêts pour les préjudices causés, n'était pas applicable à la promesse de mariage. Le droit britannique considérait qu'il s'agissait d'un contrat civil dont l'exécution forcée était impossible car, du fait de la liberté de mariage, il était impossible de forcer une personne à se marier contre son gré. Cependant, la victime de la rupture unilatérale sans justes motifs pouvait toujours réclamer des indemnités. Cette action était nommée *«Action for breach of promise»*

Ce qui n'est pas sans rappeler le droit français qui considère aujourd'hui qu'une rupture sans justes motifs constitue une faute justifiant le paiement de dommages et intérêts pour son auteur, au titre de l'article 1382 du Code civil.

d- La déclaration warranty

La promesse de mariage comprenait également, en droit britannique, la déclaration *«warranty»*. Cette déclaration permettait au promettant de choisir d'exécuter son engagement de manière immédiate ou ultérieurement (dans l'avenir). Cependant cette déclaration établit ce moment dès la conclusion de la promesse, de sorte à ce que les parties en aient connaissance dès le début. Ainsi, si au moment de la conclusion de la promesse une des parties avait caché à l'autre le fait qu'elle était mariée et que cette situation l'empêchait d'exécuter la promesse, il y avait rupture de la déclaration *«warranty»*³²⁶ entraînant la nécessité de payer des dommages et intérêts.

e- Les demandes de la victime

En cas de rupture de la promesse de mariage, la victime disposait de trois demandes : la restitution de tout ce qui avait été donné dans le cadre de la

³²⁵ Jefferson v Paskell 1916, 1 K. B, 70;

³²⁶ Breach of warranty : arret 337/62 JP 17 1009.

promesse (1), le paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel spécial (2), mais aussi le préjudice général (3).

1) *La restitution*

La victime de la rupture d'une promesse de mariage était en droit de demander la restitution de tout ce qui avait été donné dans le cadre de la promesse (ex : cadeaux, bagues etc.).

En effet, le droit britannique considérait qu'il y avait une présomption de condition tacite de réalisation du mariage. Selon cette présomption, la personne avait fait ces cadeaux ou dons dans l'optique du mariage. Ces biens donnés étaient donc sous condition suspensive tacite. A défaut de réalisation, ils devaient être restitués.

Cependant, si l'auteur de la rupture avait rompu sans justes motifs, il ne pouvait pas réclamer les cadeaux et les bagues.

2) *Le "special damage"*

La victime pouvait demander des indemnités afin de réparer le préjudice matériel spécial (Special Damage) qu'elle avait subi.

Ce préjudice était constitué par le fait que : des frais avaient été engagés pour un grand repas organisé dans le cadre de la promesse, la personne avait quitté son lieu de travail et avait donc perdu des salaires³²⁷.

3) *Le "general damage"*

La victime pouvait aussi demander la réparation du préjudice général (General Damage). Ce préjudice consistait en tous les préjudices qui ne pouvaient pas être évalués en argent. Comme la honte ou l'atteinte à l'honneur etc.

C'était aux tribunaux qu'incombait la charge de les évaluer au cas par cas. La règle applicable était celle qui indemnisait la victime à hauteur de la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la promesse de mariage avait été exécutée.

³²⁷ Eversley. P. 78.

En revanche, si l'auteur de la rupture rompait sur de justes motifs, il n'avait pas à payer les indemnités de rupture, mais la charge de la preuve incombait au défendeur³²⁸.

f- Les causes d'exonération

L'auteur de la rupture pouvait s'exonérer, lorsque la rupture résultait :

- Du fait d'un tiers: lorsque l'auteur de la rupture rompait pour une raison dépendante du comportement d'un tiers, sur laquelle l'autre partie n'avait aucune influence, il pouvait être exonéré de l'obligation de dédommager la victime.

Ainsi, après la conclusion d'une promesse de mariage, si le frère de la fiancée était condamné pour un acte pénal grave comme le vol, l'auteur de la rupture était en droit de le faire car il refusait d'être lié à une famille dont la réputation était ternie. Ce motif était juridiquement recevable.

- D'un événement fortuit: lorsque la rupture était la conséquence d'un cas de force majeure ou d'un événement imprévu, son auteur pouvait être exonéré de sa responsabilité. Ainsi, si un événement insurmontable, imprévisible et extérieur se produisait et changeait la situation à un point tel que l'une des parties rompait les fiançailles, la cause de la rupture pouvait être considérée comme justifiée et donc exonératoire. Dans ce sens, la maladie dont était atteint l'autre partie ou un membre proche de sa famille pouvait constituer une cause d'exonération. Il revenait aux tribunaux la charge d'évaluer la maladie afin de décider si elle constituait bel et bien une cause d'exonération.

- D'un vice du consentement: si le consentement de l'une des parties à la promesse de mariage était vicié, elle était en droit de rompre. Et ce, sans avoir à dédommager son cocontractant. Ainsi toutes manœuvres dolosives (*false representation*), violence ou dissimulation d'information justifiaient la rupture si elles avaient déterminé le consentement de l'auteur de la rupture.

Dans tous les cas, seules les causes, dont la preuve objective était apportée, étaient recevables comme motifs légitimes de rupture et exonératoires de responsabilité³²⁹.

³²⁸ SHOESHEVSKI. Précité

Par ailleurs, si l'auteur de la rupture connaissait l'existence de la cause qui avait motivé sa rupture avant qu'il ait contracté la promesse, ces causes n'étaient pas admises comme des motifs légitimes³³⁰.

2. La prévalence des préceptes religieux (1948-1980)

A partir de la création de l'Etat d'Israël, la conception de la promesse de mariage était la même que celle du droit britannique, enrichie des mœurs de la religion juive.

Elle était donc considérée comme un contrat civil dont l'exécution forcée était impossible, mais dont la rupture était sanctionnable si elle résultait d'une séduction dolosive de l'homme ou, servait d'outil pour les juges religieux pour sanctionner l'inconduite de la demanderesse en lui diminuant de moitié ses indemnités en cas de rupture³³¹ de promesse de mariage. La raison principale était le fait que souvent les juges aux conceptions religieuses et traditionalistes présidaient les procès en matière de promesse de mariage (nous reviendrons sur ce sujet dans la sous-section 1, de la section 1 du chapitre 2 du Titre 2, lorsque nous traiterons plus spécifiquement des sanctions de la séduction masculine).

3. Emergence d'une jurisprudence laïcisante à l'époque contemporaine

La Loi fondamentale³³², de 1980, a adopté, en Israël, une position nouvelle en matière de promesse de mariage³³³. Ce n'est toutefois pas cette loi qui est à l'origine du changement de conception jurisprudentielle de la rupture d'une promesse de mariage.

³²⁹ Eversley. Op. Cit. p. 82-83

³³⁰ Ibid.

³³¹ Ainsi, par exemple dans un arrêt en date du 14 septembre 1976 la victime d'une rupture de promesse de mariage n'a obtenu que des indemnités dérisoires du fait qu'elle ait entretenu des relations sexuelles hors mariage bien avant que la promesse de mariage ne lui soit faite ; Ron v Hazan 473/75 JP 31(1)40

³³² *Hok Hayesodot* 1980 art.2 al. 1 décrète le détachement entre droit israélien et droit anglais. Art.2 al. 2 stipule que le fait de se détacher du droit anglais ne porte pas atteinte au droit existant rétroactivement à cette loi.

³³³ SHIFMAN (P) : Promesse de mariage-contrat valide ? *Revue de Droit israélien MISHPATIM* Vol. 13. 1983. P.106-107.

Les changements de conception de la jurisprudence sont le résultat de changements tant de la société (a) que de la procédure juridique (b).

a- Le processus social

Le changement de l'appréhension des juges israéliens de l'action en matière de rupture de promesse de mariage résulte d'un « processus social externe au système juridique »³³⁴.

Comme l'a souligné le juge VITKON, « lorsqu'on se trouve face à une question, qui s'avère être une question sociologique et non juridique, nous les juges, sommes dans l'obligation de donner un sens à ce qui nous semble refléter l'opinion publique, on s'adresse surtout à la classe sociale intellectuelle. Ce public, est celui de notre temps »³³⁵.

En effet, les juges ne pouvaient ignorer les changements fondamentaux opérés, depuis la création de l'Etat d'Israël, dans la classe intello-culturelle à laquelle ils appartenaient. Ces changements s'étaient notamment produits dans trois domaines : En premier lieu, d'un système qui ne connaissait qu'une courtoisie, celle de l'homme envers la femme, la société israélienne s'est modernisée et connaît la courtoisie moderne. L'homme n'est plus le seul à faire la cour afin de conquérir sexuellement la femme sans pour autant vouloir l'épouser et la femme n'est plus la femme passive, souhaitant se trouver un mari sans pour autant consacrer sa virginité³³⁶. Aujourd'hui, l'homme et la femme sont égaux à cette étape et ont des intérêts communs. Chacun joue le rôle de séducteur et de séduit à la fois et les deux ont pleine responsabilité de la relation et de son destin. La femme n'est donc plus « victime de séduction dolosive ».

En second lieu, la référence à un modèle de conduite exemplaire à adopter avant le mariage n'existe plus. Si dans le passé le fait, pour un couple, de vivre en concubinage avant le mariage était perçu comme immoral et contraire aux bonnes mœurs désormais, au sein de la majeure partie de la société laïque en Israël, cette conception a changé. L'expérience du concubinage pré-matrimonial est plutôt vue,

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Cour Suprême. Arrêt Rizenfeld v Jacobson 15 mai 1963 JP 17 (1) 1009 337/62.

³³⁶ Cour Suprême. Arrêt Aboutboul v Kliger 22 février 1965 JP 19 (1) 440 360/64.

aujourd'hui, comme « une institution normative qui contribue à la réussite du couple »³³⁷. Le fait de se réserver sexuellement pour le mariage n'est, par ailleurs, plus considéré dans la société actuelle comme un acte de bravoure (sauf pour la communauté orthodoxe pour laquelle c'est toujours une condition primordiale). Aussi, la décision de rompre la promesse de mariage alors que les parties avaient eu des rapports sexuels ou qu'elles aient vécu ensemble n'est plus considérée au regard du droit comme un acte causant la honte de la femme quittée. « Au contraire, la rupture de la promesse ne fait qu'éviter et prévenir d'un mariage échoué par la suite, elle est vue comme indispensable et souhaitée »³³⁸.

En troisième lieu, le mariage, institution sacrée, n'est plus considéré comme tel aujourd'hui et n'est plus le seul but. L'idée que le mariage est un moyen important pour préserver l'identité nationale, garantir une survie démographique et accéder au bonheur n'existe que très peu. Elle laisse la place à une conscience libérale dominante, au sein de la majorité de la population en Israël, selon laquelle la société n'est plus en droit de dicter au particulier le mode de vie à adopter, elle doit permettre à chacun de choisir seul le mode de vie qui lui convient³³⁹.

En conséquence, il y a un affaiblissement de la protection par le droit de la conception traditionnelle du mariage-institution, qui associait obligatoirement les rapports sexuels au mariage³⁴⁰, en faveur de la conception plus libérale (plus d'égalité entre les sexes et de libertés). Les juges ont donc été influencés par cette évolution dans leur appréhension de la rupture de promesse de mariage³⁴¹.

Toutefois, il faut noter que ces changements sociaux ont eu lieu bien avant les années quatre-vingt. Pour preuve, la jurisprudence des années soixante en faisait

³³⁷ Cour Suprême. Arrêt Karny précité.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ FOGEL-BIAOUI (S) : « La conception de la famille dans la société israélienne : Entre familles et post moderne ». Ed. Kavodom. 1999. P. 107.

³⁴⁰ LIFSHITS (S) : « Mariés malgré eux ? Etude libérale du concubinage » *Law Rev. Younei Mishpat* vol.24. P. 741, 760-765 : « Les arguments favorables au concubinage se fondent d'autre part sur la rhétorique libérale qui respecte le droit des personnes de choisir un mode de vie qui leur convient, ainsi que de la liberté individuelle et qui s'oppose au jugement moral quant à la conduite des personnes. En général, les tribunaux civil en Israël rejettent l'idée selon laquelle la relation des concubins est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (voir l'avis de la majorité dans les arrêts précités: Rizenfeld, Yagar v. Plavits et Versano v. cohen.

³⁴¹ GROSFEL ET HALAVI : Op. Cit. P. 150.

déjà mention : « on ressent de nos jours un relâchement des mœurs familiales³⁴² ». Aussi, pourquoi ce changement ne s'est pas répercuté tout de suite dans la jurisprudence ?

Le facteur social n'explique pas à lui seul pourquoi la jurisprudence israélienne, pourtant réputée pour son libéralisme³⁴³, n'a pas immédiatement suivi l'évolution des mœurs qu'a vécue la population laïque en Israël.

b- Le processus juridique

Le changement de la conception des juges en matière de rupture de promesse de mariage s'explique aussi par des changements d'ordre interne-juridique.

Les juges aux conceptions religieuses et traditionnalistes ne président plus les procès en matière de rupture de promesse de mariage. Place a été faite aux juges aux conceptions libérales et ce à partir des années 80.

En effet, seule la voix des juges religieux était entendue avant cette période³⁴⁴. Ils présidaient la Cour suprême dans les arrêts les plus importants en la matière et avaient forgé les règles à suivre³⁴⁵. Ce n'est qu'à partir des années 80-90 que la voix des juges laïques s'est faite entendre. Dès lors, la jurisprudence en matière de promesse de mariage s'est notamment forgée par le fameux juge laïque M. SHAMGAR³⁴⁶.

Les juges laïques n'hésitent plus à exprimer à haute voix les valeurs auxquelles ils tiennent³⁴⁷. Et ce, sans doute en raison de l'évolution des mœurs sociales.

³⁴² Arrêt Rizenfeld de 1963 précité (propos du juge Zilberg).

³⁴³ MAUTNER (M) : La baisse du formalisme et la montée des valeurs dans le droit israélien. Ed. Maagalei Daat. Tel-Aviv.1993. P. 122 et suivants.

³⁴⁴ ZILBERG, KISTER, SHORSHEVSKI ont eu un rôle clé dans les décisions en matière de promesse de mariage.

³⁴⁵ Arrêt Rizenfeld v Jacobson 15.5.63, 337/62 jp 17 1009 ; Arrêt Timsit v Fhima 461/64 JP 19 (4)129 ; Arrêt Badash v Sadé 74/65 JP 20(1)617 ; Arrêt Marom v Marom 19.6.67 401/66 JP 21(1)673 ; Arrêt Perez v Helmuth 4.6.71 469/70 JP 25 (2)35 ; Arrêt Nathan v Abdallah 19.4.70 609/68 JP 24(1)455 ; Arrêt Shaked v Zilberferb 5.9.74 JP 29(1)151 ; Arrêt Ron v Hazan 14.9.76 473/75 JP 31(1)40 ; Arrêt Plonit 115/76 ; Arrêt Ploniot 545/77 9.5.78 ; Arrêt Hadad v Mesilati JP 14 313 383/58 ; Arrêt Ploni v Almonim 388/58 JP 14 1681 ; Arrêt Bashari v Levi 242/62 JP 15 (1) 2737.

³⁴⁶ Arrêt Shiperberg v. Avtalion du 30.3.1992 647/89 et l'arrêt Mamane v. Triki du 30.5.1993 416/64.

³⁴⁷ L'affaire Triki v Maman 30.5.93 416/91 JP 47 (2) 659 lorsque le demandeur avait demandé à la Cour de réduire le montant des indemnités de la victime de rupture de promesse de mariage du fait qu'elle ait eu un comportement contraire aux bonnes mœurs et conformément à la

Le professeur MAUTNER explique dans son ouvrage les changements dans les motivations jurisprudentielles : « passage de motivations formelles des décisions à des motivations de fond ». Il note que « dans les années cinquante et soixante il existait un écart entre la conception individualiste des juges et la conception collectiviste qui caractérisait la société israélienne » et que cet écart s'est estompé dans les années 70 et 80. « La Cour de justice des années soixante dix et quatre vingt s'est retrouvée face à une population qui partage ses valeurs culturelles, ce qui a renforcé la confiance de la Cour et lui a facilité la mise en avant des valeurs qu'elle représente »³⁴⁸.

Durant la première période (1948-1980), les juges laïques se disaient incapables de représenter une conception universelle des mœurs et s'abstenaient donc à contredire la position des juges conservateurs. Ce qui a permis l'enracinement dans la jurisprudence israélienne³⁴⁹ de la figure de l'homme tentateur et de la conception du mariage comme une institution complexe dont l'amour en fait partie, mais n'en est pas le principal « ingrédient »³⁵⁰. Ce qui explique que l'annulation du mariage ne mettait pas seulement fin à l'amour, mais constituait la perte d'un mode de vie honorable³⁵¹. Une telle perte justifiait la nécessité d'indemniser la femme séduite pour son préjudice général.

jurisprudence Ron v Hazan, le juge shamgar a rejeté sa demande en disant : « il est inadmissible de soulever l'inconduite d'une femme après avoir entretenu des rapports sexuels avec elle. C'est un motif discriminatoire. Les deux parties sont égales et ont choisi librement leur relation, je ne vois pas de quel droit la Cour devrait lui réduire ses indemnités ».

³⁴⁸ MAUTNER (M) : La baisse du formalisme et la montée des valeurs dans le droit israélien. Ed. Maagalei Daat Tel-Aviv. 1993. P. 126-127.

³⁴⁹ Un autre domaine dans lequel la position de la Cour suprême a été vue comme partisane de la position morale conservatrice à la première période est les droits des concubins. Ainsi, dans l'arrêt Etat d'Israël v Pasler JP 15 102 qui a essuyé de nombreuses critiques au sein de la communauté religieuse car l'arrêt a décidé que la notion de concubine comprenait aussi la femme adultérine. Il s'agit d'une décision libérale, toutefois elle a été rendue par une majorité de juges qui n'incluaient pas de juges religieux.

³⁵⁰ Cour Suprême. Arrêt Timsit v Fhima précité. P.131 dans lequel le juge a dit : « Une action pour rupture de promesse de mariage ne fait pas partie des actions favorites car elle présume que le/la fiancé/e auraient du se marier suite à la promesse de mariage malgré qu'il n'y ait plus de sentiments amoureux entre eux ».

³⁵¹ Ex. dans l'arrêt Badash v Sadé précité 74/65 JP 20(1)617, la demanderesse a suivi son cours sous la pression d'une promesse de mariage dolosive elle a quitté son mari et ses deux filles. Le préjudice matériel principal qu'elle a subi s'est surtout senti dans la perte du support financier accordé par son mari ainsi que la perte de son toit. Par conséquent, le préjudice que cette rupture lui a causé à cause de son adultère et son divorce est bien plus important, elle a perdu une famille, sa maison, ses filles, le droit de les élever, son honneur etc. P.627-628.

Ce n'est que dans la seconde période, vers les années 70 et 80, lorsque l'homme et la femme étaient considérés par la majorité de la population comme égaux et comme ayant un libre arbitre, que les juges laïques sont sortis du silence pour manifester leur conception moderne laïque. Cette dernière se rapprochait grandement de la conception laïque du droit français contemporain.

Sous section 3 : La neutralité [l'indifférence] du droit de l'Etat français

Les fiançailles tirent leurs origines des traditions, ce qui explique qu'elles existent depuis des siècles et que la plupart des couples y restent attachés.

Pendant longtemps, les fiançailles créaient un lien matrimonial (1) dont l'idée de rupture était impossible jusqu'à l'époque du droit gallican (2). Ce qui a permis, lors de l'apparition du Code civil, de leur donner un statut contractuel régi par le droit commun (3).

1. Les fiançailles, acte créateur du lien matrimonial

Influencé par les droits de l'antiquité (a), puis par le droit canon (b), le droit français consacrait aux fiançailles des effets fluctuants selon les époques.

a- L'héritage des droits antiques: un acte d'initiation juridiquement sanctionné

Les fiançailles existaient déjà dans l'antiquité grecque. Divers textes de l'époque y font référence : Homère relatait, dans *l'Iliade*³⁵², la promesse de Priam faite à Othryonée de lui donner sa fille pour épouse s'il éloignait les Grecs de la ville de Troie.

De même, Agamemnon offrait une de ses filles à Achille afin de calmer sa colère du fait de l'expulsion des Grecs de la ville de Troie.

Le mariage se constituait, dans le droit homérique, par trois phases distinctes. La première consistait dans les fiançailles.

³⁵² L'*Iliade* (en grec ancien Ἰλιάς / *Iliás*, en grec moderne Ἰλιάδα / *Iliáda*), provient du grec Ἰλί / *Ilion*, nom en grec ancien de la ville de Troie. Texte écrit entre 850 et 750 av. J.-C constituant une épopée attribuée à l'aède Homère.

Pour se faire, le père de la fiancée et le futur fiancé exécutaient l'*engyésis* qui était le mode ordinaire de formation du mariage.

Elle consistait en une convention contractée lors d'une réunion entre le *kyrios* de la future fiancée (qui était le père ou celui détenant le pouvoir sur elle) et le futur fiancé, en présence de témoins.

Selon la loi de Solon citée dans le second plaidoyer contre Stéphanos³⁵³, où il était dit *ên an egguêsé epi dikaióis damarta einai*, l'*engyésis* devait avoir une forme solennelle.

En effet, le plus ancien témoignage concernant ces formes légales, fourni par Hérodote³⁵⁴, dans le récit qu'il fait du mariage d'Agariste, fille de Clisthène (tyran de Sicyone), l'*engyésis* semblait être conclue conformément au droit attique. La présence des témoins, constituant une sûreté, était indispensable pour prouver l'existence de l'*engyésis*.

Le fiancé devait être majeur, c'est-à-dire qu'il devait être inscrit sur le *léxiarchikon grammateion* (période à laquelle la puissance paternelle ou la tutelle sur un jeune homme cessait, ce qui faisait de lui un citoyen majeur possédant la capacité pour procéder à tous les actes de la vie civile) et consentir librement.

La fiancée n'était pas libre de son choix et n'était pas partie au contrat. Le *kyrios* avait un droit absolu sur elle et pouvait, à ce titre, décider de la marier, en choisissant son époux, ou pas : « Le paterfamilias promettait sa fille à qui bon lui semblait () moyennant les conditions librement débattues entre lui et le prétendant »³⁵⁵.

Elle était donc l'objet du contrat de fiançailles et les *phthalai* en étaient le prix. Les conditions de la cession de la puissance sur la fiancée y étaient précisées, son prix y était fixé et des *phthalai*, que l'on peut définir de dot, étaient donnés par le père de la jeune fille.

³⁵³ DEMOSTHENE, « Les plaidoyers civils », traduit par DARESTE (R), Paris, Plon, 1875.

³⁵⁴ HERODOTE, « Histoires » ou « Enquête » (unique œuvre), du grec *ἱστορίαι* / *Historíai* littéralement « recherches, explorations », de *ἵστωρ*, « celui qui sait, qui connaît ».

³⁵⁵ ROCA (S), « Les fiançailles ou promesse de mariage », Montpellier, 1908, p.23.

L'*engyésis* était, par conséquent, la condition indispensable de la validité et de l'existence du mariage. Elle était, effectivement, suivie par le *gamos* qui consistait en un contrat de mariage.

Sans elle, les enfants qui naissaient d'une union entre Athéniens ne pouvaient revendiquer ses droits de filiation (les droits d'anchistie et de succession).

Il faut savoir que l'inexécution de l'obligation contractuelle ne donnait pas lieu à une exécution forcée. Un dédommagement était prévu, mais pour une seule des deux parties, dans un cas de figure spécifique. La sanction pour rupture des fiançailles ne consistait qu'en la restitution des *ἀαί ά*, lorsque la rupture émanait du père de la fiancée, mais ce dernier les gardait, lorsque la rupture émanait du fiancé. Le droit grec avait donc la particularité, avec le droit romain, de rapprocher les fiançailles et le mariage au point de les confondre.

Bien que le droit romain ne fût pas très développé en matière de fiançailles, ces dernières n'étaient pas considérées comme un simple désir, mais un contrat illustrant une « volonté sérieuse et réfléchie de se lier juridiquement »³⁵⁶.

En effet, le *Digeste*, qui ne contenait qu'un court traité et quelques dispositions sur le sujet³⁵⁷, puis le Code de Justinien, qui n'était pas plus riche, se fondaient principalement sur les définitions de Florentin, puis d'Ulpien.

Selon Florentin, « *sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum* », une proposition de promesse de mariage est un acte mutuel et réciproque.

Ulpien allait dans ce sens, mais mettait l'accent sur le caractère formel de l'engagement en nommant les parties « créancier » et « débiteur » : « *sponsalia autem dicta sunt a spondendo : nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras* »³⁵⁸.

Selon l'auteur, les fiancés étaient également soumis à l'obligation de fidélité et la fiancée infidèle était condamnée (de manière moins sévère) par les mêmes châtements que l'épouse adultère.

³⁵⁶ ROCA (S), Op. cit., p. 58.

³⁵⁷ *Digeste, liber 23, titulus 1* : de *sponsalibus*. D. 3, 2, 1 et 13 ; 23, 2, 28 ; 24, 1, 32 ; 24, 2, 2 ; 45, 1, 134 ; 48, 5, 13

³⁵⁸ ULPIEN, « *Du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien* », Livre 48, titre 5. Loi 13, promulgué en 533, traduction HULOT (H), Rondonneau, Paris, 1804.

Souvent conclues pour des jeunes enfants par le père (ou celui qui avait la puissance paternelle), les fiançailles (*sponsalia*) constituaient donc un contrat bénéficiant d'une grande force juridique.

Leur importance s'était accrue durant la période post-classique du droit romain. Elles étaient considérées comme la célébration de l'union conjugale. Elles constituaient une première cérémonie de mariage, c'est pourquoi elles s'effectuaient devant témoins et s'accompagnaient de cérémonies familiales, sociales et religieuses.

Les fiançailles servaient à conclure le contrat de mariage et exigeaient les mêmes conditions de validité que le mariage (sauf pour l'âge des fiancés).

Elles se concluaient par contrat verbal, par une stipulation unilatérale. La femme était promise au futur fiancé qui promettait à son tour. Il y avait donc une double stipulation sanctionnée par l'action *de sponsu*.

La dot apportée par la fiancée et les délais dans lesquels le mariage intervenait y étaient fixés.

Un anneau et des cadeaux étaient remis par le fiancé. Depuis le IV^e siècle, des arrhes de fiançailles confirmaient la promesse et servaient de gage de mariage³⁵⁹.

Cependant, les fiançailles pouvaient être rompues³⁶⁰, mais l'autre partie était fondée à intenter une action en justice. Généralement, les arrhes servaient de dédommagement.

Le droit chrétien très inspiré par la Rome antique renforçait davantage la force juridique des fiançailles.

b- Le droit canonique classique: les fiançailles, expression du consentement

Elevées à la hauteur d'un sacrement par l'Église, les fiançailles étaient fusionnées avec le mariage par le droit chrétien.

« L'Église s'est située face aux coutumes et aux lois juives, romaines et germaniques, touchant les fiançailles ; () les faire évoluer en apportant « son propre levain », jusqu'à leur donner un véritable statut canonique »³⁶¹.

³⁵⁹ GAUDEMET (J), Op. Cit. p. 57-58.

³⁶⁰ GAUDEMET (J), « Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit », Paris, Cerf, 1987, p. 32-33.

Le droit canonique, s'est, sur les quatre siècles de sa domination, affirmé face au droit universel de l'Église. Le droit canon était bien, et reste toujours, le droit de l'Église, mais il s'était éloigné des bases fondatrices du droit chrétien.

La parole donnée avait une telle importance pour l'Évangile, qu'elle était considérée comme indissoluble : « *Quod Deus conjunxit, homo non separet* »³⁶².

Toutefois, l'Église se refusait à appliquer un régime d'exécution forcée. Elle préférait sanctionner de manière indirecte la rupture des fiançailles.

En effet, le droit chrétien avait réglementé la promesse de mariage en introduisant trois règles :

- les « *arrhae sponsalitia* », qui venait du droit romain et consistait en la remise d'arrhes lors des fiançailles afin d'être gardés à titre de dédommagements en cas de rupture ;
- la « *stipulatio poenae* », qui consistait en une clause pénale. Des pénalités pouvaient être prévues en cas de non ou mauvaise exécution ;
- la « *donatio ante nuptias* », qui consistait en une réglementation des donations faites avant le mariage. Elles devaient être réalisées durant les fiançailles et émanaient surtout du fiancé. Elles étaient, selon la loi³⁶³, irrévocables, ce qui dissuadait le fiancé d'une éventuelle rupture.

En effet, si le fiancé ne se mariait pas, il devait tout de même faire le don. En revanche, s'il se mariait, il ne devait plus le faire car toutes dispositions gratuites entre époux étaient interdites en droit chrétien.

Cependant, une réforme permettant au fiancé de récupérer tous les biens donnés si la fiancée ou ses parents refusai(en)t, de manière injustifiée, le mariage rééquilibrait le rapport³⁶⁴.

³⁶¹ ANTOINE (P), « L'Église et les fiançailles : la tradition canonique au service du droit particulier (la coutume du Royaume Bambara de Ségou - Mali) », 1988.

³⁶² Durant les noces chrétiennes qui se déroulent en trois parties, la troisième partie se déroule ainsi : Paul, le Docteur des nations, rappelle aux époux, dans l'épître de la messe de mariage leurs engagements mutuels et la nature de ce sacrement, symbole de la mystique union du Christ avec l'Église. Puis l'épôtre cède la place au Maître et Jésus lui-même dans l'Évangile prononce la grande et définitive parole : *Quod Deus conjunxit, homo non separet*. « Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni ! » (Matth., XIX, 6).

³⁶³ Code de Justinien, liv. 5, tit. 3, lois 10, 11, 12.

³⁶⁴ Code de Justinien, liv. 5, tit. 3, lois 15.

Le droit canonique, qui s'est élaboré progressivement, s'est d'abord inspiré du corpus juridique romain. À partir du V^e siècle, au début du Moyen-âge, les papes avaient créé de nouvelles normes par le biais de lettres décrétales, dont les plus anciennes connues remontaient au pontificat de Sirice et correspondaient, en matière de fiançailles, aux fondements énoncés précédemment.

Jusqu'au XVI^e siècle, avant le Concile de Trente³⁶⁵, le mariage était donc consensuel et les fiançailles constituaient la première expression du consentement.

Par le *Decretum de reformatione matrimonii*³⁶⁶, le Concile de Trente avait rendu le mariage solennel en exigeant la présence du prêtre et de deux témoins, puis d'une bénédiction nuptiale.

Les fiançailles ne pouvaient, ainsi, plus être la première étape du mariage, car elles n'étaient pas reconnues si elles n'avaient pas été contractées avec la présence du prêtre et ne constituaient qu'un projet de mariage en sa compagnie.

C'est au XII^e siècle que les théologiens français renouaient avec les *sponsalia* à la romaine.

En effet, selon une théorie tirée du décret de Gratien³⁶⁷, le mariage et les fiançailles, baptisées *verbo de futuro* par Lombard³⁶⁸, étaient inséparables mais ces dernières ne créaient plus de *matrimonium natum*. Elles ne représentaient que l'annonce d'un mariage.

Les théologiens français considéraient que l'union se nouait par le seul échange des *verba de presenti* au moment des épousailles.

Selon Gratien, le mariage n'était « parfait » qu'à partir des rapports sexuels (*corpus carnale*).

La promesse de mariage, simple engagement vers la voie du mariage (*conjugium natum*), était donc distinguée de la consommation du mariage (*conjugium*

³⁶⁵ Le Concile de Trente était le dix-neuvième concile œcuménique reconnu par l'Église catholique romaine. Beaucoup cité par le Concile de Vatican II, il était l'un des conciles les plus importants de l'histoire du catholicisme.

³⁶⁶ Concile de Trente. Session 24. *Decretum de reformatione matrimonii*, Cl. Ed. de Paris, 1666, p. 206.

³⁶⁷ Décret Gratien, Dictum sur canon, 2^e partie, 27^e canon, 2^e question.

³⁶⁸ LOMBARD (P) théologien scolastique et évêque français du XII^e siècle, d'origine italienne.

consummatum) et n'était plus obligatoire. Seuls les rapports sexuels rendaient la rupture impossible.

Avant la consommation charnelle, les fiançailles ou le mariage pouvaient être rompues dans des cas spécifiquement prévus :

- Le ou la fiancé(e) ou époux/se faisait vœu de chasteté ;
- Il y avait eu rapt de la fiancée ;
- Le fiancé était en captivité ;
- Le fiancé était impuissant ;
- Une parenté spirituelle survenait.

Cette théorie était beaucoup critiquée et, une seconde, excluant cette condition de consommation charnelle, était apparue au milieu du XIIe siècle.

Cette théorie, développée dans les *Libri sententiarum*³⁶⁹ de LOMBARD, prônait le consentement en distinguant le présent et le futur.

Selon cette théorie appliquée en France du XIIIe au XVIe siècle, lorsque le consentement n'est pas actuel mais futur, il s'agit d'une promesse de mariage.

Lombard distinguait, effectivement, deux types d'engagements relatifs au mariage :

- Le consentement actuel de se prendre pour époux, qui correspondait au mariage (*sponsalia per verba de praesenti*) ;
- La promesse de se marier plus tard, qui correspondait aux fiançailles et faisait naître une obligation juridique (*sponsalia per verba de futuro*).

Le mariage comme les fiançailles étaient, par conséquent, des contrats consensuels ne nécessitant qu'un consentement libre de personnes capables. Dès la puberté, pour le mariage, et dès 7 ans, pour les fiançailles³⁷⁰.

Les fiançailles (*sponsalia per verba de futuro*) rendaient le mariage obligatoire et se transformaient de plein droit en mariage dès les rapports sexuels. Cependant, bien qu'indissoluble, elles n'étaient pas considérées comme un sacrement, contrairement au mariage.

Toute rupture de la promesse de mariage était sanctionnée, parfois, de manière pécuniaire, lorsque le contrat le prévoyait, et de manière religieuse en général

³⁶⁹ LOMBARD (P), « Libri sententiarum », IV, D, 28. Cf. ESMEIN (Adhémar), « Le mariage en droit canonique », Recueil Sirey, 1929, p. 148 et s.

³⁷⁰ Décrétales, livre 4, titre 2, *desponsatione impuberum*, chap. 4 et 5.

(pénitences ecclésiastiques, excommunication, impossibilité de se marier avec une autre personne).

Néanmoins, la rupture par consentement mutuel (*mutuus consensus*) était admise.

L'Église admettait, par ailleurs, deux types de mariage : ceux par consentement simple, tels que définis par le droit canonique, et ceux bénis et publiés par l'Église.

Durant tout le Bas Moyen Âge, le mariage par étapes dominait en théorie comme en pratique et l'Église donnait aux fiançailles un caractère officiel. Les futurs mariés devaient signer un registre devant le curé.

A partir du XVI^e siècle, les choses avaient changé. Le droit matrimonial français prenait une nouvelle direction à compter du Concile de Trente³⁷¹ et s'éloignait du droit canonique.

Bien qu'il ne soit plus loi de l'État, le droit canonique continue à vivre et les formes juridiques que la promesse de mariage doit revêtir, aujourd'hui, pour avoir une validité canonique sont précisément décrites dans le décret pontifical³⁷² de 1907, confirmées par le code de droit canonique de 1917.

Les fiançailles (canon 1017) ne sont ainsi valides qu'à condition d'être matérialisées par un acte écrit, daté, signé (par les fiancés et le curé, ou deux témoins). Cependant, elles ne sont pas indissolubles et ne peuvent contraindre au mariage.

Dans ce sens, « les futurs peuvent contracter mariage sans s'y être d'abord engagés par des fiançailles » et « peuvent tout aussi bien se marier après des fiançailles dépourvues de valeur juridique »³⁷³, écrit BOUDHINHON.

³⁷¹ Dix-neuvième concile oecuménique reconnu par l'Église catholique romaine, le concile de Trente donnait les orientations de la réforme protestante débutée en 1545. Étalées sur dix-huit ans, ses vingt-cinq sessions couvrent cinq pontificats (Paul III, Jules III, Marcel II, Paul IV et Pie IV) et se tiennent dans trois villes. Le concile confirme la doctrine du péché originel, justifie l'autorité de la Bible et confirme les sept sacrements, le culte des saints et des reliques ainsi que le dogme de la transsubstantiation. Pie V avait pris des mesures réglementaires afin d'interdire aux ecclésiastiques le jeu, les spectacles et les banquets publics. Personne ne devait pouvoir toucher des bénéfices ecclésiastiques sans l'accord de Rome. Les choix des évêques n'étaient fait qu'après enquête religieuse. Les prélats une fois nommés étaient soumis à l'observation stricte des dispositions du concile de TRENTE., dont l'obligation de résidence et le ministère pastoral. Un manuel à l'usage des fidèles, nommé "Catéchisme du Concile de Trente", a été écrit afin de propager ce dogme.

³⁷² Décret pontifical *Ne Temere*, de la sacrée congrégation du concile, du 2 août 1907, 3468-3474, applicable à partir de Pâques 1908.

³⁷³ Abbé BOUDHINHON (A), « Le Mariage et les fiançailles, nouvelle législation canonique, commentaire du décret 'Ne temere' 2 août 1907 », Lethielleux, Paris, 1908, p. 36.

L'auteur ajoute que « La règle nouvelle s'adresse directement au juge ecclésiastique, indirectement aux fidèles ».

La dernière réforme du code de droit canonique, en 1983, dont le but était de traduire en langage juridique les réformes du Concile Vatican II, diminue davantage l'importance des fiançailles.

En effet, il y est précisé (canon 1062) que la promesse de mariage, qui ne peut contraindre au mariage, est « régie par le droit particulier établi par la Conférence des Évêques » de chaque pays. Or, en France, la Conférence des Évêques a jugé « inopportun »³⁷⁴ de créer un droit particulier.

2. L'introduction de la faculté de rupture par le droit gallican

En France, la législation canonique ne pouvait pas être reçue sans la sanction du roi par une ordonnance, un édit ou une déclaration.

Le législateur royal s'était donc inspiré du droit canonique tout en suivant un autre objectif. Les fiançailles étaient donc reconnues dans l'ancien droit. Elles restaient un acte consensuel nécessitant le consentement des parents et plus précisément celui du père, mais leur importance était réduite au bénéfice de la cérémonie religieuse du mariage. Cependant les rituels diocésains maintenaient la cérémonie.

Selon l'ordonnance de Blois³⁷⁵ de 1579, pour qu'une promesse de mariage soit valable, il fallait que les fiancés :

- aient 7 ans minimum ;
- soient capables de se marier ensemble.

L'ordonnance de 1639³⁷⁶ ajoutait la nécessité d'un acte écrit, en double exemplaire, en présence de quatre parents afin de prouver qu'il y avait bien eu des fiançailles et/ou rendre possible une éventuelle sanction en cas de rupture.

Les fiançailles consistaient donc en une obligation de faire, sanctionnable en cas de rupture, par la condamnation au paiement de dommages et intérêts.

Selon POTHIER, l'effet principal de la promesse de mariage résidait dans le fait qu'elle formait dans chacune des parties « un engagement réciproque d'accomplir

³⁷⁴ Code de Droit canonique annoté, CERF-TARDY, 1989.

³⁷⁵ Ordonnance de Blois, dans Isambert. Ordc. Tome 14, p. 391-392.

³⁷⁶ Ordonnance. 26 novembre 1639, art.7.

sa promesse »³⁷⁷ lorsqu'elle en serait requise par l'autre partie, ce qui donnait à chacune des parties la possibilité d'une action contre l'autre afin de l'obliger.

Cependant, l'auteur excluait la contrainte directe. Ainsi, le juge d'église condamnait à une pénitence ecclésiastique, alors que le juge séculier (laïque) condamnait au paiement de dommages et intérêts.

Les fiançailles n'étaient donc prises en considération par l'ancien droit que comme un contrat, qui ne se formait que par le consentement, « *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia* (L. 4. Ff. de Spons) »³⁷⁸, et l'action pour leur rupture était de « la compétence du juge séculier »³⁷⁹.

L'auteur d'une rupture simple pouvait, pour sa part, échapper à la condamnation s'il prouvait qu'elle était motivée par une juste cause.

Effectivement, l'ancien droit admettait la rupture pour des justes causes. Ces dernières étaient divisibles en deux catégories :

- les causes de dissolution pures et simples : lorsqu'il y avait un changement de la personne (maladie, enlèvement, peine infamante, fornication etc.) ou des biens de la personne (perte de sa fortune) ;
- les causes ne libérant qu'un seul des deux fiancés, lorsqu'il y avait un mariage ou de nouvelles fiançailles, des relations intimes avec un parent de l'autre partie ou une entrée dans les ordres.

En cas de rupture sans juste cause, l'auteur de la rupture était donc condamné au paiement de dommages et intérêts, mais il devait aussi abandonner les arrhes ou une partie des arrhes et rendre les cadeaux reçus.

Au XVIII^e siècle, les fiançailles avaient un caractère officiel, car les fiancés devaient signer un registre et bien qu'elles fussent célébrées religieusement, presque comme un mariage, elles perdaient de leur importance en tant que geste religieux.

Pothier précisait que la bénédiction des fiançailles se faisait bien après qu'elles aient été contractées, qu'après la publication des bans³⁸⁰.

³⁷⁷ POTHIER (R-J), « Traité du contrat de mariage », 2^e partie, Chp I, art. V. de Bure, Paris, ou la Veuve Rouzeau-Montant, Orléans, 1771, p. 148.

³⁷⁸ POTHIER (R-J), *Ibid*, 2^e partie, Chp I, art. III., p. 143.

³⁷⁹ JACOMET (J), « Des fiançailles et des promesses de mariage (étude d'histoire du droit et de jurisprudence moderne) », thèse de doctorat, Perpignan, 1902, p. 18.

³⁸⁰ *Ibid*.

La Révolution française modifiait de manière conséquente leur place en mettant fin à ce cadre légal et religieux qui leur était donné jusque-là.

3. Un contrat régi par le droit commun du Code civil

La Révolution Française marquait l'histoire des fiançailles en consacrant au mariage une valeur contractuelle et en supprimant ainsi le caractère légal et officiel des fiançailles (a). Toutefois, ces dernières étant intimement liées au mariage, le parallèle se faisait afin de les qualifier de contrat. L'absence de texte permettait, en effet, cette extension. Ce qui conduisait à assimiler leur rupture à une inexécution contractuelle (b).

a- La consécration du mariage-contrat par la Révolution

A l'époque de la Révolution française de 1789, la séparation de l'Église et de l'État aboutissait au fait que les fiançailles n'étaient plus soutenues par le droit de l'État.

« L'État ne considère le mariage que comme un contrat civil »³⁸¹.

La loi des 20-25 septembre 1792 admettait le divorce et excluait du mariage, considéré comme un contrat civil, les fonctionnaires de l'Église. C'était aux officiers d'État civil qu'incombait la tâche d'unir les personnes. Ce qui affaiblissait fortement la promesse de mariage qui se trouvait légitimée par la religion.

De même, l'admission du divorce rendait quasi-impossible la sanction pour rupture de la promesse. Il n'était, effectivement, pas envisageable de donner davantage de force aux fiançailles qu'au mariage.

Ces dernières étaient, néanmoins, toujours valables, bien que leur force obligatoire ait été amoindrie.

En effet, elles existaient toujours durant la période révolutionnaire et, bien qu'ignorées par le Code civil, elles existaient aussi après.

Le silence du Code civil, promulgué le 21 mars 1804, accéléra toutefois la décadence de la promesse de mariage qui voyait sa valeur juridique grandement diminuer.

³⁸¹ Constitution du 3 septembre 1791. Titre II, art. 7.

Toutefois, elles étaient encore ancrées dans les usages. VIOLLET relevait que les « anciens contrats de mariage contenaient presque toujours une clause de ce genre : « Lesquelles parties se sont promis la foy de mariage ; en conséquence, elles conviennent de le célébrer incessamment » »³⁸².

b- L'assimilation de la rupture des fiançailles à l'inexécution du contrat

Le Code civil étant muet sur la question de promesse de mariage, la jurisprudence, entre 1804 et 1838, palliait ce silence en faisant un parallèle avec le mariage pour qualifier les fiançailles de contrat. La plupart des juges se contentaient de se retourner vers le droit commun selon lequel la promesse de mariage était un contrat synallagmatique formant un engagement réciproque.

MERLIN³⁸³ voyait, aussi, dans les fiançailles un contrat. Il se fondait sur les principes généraux du droit en matière d'obligation.

Selon eux, la promesse de mariage répondait aux conditions définies à l'article 1101 du Code civil, car deux personnes s'obligeaient à faire quelque-chose : se marier.

Ce contrat engendrait donc des obligations et donnait aux parties la possibilité d'une action civile afin de contraindre à l'exécution celle qui se dérobe sans motifs sérieux.

Cette thèse était confirmée par CHARDON³⁸⁴ et ZACHARIAE³⁸⁵ qui ajoutaient que pour que les fiançailles ne rentrent pas dans le droit commun, il faudrait qu'un texte le spécifie.

Pour ces auteurs, l'inexécution des fiançailles, par une des deux parties, devait être sanctionnée par des dommages et intérêts évalués sur la base de l'article 1142 du Code civil.

³⁸² VIOLLET (P), « Histoire du droit civil français », n° 423 et 424, ed. Paris, 1905. Cite plusieurs contrats de mariage dont un double du 8 novembre 1838, passé en l'étude de M. Dunaud à Valloire, Puy-de-Dôme.

³⁸³ MERLIN LE COMTE (P-A), « Répertoire universel et raisonné de jurisprudence », Tome V, Ed. Garnery, Paris, 1812.

³⁸⁴ CHARDON (O-J.), « Traité du dol et de la fraude, en matière civile et commerciale », Volume 2, Avallon, Ed. Comynet, 1828.

³⁸⁵ ZACHARIAE VON LINGENTHAL (K. S), « Le Droit civil français », traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par MM. G. Massé. Ed.A. Durand, 1854.

Ces derniers devaient compenser la perte et les gains dont l'autre partie était privée.

En 1806, la Cour de Colmar se fondait, effectivement, sur l'article 1142 du Code civil, pour qualifier les promesses de mariage d'acte de nature contractuelle³⁸⁶.

Arrêt confirmé par celui de la Cour de Nîmes³⁸⁷, la même année, puis celui de la Cour impériale de Trèves en 1808.

Selon ce dernier « le mariage n'est que l'accomplissement d'une promesse préexistante de célébrer le mariage (). Cette convention préliminaire, qu'on appelle fiançailles ou promesse de mariage, existe sous le code civil () et doit produire les mêmes effets, puisqu'elle forme un contrat synallagmatique qui contient l'engagement de faire et qui entre dès lors dans l'application de l'article 1142 dudit Code () »³⁸⁸.

Jurisprudences confirmées par la Cour de Colmar³⁸⁹, puis celle de Toulouse, en 1813³⁹⁰ et en 1827³⁹¹.

Cette dernière, en 1813, allait jusqu'à soutenir que les fiançailles étaient un contrat synallagmatique dont l'engagement réciproque était d'accomplir la promesse de mariage. De cette obligation naissait une action dont disposait chacune des parties contre l'autre afin de la contraindre à accomplir sa promesse.

Parallèlement, les Cours de Lyon et de Besançon³⁹² considéraient les fiançailles contraires à la liberté des mariages et se fondaient sur l'article 1142 du Code civil pour rejeter les actions en dommages et intérêts pour rupture des fiançailles.

Jurisprudences confirmées par les Cours d'Amiens³⁹³, en 1812, et de Nîmes³⁹⁴, en 1827.

Certains juges trouvaient, pour leur part, une parade en proclamant la promesse de mariage nulle tout en condamnant le ou la fiancé(e) défaillant(e) à des dommages

³⁸⁶ Colmar, 29 juil. 1806, arrêt Bourguadi c/ Erhard : S., an XIII, 1808, II, 160.

³⁸⁷ Nîmes, 7 août 1806 : S., 1806, 2, 476.

³⁸⁸ Trèves, 5 fév. 1808 : S., 1808, 2, 169 ; Jur. Gén., v. Mariage, n° 83, p. 179.

³⁸⁹ Colmar, 28 janv. 1812 : D. Rep., v° Mariage, sous n° 83, p. 179.

³⁹⁰ Toulouse, 16 fév. 1813, aff. Fabarou c/ Danon : D. Rep., cod., V° Mariage, sous n° 83, note 3.

³⁹¹ Toulouse, 8 mars 1827, aff. Regagnon c/ Castex : D. Rep, cod. V. Mariage, sous n° 83.

³⁹² Lyon, 18 déc. 1810 et Besançon, 8 mai 1811 : Jur. Gén., v. Mariage, n° 82.

³⁹³ Amiens, 30 mai 1812 : S., 1815, 1, 159.

³⁹⁴ Nîmes, 29 nov. 1827 : Jur. Gén., v. Mariage, n° 90 ; D. Rep., v. Mariage, p. 186, note 2, sous n° 90.

et intérêts, pour faute génératrice de responsabilité, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil³⁹⁵.

Pourtant, c'est par l'arrêt de sa chambre des requêtes, en 1814³⁹⁶, que la Cour de cassation consacrait la théorie contractuelle, considérant que la non-exécution de la promesse de mariage causait un préjudice pour l'autre partie au contrat.

Toutefois, la même année, la Cour suprême avait également décidé que la promesse de mariage était illicite, car contraire à la liberté de consentement du mariage. Ainsi, en vertu des articles 1132 et 1133 du Code civil, l'obligation ayant une cause illicite, la promesse de mariage était considérée nulle³⁹⁷.

Bien que la conception contractuelle domine à cette époque, quelques décisions contraires venaient semer le doute et annonçaient le passage vers une autre conception. En effet, la conception contractuelle fut véritablement écartée, en 1838, par le courant qui considérait l'acte comme nul et prônait la conception délictuelle.

Ce basculement vers la conception délictuelle était une conséquence de la laïcisation et n'était pas sans poser de problèmes.

Section 2 : L'ambivalence de la laïcisation juridique

La nature juridique des fiançailles pose depuis longtemps problème. Les différents systèmes juridiques se sont confrontés durant l'histoire au même problème : les fiançailles constituent-elles un contrat donnant, notamment, naissance à l'obligation juridique de contracter mariage ?

Si l'existence d'un contrat entre les fiancés est admise, il n'y a pas de faculté de rupture unilatérale pour les droits religieux. Ce qui est très différent pour les droits laïcs qui prônent la liberté contractuelle et donc la libre rétractation.

³⁹⁵ Colmar, dans ses arrêts des 29 juil. 1806, 28 janv. 1812 et 13 mai 1818 : D. Rep., v° Mariage, sous n° 83, note 3.

³⁹⁶ Req, 17 août 1814 : D. Rep. Cod., v° Mariage, sous n° 82.

³⁹⁷ Cass. 21 déc. 1814 : D. Rep. Cod., v° Mariage, sous n° 82.

Selon ces analyses, le responsable de la rupture doit des dommages et intérêts à l'autre et ne peut y échapper qu'en justifiant la rupture pour juste cause.

Comme nous le savons, cette conception contractuelle est adoptée par le droit israélien et était adoptée, par le droit français, au début du XIXe siècle, mais déclenche(a)it des polémiques et s'oppose(a)it à la conception délictuelle.

Cette conception fut celle adoptée en France, puis abandonnée par la suite, afin d'être en adéquation avec la société laïque (Sous section 3). Ce qui n'est pas le cas du droit israélien qui, comme le droit rabbinique reste constant dans sa conception de l'acte (Sous section 1), tout en ayant la particularité de prôner la liberté (Sous section 2).

Sous section 1 : Un droit rabbinique confronté à l'individualisme contemporain

La conception de la promesse de mariage a fait l'objet d'une évolution afin de répondre aux besoins de la société juive selon les époques et s'adapter à la société contemporaine tout en restant fidèle aux principes religieux.

Au Moyen Age, pour renforcer la validité de la promesse, en plus d'imposer une amende à l'auteur de la rupture, une coutume le sanctionnait par une mise à l'écart de la société³⁹⁸ il s'agit de la sanction de l'excommunication que nous avons vu plus tôt. Cette obligation morale était, effectivement, garantie par la croyance en une surveillance divine. En cas d'inexécution, une sanction divine tombait, celle de la honte causée par la rupture³⁹⁹.

Déjà au XI^e siècle, un règlement public interdisait la rupture de promesse de mariage car en « cas de rupture de promesse de mariage, il y a, en plus de provoquer des difficultés pour se marier de manière honorable par la suite, un risque de causer une infamie et atteinte à la réputation »⁴⁰⁰. Ainsi, l'homme voulant se rétracter, devait tout de même se marier par respect pour sa fiancée.

³⁹⁸ HERMAN (D), "Maagal Hahaim Babait Hayehoudi", Ed. Prologue. Jérusalem. 2004. P. 69

³⁹⁹ Taanit, 8, 1 P. 236. Le fait de causer honte à autrui est assimilé dans la Torah à un meurtre : Baba Matsia. 68, II, 245.

⁴⁰⁰ GROSMAN ; Les premiers sages ashkénazes Jérusalem 1981. p. 148,

A l'issue du Moyen Age, l'amende était doublée d'une peine supplémentaire. Dans certaines communautés juives en Europe, le paiement de l'amende suffisait pour exonérer l'auteur de la rupture, mais en Pologne la coutume voulait qu'il soit considéré comme non fréquentable même après acquittement de l'amende. Ainsi, la signature de la promesse se faisait publiquement, ce qui rendait sa rupture honteuse et difficile. A défaut d'autorisation du tribunal rabbinique, l'auteur de la rupture devait donc payer une amende, avait une très mauvaise réputation et voyait ses chances de se marier très réduites⁴⁰¹. Il était, par conséquent, perçu comme un contrevenant au règlement public⁴⁰² dès lors que l'engagement qu'il voulait rompre était pris devant un Rabbin ou un public⁴⁰³.

La promesse de mariage n'octroie, cependant, pas aux parties le droit à l'exécution forcée⁴⁰⁴ du mariage pour autant. En effet, le concept de liberté de mariage, liberté de consentement, est, comme en droit français, un droit fondamental en droit rabbinique. La Torah défend cette liberté⁴⁰⁵ en exigeant un respect mutuel de la volonté des parties⁴⁰⁶. Ce qui veut dire que l'auteur n'est pas contraint à épouser, mais en a l'obligation. S'il n'exécute pas cette obligation, il ne sera pas forcé mais devra dédommager la victime et payer une amende. Ce qui n'est pas sans rappeler le système français. Il est, en effet, mentionné dans différentes sources du droit rabbinique⁴⁰⁷ que les Shiddoukhim n'attribuent pas le droit à l'exécution forcée de se marier. De même, la jurisprudence rabbinique abonde dans ce sens⁴⁰⁸. Le seul droit dont bénéficient les parties est celui de demander des indemnités en cas de rupture de la promesse de mariage à savoir pour le préjudice moral et le préjudice matériel.

⁴⁰¹ KAPLAN (D) : « Rupture de Promesse de mariage en droit Rabbinique » Revue de droit "Parachat shavouat" (section hebdomadaire du cycle annuel juif de lecture de la Torah) numéro 186, 2005.

⁴⁰² Responsa. Maharam Mints (Jerusalem, 1990), Even Haezer II 1958. P.105

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Kiddoushin 2-2; Rambam. Ishout, 4^e 1; Choulhan Arouh 26-4

⁴⁰⁵ SHORSHEVSKI (B). Op. Cit. P. 20

⁴⁰⁶ Toutefois, le RAMBAM reconnaît la promesse à l'égard de l'homme car il a le pouvoir de divorcer la femme contre son gré. BAS (D). Op. Cit. p. 47

"Choulhan arouh ,243-7; Responsa HARAMA 12 ;Teroumat Hadeshen 200. Ainsi que l'arrêt de principe du Tribunal Régional 1/55 Sidis v. Sidis selon lequel la promesse de mariage ne relève pas de la compétence exclusive du Tribunal Rabbinique dans la mesure où elle n'entre pas dans le statut personnel du mariage car il s'agit d'un contrat de droit commun, par conséquent, en cas de litige en matière de Shidouhin c'est la compétence du Tribunal Civil.

⁴⁰⁸ Arrêt 1/55 précité

Toutefois, à la différence du droit français, il n'est pas précisé que la rupture doit être fautive pour que la partie éconduite soit dédommée. Le seul fait de la rupture justifie le dédommagement.

Cette conception permet aujourd'hui au droit rabbinique de s'adapter à la société contemporaine en dépit de son ancienneté.

Comme nous le savons, le mariage, qui est considéré comme un événement fondamental dans la vie, est fortement réglementé en droit rabbinique. Les pratiques rituelles sont nombreuses et la tradition est présente à chaque étape. La manière dont il est préparé conditionne la vie du couple. Aussi, il est important de laisser un délai entre la décision de se marier et le mariage lui-même. En effet, avant le mariage, le mariage doit être annoncé à la famille et les futurs époux doivent effectuer un certain nombre de démarches. Ces formalités sont notamment destinées à définir si l'homme et la femme qui se présentent sont aptes à se marier selon les préceptes de la loi juive. La femme et l'homme du couple doivent suivre plusieurs cours sur des sujets de pureté familiale selon la tradition juive, de la vie en couple etc.

Aujourd'hui les Shidoukkhim jouent donc ce rôle. Véritable institution elles facilitent les rencontres des jeunes juifs et annoncent le projet de mariage.

Strictement, le *shidoukh* est l'acte par lequel on déclare qu'on est d'accord pour se fiancer puis se marier. Le *shidoukh* consiste donc aussi en une rencontre. Il est, effectivement, une recherche des affinités, et une sorte de reconnaissance de ces affinités pour réussir à construire.

Bien qu'il soit quelque-peu détourné de son objectif de départ

qui se limitait à l'accord, la promesse, de mariage futur, il est toujours usité par les juifs pratiquants qui le considèrent comme essentiel. Les jeunes gens emploient le plus souvent l'expression au pluriel, les Shidoukkhim, tant -probablement- ils devront faire plusieurs rencontres avant de parvenir à trouver ou à être satisfait.

Ainsi, si le contrat se conforme aux exigences du droit rabbinique, que nous développerons ultérieurement, sa rupture sera sanctionnée par le droit rabbinique.

Cette coutume reste, par conséquent, bien encrée dans les usages contemporains des juifs pratiquant, qu'ils soient en France ou en Israël.

En Israël, en cas de action pour rupture des Shiddoukhim, si le demandeur présente à la juridiction israélienne un contrat écrit, rédigé par les parties conformément aux exigences du droit rabbinique, cette dernière rendra sa décision au regard du droit rabbinique. En revanche, si les parties n'ont pas rédigé d'acte écrit, la juridiction étudiera la demande au regard du droit des contrats israéliens, qui n'exige pas de formalité pour conclure à l'existence du contrat entre les parties⁴⁰⁹.

Les personnes sont donc libres de choisir le droit qui s'appliquera à leur promesse de mariage. Que ce soit dans son application ou pour la résolution des litiges qui en découleront, elles peuvent choisir le droit laïc du pays où elles résident ou le droit rabbinique pour lequel cet acte est un pré-requis au mariage. Ce qui n'est pas le cas du droit israélien qui préserve la liberté des individus tout en tenant compte des individualités dans une société multiculturelle.

Sous section 2 : Un droit israélien confronté à la nouvelle conception du mariage

Comme expliqué précédemment, la jurisprudence associait, vers les années 70 et 80, le mariage à l'amour et déduisait que la perte causée par la rupture de la promesse de mariage était liée à la perte de l'amour. Or, le tribunal ne peut indemniser un préjudice sentimental⁴¹⁰.

C'est cette nouvelle conception qui est à l'origine de l'apparition d'un nouveau modèle de référence, le « cœur brisé », et, de la disparition progressive de la figure de la « séduction masculine »⁴¹¹.

Toutefois, selon la doctrine cette conception du mariage est réductrice, car elle ne tient pas compte de la réalité sociale (1). Ce qui n'est pas sans conséquence sur les

⁴⁰⁹ HERMAN (D), "Maagal hahaim babait hayehoudi", Ed. Prologue. Jerusalem. 2004. P.72

⁴¹⁰ Toutefois, dans le fameux arrêt Plonit 5258/98 en date du 14 juillet 2004 P.12-13, le avis de la majorité ne partage pas cette conception en disant que : « Le mariage n'est pas que des aspects sentimentaux mais aussi matériels, par conséquent la perte en cas de rupture ne se résume pas qu'à une perte de l'amour ». Le droit des contrats doit aussi traiter des préjudices sentimentaux causés suite à une rupture de contrats intimes »

⁴¹¹ GROSFEL ET HALAVI : Op. Cit. P. 154.

effets de la rupture (2), bien que les règles en la matière soient les mêmes pour tous.

1. La fin du contrat sentimental

Selon la doctrine : « La réduction du mariage à la sphère sentimentale, en ignorant tous les autres sens qu'on peut associer à cette institution (tels que avoir des enfants, les élever et éduquer, l'aide mutuelle, avoir des ressources communes) ne fait que présenter une vision partielle et limitée du mariage »⁴¹².

En effet, cette conception se fonde sur la présomption qu'un mariage sans amour est sans cause, ce qui explique qu'une demande en réparation pour la perte de la promesse est infondée. Or, pour la doctrine, « cette présomption exprime une approche abstraite d'une institution sociale complexe »⁴¹³. L'inconvénient de cette présomption est qu'elle ignore la polyvalence de la réalité sociale, car une rupture de promesse de mariage ne cause pas qu'un préjudice relevant du domaine sentimental mais engendre d'autres pertes. Ainsi, le fait pour une femme de perdre la chance d'avoir des enfants et être mère suite à une promesse de mariage faite durant des années par un homme qui l'a rompue ensuite, constitue notamment des préjudices allant au-delà du simple préjudice sentimental. Le préjudice principal, dans cet exemple, ne relève pas de la déception de ne pas se marier, mais de celle d'être parent en commun avec son partenaire⁴¹⁴.

Par conséquent, même si l'on accepte la position de la Cour qui ne peut pas fournir de remède aux « cours brisés », on peut discuter ce point comme l'a fait la majorité dans l'arrêt Plonit en date du 14 juillet 2004, que nous développerons ultérieurement, dans la mesure où la condamnation morale et la sanction pécuniaire qu'une telle action inflige à l'auteur de la rupture constitue une sorte de réparation partielle au préjudice qu'il a causé ce dernier à la victime.

La doctrine ajoute, à juste titre, que le fait pour la jurisprudence conservatrice de se référer à la figure de la « femme séduite » et pour la jurisprudence laïque de rejeter

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Cour Suprême Arrêt Nahmani v Nahmani 2.9.1976 JP 50 (4) 661 2401/95.

ce modèle pour lui substituer l'image de « c ur brisé »⁴¹⁵ est un « mauvais raisonnement pour une population multiculturelle complexe comme la société israélienne »⁴¹⁶. En effet, la rupture de promesse de mariage peut affecter différemment des femmes venant de cultures différentes. Ainsi, il est impossible de comparer la honte causée par la rupture de promesse et ses répercussions sur la population orthodoxe et sur la population laïque ou occidentale.

Une partie de la doctrine⁴¹⁷ suggère une solution intermédiaire qui reconnaîtra les deux modèles de référence du demandeur et permettra d'adopter le modèle adéquate en fonction du demandeur lui-même et non fonction d'un raisonnement moral. « Il n'appartient pas à la Cour de justice de faire appliquer les valeurs morales admises dans les sociétés traditionnelles, mais de protéger les femmes qui y vivent de éventuels préjudices qui caractérisent de telles sociétés »⁴¹⁸.

En ce sens, la jurisprudence Plonit, du 14 juillet 2004, que nous évoquerons plus en détail dans la section 2, constitue un tournant important en matière de l'action pour rupture de promesse de mariage. Selon la minorité, représentée par le juge RIVLINE, cette action ne trouve pas sa place dans une société moderne, elle doit être supprimée de l'ordre juridique ou du moins il faudrait réduire les indemnités judiciaires. Selon la majorité, représentée par les juges BARAK et FOCCACIA, cette action a une importance inspirée des conceptions mondiales libérales et modernes. Il faut donc prendre en considération les deux composantes susmentionnées (une société multiculturelle et la pluralité de l'institution du mariage), car la rupture de la promesse de mariage a des effets différents selon l'histoire et la personnalité de la victime. En revanche, les règles de droit en matière de responsabilité sont les mêmes pour tous, il suffit qu'il y ait un préjudice.

⁴¹⁵ COOMBS (M): Agency and Partnership: A study of Breach of Promis Plaintiffs 2 Yale Journal of Law and Feminism. Vol 1. 1989. PP.161-171. Pour une étude similaire qui a été faite en Angleterre au sein des femmes de la classe bourgeoise dans les années 80 et 90 au 19^e siècle suite a la proposition suppression de l'action ainsi que la position de la communauté féministe suite a la suppression de l'action dans plus de la moitié des pays aux Etats-Unis dans les années 30 et 40 du 20^e siècle.

⁴¹⁶ GROSFEF ET HALAVI : Op. Cit. P. 155-156.

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ Ibid.

2. L'aggiornamento de la responsabilité pour cause de rupture

Le droit israélien permet l'ouverture de l'action en justice pour rupture de promesse de mariage sur les fondements contractuels et délictuels.

Le premier est le principe, puisque contrairement au droit français le droit israélien, comme le droit rabbinique, considère la promesse de mariage comme un contrat. Le second, pour sa part, est envisageable de façon exceptionnelle. Dans les cas où lors de la conclusion de la promesse de mariage le promettant n'avait pas l'intention de l'exécuter ou avait présenté une fausse réalité (il prétendait être célibataire alors qu'il était marié).

Par ailleurs, alors même que la promesse de mariage est de nature contractuelle, les indemnités allouées en cas de rupture sont de nature délictuelle lorsque le but n'est que le dédommagement des préjudices.

Cette dualité de l'action en justice en droit israélien implique que les règles applicables aux deux cas de figure soient abordées pour traiter des effets personnels de la rupture (a) et des effets patrimoniaux (b).

a- Les effets personnels

Comme en droit français, quelque-soit le type de responsabilité civile, pour qu'une personne soit reconnue responsable d'un dommage, il faut qu'il y ait : un dommage (2), un fait générateur (3) et un lien de causalité (4).

A cela s'ajoutent, de manière générale, l'enjeu de la détermination de celui qui supporte la charge de la preuve et ce qu'il doit prouver (1), mais aussi l'existence d'un contrat s'agissant des actions en responsabilité contractuelle.

1) *La preuve*

Contrairement à l'action délictuelle, dans le cadre de laquelle la victime doit prouver l'intention de l'autre partie à la duper lors de la conclusion de la promesse⁴¹⁹, en matière contractuelle la victime doit prouver l'existence réelle de la promesse de mariage (c'est-à-dire du contrat), mais aussi qu'il y a eu rupture du contrat sans justes motifs.

⁴¹⁹ GROSSEF ET HALAVI, « Rupture de la promesse de mariage », Beshaar hahok. Fév. 2006. P. 111.

Comme en droits français et rabbinique, la charge de la preuve incombe à la victime de la rupture et seule la preuve de ces éléments, selon les actions, permet à cette dernière d'être indemnisée et éventuellement de pouvoir se voir restituer les cadeaux⁴²⁰.

Dans un arrêt du 20 septembre 2006, relatif à une rupture de promesse de mariage, la Haute Cour soutenait : « que la charge de la preuve de l'existence du contrat de la promesse de mariage incombe au demandeur au regard du Code des contrats, tout consentement ne se traduit pas en contrat. Il faut une décision réciproque et préalable de créer un tel contrat (article 2 Code des Obligations 1973) ». L'existence de la promesse de mariage, qui est un contrat, doit donc être prouvée et c'est au demandeur qu'incombe la charge de cette preuve⁴²¹.

La Haute Cour de justice précise à ce sujet, dans un arrêt datant de 1992, que « le problème majeur en matière de preuve d'une promesse ou d'un contrat, telle qu'une promesse de mariage, est qu'il s'agit d'un domaine sentimental. Par conséquent, il appartient aux juges d'examiner en profondeur les preuves apportées par les parties que ce soit l'expression des faits ou celle des comportements des parties démontrant leur volonté mutuelle à s'engager dans l'avenir par le mariage. Par exemple, la publication d'une annonce de fiançailles dans un journal, l'inscription au consistoire, l'échange de cadeaux de fiançailles ou les préparatifs pour le mariage projeté »⁴²².

Toutefois, le droit israélien ne requérant aucune formalité écrite pour la promesse de mariage, il est rare que les promesses de mariage soient écrites. Elles sont souvent orales et il faudra les prouver par tous moyens.

Il faut donc en déduire qu'une promesse, qui doit résulter d'une volonté claire et précise du promettant à réaliser cette promesse, peut se manifester par la parole ou le comportement⁴²³ du promettant et de l'acceptant.

Au regard du Code des contrats 1973, pour qu'il y ait consentement, il faut une décision réciproque et préalable de créer un contrat (article 2). Les parties à la

⁴²⁰ Arret Hadad v Mesilati 19.2.1960 388/58 JP 14 313

⁴²¹ Arrêt Shiperberg v Avtalion 647/89 : www.takdin.co.il

⁴²² Ibid.

⁴²³ Articles 1, 2, 5 et 6 du Code des Contrats 1973.

promesse doivent avoir eu une commune intention de créer un lien de droit contractuel, ce qui diffère d'une promesse n'ayant qu'une valeur sociale⁴²⁴. Ainsi, on distingue entre une promesse de mariage faite lors d'une fête et à connotation morale-sociale et celle faite avec l'intention de créer un lien de droit.

Dès lors, la preuve de prises de décisions importantes par l'acceptant, tels que l'avancement des frais pour le mariage ou le déplacement de son lieu de travail, sont suffisamment conséquentes pour les juges⁴²⁵. Ce qui distingue le droit israélien du droit anglais, qui a longtemps constitué une source de droit en Israël et qui n'exigeait pas la preuve de cette intention, la promesse suffisait pour présumer le consentement⁴²⁶.

En effet, dans le cadre d'une relation complexe d'un couple qui noue des relations intimes, toute parole, espoir ou comportement désignant une volonté de continuité de la relation dans l'avenir ne peuvent pas constituer promesse de mariage. La jurisprudence précise qu'« à côté de la valeur sociale voulant indemniser la victime d'une promesse de mariage rompue coexiste une autre valeur, celle de la liberté individuelle d'agir de façon autonome et de choisir librement son conjoint sans contraintes ni intervention du droit. L'intervention du droit a lieu uniquement lorsque les circonstances désignent de façon certaine l'existence d'un engagement concret d'une relation stable. Ce qui diffère d'un simple espoir, ou de l'expression d'une volonté ou de la simple intention de se marier »⁴²⁷.

La frontière entre l'expression de l'intention, la volonté ou l'espoir de se marier et une promesse à caractère obligatoire au regard du droit est donc difficile à établir. Cette distinction est, en effet, délicate et pose un réel problème lorsque la promesse de mariage n'est pas écrite et donc explicite. Lorsqu'elle n'est pas formelle, il ne faut pas conclure de façon trop hâtive à l'existence d'une telle intention. Selon le professeur Schiffman « interpréter chaque cas de séduction entre un homme et une femme, à un moment donné, comme une promesse de mariage,

⁴²⁴ SHALEV (G) : « La conclusion des contrats ». Préface TEDSKI (G). Ed. Institut droit comparé. Jérusalem. 1978.

⁴²⁵ LIFSKER (E). Op. Cit. p. 1

⁴²⁶ Arrêt Barghuiz v. Zilver, précité, p. 390-391

⁴²⁷ Arrêt Plonit précité. P. 25

sans que les deux ou l'un d'entre eux n'en aient eu pleine conscience »⁴²⁸ est dangereux. Le demandeur doit, par conséquent, prouver que la promesse de mariage constituait un contrat créateur de droits et obligations pour les parties. A défaut, chaque cas de séduction pourra être traduit comme une promesse de la part d'une des parties, sans pour autant que les deux ou l'une d'entre elle n'en aient eu l'intention⁴²⁹.

Etant donné que dans la plupart des cas la promesse de mariage n'est pas formalisée, ni écrite ni faite en présence de témoins, elle doit être déduite des comportements des parties. Il revient donc aux tribunaux d'examiner les circonstances de fait caractérisant la liaison afin de décider de l'existence ou pas d'un contrat entre les parties⁴³⁰. L'intention des membres du couple de créer un lien durable s'échelonne dans le temps et s'exprime par des rencontres, volontés et espoirs mutuels qu'il est difficile de placer dans un moment précis. C'est la raison pour laquelle les tribunaux israéliens ont pris l'habitude de déduire l'existence d'un contrat de promesse de mariage en examinant les circonstances de fait. Ce qui n'est pas sans poser de difficultés⁴³¹.

Une partie de la doctrine suggère, pour solutionner le problème de preuve, de ne conclure à l'existence de l'intention de créer des liens juridiques qu'aux situations où à la liaison affective s'ajoute une liaison économique⁴³². La jurisprudence n'a pourtant pas suivi ce raisonnement et s'est référée de façon indifférente aux circonstances de l'espèce. Ainsi, les parties peuvent s'inscrire au consistoire pour fixer une date de mariage sans pour autant établir de contraintes financières⁴³³. Toutes les circonstances entourant la liaison sont ainsi examinées par les juges afin de déduire à l'existence d'une promesse de mariage qui a été rompue. « Lorsque les deux parties ont la volonté de créer entre elles un lien juridique contractuel, il n'y a

⁴²⁸ SCHIFMAN. Op. Cit. P. 205

⁴²⁹ Arrêt Ploni v. Plonit 460/67. JP 22(1) 157. Il a été décidé qu'une vigilance particulière doit être employée lorsqu'on vérifie s'il y a réellement eu promesse de mariage, car il n'y a rien de plus facile que d'inventer une promesse de mariage fictive.

⁴³⁰ Arrêt Plonit v Ploni 460/67 JP 22 (1) 157, 160

⁴³¹ Propos de la présidente de la Cour dans l'arrêt Plonit de 2004

⁴³² SCHIFMAN. Op. Cit. P. 206

⁴³³ Arrêt Shaked v Zilberferd 58/73 JP 47 (1) 151, arrêt Ron v Hazan 473/75 JP 31 (1) 40; arrêt Maman v Triki JP 47 (2) 652.

en principe aucune raison pour que cette promesse ne constitue pas un contrat valide. Toutefois, comme dans tout autre cas de figure, il faut prouver le contenu de ces promesses synallagmatiques »⁴³⁴. Les preuves circonstanciées de la promesse doivent être examinées, car « le changement du statut entre les parties ne peut pas découler d'une promesse de mariage faite en secret mais doit être extériorisé par des signes externes et appuyés par d'autres preuves »⁴³⁵. A cet effet, « il suffit d'apporter des preuves démontrant la volonté des parties de se lier à vie »⁴³⁶ et « lorsque ces preuves sont rapportées, les juges reconnaissent la validité du contrat entre les parties⁴³⁷ ».

La charge de la preuve reste donc un lourd fardeau pour le demandeur⁴³⁸ et n'est pas chose simple, c'est la raison pour laquelle les tribunaux se montrent très prudents⁴³⁹.

En revanche, lorsque la relation des parties se trouve au stade où elles ont engagé des frais, la déduction d'une volonté de créer un lien de droit sera plus aisée⁴⁴⁰.

Toute demande en indemnisation, suite à une rupture de la promesse de mariage, ne peut aboutir que si la preuve est apportée par le demandeur que cette rupture n'était pas justement motivée et que cela a provoqué le dommage.

En effet, il ne suffit pas qu'il y ait un contrat puis un dommage découlant de la rupture de ce contrat (la promesse de mariage), mais il faut que cette rupture soit fautive car sans motivation ou sans motivation juste. Ainsi, la victime doit prouver que la promesse de mariage a été rompue sans justes motifs⁴⁴¹. Nous verrons, dans le cadre du fait générateur, ce que le législateur israélien entend par « justes motifs ».

Comme en droit commun français, qu'il y ait contrat ou pas, lorsqu'une personne commet intentionnellement un dommage à autrui, la matière devient délictuelle. Le

⁴³⁴ Arrêt Gargevski v Premier ministre 1635/90 JP 45 (1) 749, 838

⁴³⁵ Arrêt 460/67 Ploni v Plonit JP 22 157. 160

⁴³⁶ Arrêt Shiperberg v Avtalion 647/ 89 JP 46 (2) 169, 174, arrêt 545/77 Plonit v Ploni JP 32(2) 393, 399

⁴³⁷ Arrêt Plonit v Plonit 5258/98 précité. Point 10

⁴³⁸ Arrêt 7156/06 Karmi v Gabay 19.7.2009

⁴³⁹ LIFSKER (E) : [Rupture de la promesse de mariage en droit israélien](http://www.benchmark.co.il/law-info/article-display.php?articleno=260) : <http://www.benchmark.co.il/law-info/article-display.php?articleno=260>

⁴⁴⁰ COHEN (N). Op. Cit. p. 19

⁴⁴¹ Arrêt Hadad v Mesilati 388/58 JP 14 313

droit israélien applique effectivement la même règle à la rupture de la promesse de mariage lorsqu'elle a été motivée par une intention de nuire. Bien que la promesse de mariage soit un contrat, l'action dans ce cas bascule dans le délictuel.

Il incombe donc à la victime de prouver l'intention de nuire de l'auteur de la rupture afin de pouvoir engager sa responsabilité délictuelle sur le fondement des vices de consentement⁴⁴² (dol⁴⁴³ et manœuvres dolosives⁴⁴⁴), en vertu de l'article 56 de la loi relative à la responsabilité délictuelle.

Cependant, l'action délictuelle n'est applicable que lorsqu'au moment de la conclusion de la promesse, le promettant n'avait aucune intention d'exécuter sa promesse, il ne s'agira pas seulement de rupture de promesse, mais aussi de manœuvres frauduleuses/mensonges. Or, lorsque le promettant a eu, au départ, l'intention d'exécuter sa promesse, mais ne l'a pas fait, il s'agira de rupture contractuelle et non de manœuvres dolosives.

Pour appliquer l'article 56 relatif à l'action délictuelle, il faudra donc réunir cinq conditions cumulatives. Il incombe à la victime, qui a contracté de bonne foi, de prouver⁴⁴⁵ :

- que des manœuvres dolosives ont été employées ;
- le défaut de bonne foi ;
- l'intention de duper l'autre partie ;
- l'induction en erreur de la victime pour laquelle les manœuvres dolosives ont été déterminantes ;
- le lien de causalité entre le préjudice matériel de la victime et les manœuvres dolosives.

Il faut préciser que dans certains cas la victime peut intenter les deux actions. En effet, la justice israélienne lui offre la possibilité de choisir son action.

Lorsque la partie rompant la promesse de mariage n'avait pas d'intention dolosive lors de la conclusion du contrat, mais que les manœuvres dolosives se sont produites après les deux actions sont possibles. Effectivement, si lors de la conclusion de la

⁴⁴² Arrêt Nathan v Abdallah 19 avril 1970 et Plonit v Ploni 5258/98 14.7 2004 p. 20.

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Arrêt Shiperberg v Avtalion 30.3.92 647/89 JP 46 (2)169

⁴⁴⁵ TALMUD.Baba.Kama. 35a: 77

promesse le promettant n'avait pas l'intention d'exécuter son engagement, il ne s'agit pas seulement de rupture de promesse mais aussi de tromperie et dans ce cas la seule action envisageable est celle délictuelle. Par conséquent, la victime a le choix entre intenter une action en justice sur le fondement contractuel ou délictuel. Ainsi la Haute cour de justice israélienne a considéré, lors d'un arrêt⁴⁴⁶ en date de 21 octobre 2002, que: « L'absence d'intention de se marier ne suffit pas à elle seule pour écarter la possibilité d'intenter une action en justice pour inexécution contractuelle de la promesse de mariage, mais offre à la victime, en plus de l'action contractuelle, une action délictuelle »⁴⁴⁷.

Cependant, parfois il est difficile pour la victime de prouver l'existence d'un contrat valide lorsque le promettant était déjà marié. L'existence de ce choix permet donc à la victime d'être tout de même dédommée par une action délictuelle. Ce qu'illustre un arrêt⁴⁴⁸, relatif à une rupture de promesse de mariage entre un homme marié et une femme célibataire, dans le cadre duquel les conditions du contrat n'étaient pas réunies. Le juge avait condamné le promettant à verser à la victime la somme de 60.000NIS, sur le fondement de manœuvres frauduleuses, car l'homme avait fait espérer à la victime, après 4 ans de relation, qu'il l'épouserait. Par conséquent, une personne qui change d'avis et ne désire plus se marier avec la personne à laquelle il a promis mariage, ne sera pas forcée de le faire, mais a défaut d'avoir de juste motif de rupture, elle est susceptible d'indemniser la victime. Que ce soit sur le fondement d'une action contractuelle ou délictuelle.

2) Le préjudice

La notion de préjudice en cas de rupture de promesse de mariage est différente de celles pouvant généralement se présenter en cas de rupture de contrat.

⁴⁴⁶ Yurist v Rahamanov 21.10.2002, 65325/99

⁴⁴⁷ Arrêt Spornes v Halver 19.3.1961 786/55 JP 27 P. 270, arrêt Badash v Sade 7.3.66 174/65 JP 20 (1) 617; Arrêt Nathan v Abdallah 19.4.70 609/68 JP 24 (1) 455; Arrêt Ploni v Plonit 18.11.75386/74 JP 30 (1) 383.

Arrêt 115/76 Ploni v Plonit JP 11 457 l'action délictuelle a une grande utilité lorsque la voie contractuelle est impossible, par exemple lorsque la promesse de mariage est nulle car contraire à l'ordre public (dans les années 50 la jurisprudence annulait la promesse de mariage à tous les cas lorsqu'elle était contraire à l'ordre public).

⁴⁴⁸ Trib. Paix, Beersheba, 26 juin 2007, 2743/04.

Le droit israélien prévoit, par ailleurs, deux catégories de préjudice pour une action en indemnisation en cas de rupture de promesse de mariage : le préjudice matériel et le préjudice général. Ces préjudices sont indemnisés différemment par les juridictions israéliennes et ont donné lieu à des revirements de jurisprudence importants. Ainsi, aujourd'hui seul le préjudice matériel est véritablement indemnisé.

Le contrat de promesse de mariage est un contrat *sui generis*, ce qui crée une situation particulière. Contrairement à la méthode habituelle d'indemnisation en droit des contrats, dont le but est de ramener la victime d'une rupture contractuelle dans la situation financière dans laquelle elle aurait été si le contrat avait été exécuté. La spécificité de la promesse de mariage veut que les indemnisations allouées en cas de rupture aient pour unique but de dédommager la victime des préjudices causés. On parle alors d'indemnités de nature délictuelle alors même qu'on se trouve en matière contractuelle. Par conséquent, comme en droit français, le ou la fiancé(e) ne peut obtenir réparation du préjudice prétendument subi du fait de la non-obtention de la situation matérielle que le mariage permettait d'espérer⁴⁴⁹, même si avant les années 80 les tribunaux israéliens prenaient en compte la situation financière du défendeur pour la fixation des indemnités⁴⁵⁰.

Le préjudice matériel comprend les frais et dépenses faites en vue du mariage projeté et les pertes financières, prouvées, qu'a subi la victime. Les cadeaux des fiançailles, le fait de quitter son lieu de travail⁴⁵¹ et etc constituent des préjudices matériels.

Dans le même sens, les charges résultant pour la fiancée éconduite de l'entretien de l'enfant procréé avec son fiancé sont admises en tant que préjudice matériel⁴⁵². S'agissant des dommages quantifiables, tels que l'humiliation et la souffrance que ressent la fiancée abandonnée⁴⁵³, ils sont classés dans la catégorie des préjudices généraux.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Arrêt Ruben v De Cohen 1106/64 JP 50 184 Le juge a pris en compte le statut social et financier du défendeur pour la fixation des indemnités.

⁴⁵¹ HC Shiperberg v Avtalion 30.3.92 647/89 JP 46(2) 169

⁴⁵² HC Shaked v Zilberfeld 7.10.1974 58/7 JP 29 (1) 152,

⁴⁵³ HC Triki v Maman précité 30.5.1993

A partir des années 80, la jurisprudence a décidé de réduire considérablement les montants des indemnités allouées pour ces préjudices et notamment pour les dommages dits moraux. Ces derniers sont désormais indemnisés par des sommes modestes⁴⁵⁴.

Depuis les années 50, les juges israéliens ont changé leur appréhension de la question de la rupture de promesse de mariage. Les composantes de ces indemnités ont connu une importante modification. Le traitement juridique de l'action approfondissait l'examen des preuves et donnait une importance primordiale à la question de la pudeur de la femme. Les indemnités allouées pour le préjudice moral de la honte étaient généreuses⁴⁵⁵. La plupart du temps ces indemnités étaient accordées aux demandeuses qui apportaient la preuve des préjudices causés. Les sommes d'argent étaient globales⁴⁵⁶ et visaient surtout à indemniser la déception et l'humiliation causées à la victime suite à la rupture⁴⁵⁷. Parfois même, l'atteinte à ses chances de se marier et d'avoir une vie heureuse⁴⁵⁸. Ce qu'illustre bien l'arrêt Boukris v Ben-Haim⁴⁵⁹ de 1966: « Il ne faut pas ignorer la situation dans laquelle se trouve la demanderesse, situation dans laquelle elle a été mise en face du défendeur. Elle a enduré des souffrances énormes. Elle a été profondément atteinte et se sent humiliée et honteuse et n'arrive pas à se trouver une place dans la société. Sachant qu'elle est issue d'un petit village, que sa réputation est ternie ses chances de se marier un jour ont considérablement baissé».

Dans certains cas, le montant des indemnités attribuées pour ce préjudice général se relevait au montant des salaires gagnés par la victime pendant deux ans, voire plus⁴⁶⁰.

⁴⁵⁴ Arrêt de principe est l'arrêt Shiperberg précité.

⁴⁵⁵ GROSFEF ET HALAVI. Op. Cit. p. 124. Trib. Reg. 1966 Boukris v Ben-Haim du 1055/65 JP 59 263

⁴⁵⁶ En plus des indemnités pour le préjudice général les victimes pouvaient réclamer aussi des dommages-intérêts pour le préjudice spécial pour la perte d'emploi et des frais suite à un accouchement : Arrêt Shaked v Zilberfeld 5.9.1974 58/7 JP 29 (1) 152.

⁴⁵⁷ HC Haik v Safia 27.9.1976 116/75 JP 31 (1) 90

⁴⁵⁸ HC Ben-Harush v Hazan de 1963 2068/62 JP 46 P. 15P : « En conséquence des relations avec le défendeur et la naissance de l'enfant, ont réduit les chances de se marier de la demanderesse. »

⁴⁵⁹ GROSFEF ET HALAVI. Op. Cit. P. 124

⁴⁶⁰ HC Shaked v Zilberferd 5.9.74 : JP 29 (1) p. 151: la victime a obtenu des dommages-intérêts équivalents à trois ans de salaire doublés d'indemnités pour le préjudice spécial suite à la grossesse et l'accouchement

A partir des années 90, l'examen de la preuve est très succinct et se concentre sur les raisons de la rupture, afin d'allouer des indemnités pour le préjudice spécial, dit matériel, prouvé, et le préjudice moral. En effet, la position de la Haute Cour de justice israélienne a changé. Cette dernière estime que la principale indemnisation en cas de rupture de promesse de mariage devrait concerner le préjudice spécial (dit matériel). Le préjudice général pour sa part, ne devrait être que très modestement indemnisé⁴⁶¹. Selon l'arrêt de principe, *Shiperberg v Avtalion*, en date du 30 mars 1992 : « l'indemnisation du préjudice général, en matière de rupture de promesse de mariage, doit être très modeste »⁴⁶². Certains juges vont jusqu'à souhaiter la suppression totale des indemnités pour les préjudices autres que matériels⁴⁶³.

Aujourd'hui, les tribunaux israéliens n'accordent donc que des sommes dérisoires en cas de préjudices généraux tel que la grande déception de la victime et l'espoir de se marier⁴⁶⁴. La honte ou le préjudice social dû à la rupture ne sont maintenant plus admis.

3) *Le fait générateur*

« La promesse de mariage est un contrat créateur de droits et d'obligations, dès lors, une rupture sans justes motifs s'assimile à une inexécution contractuelle et lorsqu'un contrat est rompu, la victime de la rupture est en droit de réclamer des indemnités pour les préjudices causés par la rupture »⁴⁶⁵. La rupture d'une promesse de mariage sans juste motifs constitue donc le fait générateur provoquant le dommage à l'autre partie. A l'exception de cas particuliers exonérant l'auteur de la rupture, ce dernier devra dédommager la victime de cette rupture contractuelle injustifiée.

⁴⁶¹ Ibid. p. 153

⁴⁶² HC 30 mars 1992 *Shiperberg v. Avtalion* 647/89

⁴⁶³ HC Plonit 5258/98 JP 58 (6), P. 209 de 14.7.2004

⁴⁶⁴ Arrêt *Ben Haroush v Susan* 18.9.2002 118/02 www.nevo.co.il: La cour a condamné le défendeur à payer des indemnités de 40.000 Nis à la victime pour une relation qui a duré plus de 10 ans en signalant que : « la tendance jurisprudentielle est de ne pas condamner à de grandes sommes en cas de rupture de promesse de mariage, surtout lorsque la preuve des préjudices spécifiques et graves, comme une grossesse et fausse couche, perte de salaire etc. n'a été apporté »

⁴⁶⁵ Arrêt *Plonit v Ploni* 5258/98 précité

Tout comme en droits français et rabbinique, la rupture sans motifs légitimes constitue, en droit israélien, un abus de droit, alors que des motifs sérieux et légitimes suffisent à débouter d'une action en indemnisation. La faute est établie par la rupture injustifiée. Ainsi, la jurisprudence condamne l'auteur d'une rupture brutale de la promesse de mariage à des indemnités.

Dans un arrêt de principe, en date du 10 mai 1993⁴⁶⁶, le juge considérait que le défendeur qui ne s'était pas présenté le jour de la célébration religieuse du mariage, alors que sa promesse de mariage avait été officialisée par une inscription au consistoire, avait rompu cette promesse sans justes motifs. Le juge rejetait effectivement les deux motifs du défendeur. Selon ce dernier, la rupture était justifiée, d'une part, par le fait que la fiancée avait vicié son consentement en lui affirmant que l'enfant qu'elle portait était de lui, alors qu'il était celui d'un autre homme. D'autre part, le fait qu'elle ait refusé de signer le contrat de mariage avant le mariage. Le tribunal avait rejeté le premier motif, car rien n'établissait que le fiancé n'était pas le père de l'enfant et « les juges ne prennent en compte que des faits connus lors de la rupture et non des informations connues de la partie qui a rompu postérieurement à la rupture »⁴⁶⁷. S'agissant du second motif, « le fait que la demanderesse ait refusé de signer le contrat de mariage avant le mariage, alors que les parties n'ont pas consenti expressément de le faire, ne justifiait pas une rupture de promesse par l'autre partie »⁴⁶⁸.

Ainsi, lorsque le motif de rupture se justifie par des faits postérieurs à la promesse, comme le manque de respect d'une fiancée, vis-à-vis de ses futurs beaux-parents, après la promesse de mariage, ne suffit pas pour constituer un motif légitime de rupture du contrat⁴⁶⁹.

Cependant, parallèlement, lorsque l'une des parties change son comportement et sa façon d'être afin d'amener l'autre à rompre la promesse, elle devra des dommages-intérêts à la partie qui s'est rétractée car elle l'a incitée à le faire⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Arrêt Maman v. Triki, 30 mai 1993 416/91, JP 47/2.

⁴⁶⁷ Ibid. P. 650

⁴⁶⁸ Ibid. p. 652

⁴⁶⁹ SCHIFMAN. Op. Cit. p. 136

⁴⁷⁰ TEDESKI (G) : « Enquêtes sur notre droit privé » Jérusalem, 1958, p. 282-283

En revanche, comme en droit rabbinique, lorsque la raison de la rupture est une information déjà connue de la partie qui a rompu le contrat avant le mariage, elle ne sera pas considérée comme étant un motif légitime de rupture. Dans ce sens, le tribunal de la Paix de Tel-Aviv a décidé, par un arrêt en date du 11 juillet 2007, de qualifier la rupture d'un jeune homme, qui avait appris l'existence d'une idylle entre sa fiancée et un ami quelques jours avant leur mariage, sans justes motifs. En effet, après avoir vérifié si la rupture était justifiée, c'est-à-dire qu'il n'existait aucun vice dans le consentement, le tribunal écartait les motifs du défendeur. Selon ce dernier sa rétractation était justifiée par le fait que ces informations confirmaient ses craintes de longue date concernant l'honnêteté de sa fiancée dont le comportement était, par ailleurs, instable du fait de sa dépendance à l'alcool⁴⁷¹. Le tribunal écartait ces motifs considérant que : « aucune cause ne justifie la rupture de la promesse de mariage par le défendeur. Que tant qu'il s'agit d'informations connues du défendeur, avant la conclusion de la promesse, il y a présomption de prise en considération de ces dernières lors du consentement. Le fait de soulever de tels motifs postérieurement à la conclusion de la promesse est considéré comme étant immoral et irraisonnable »⁴⁷².

Par conséquent, afin d'évaluer si les motifs de la rupture sont justes et légitimes, la jurisprudence ne tient pas compte des « intentions et raisons subjectives du promettant », mais seulement de l'existence, de la validité de la promesse (compte tenu des règles sur le consentement) et de « l'impression qu'elle crée chez une personne normale », mais aussi du comportement du promettant⁴⁷³.

Selon la théorie classique, le motif légitime de rupture doit donc se faire sur la base de vices objectifs qui entachent la personne du promettant ou de sa famille. C'est-à-dire, le fait que n'importe quelle autre personne aurait eu le même comportement que le promettant dans ces circonstances.

Cependant, le Professeur Schifman⁴⁷⁴ émet des réserves sur cette théorie. Selon lui, il est inconcevable qu'un tribunal puisse juger du fondement d'une rétractation de

⁴⁷¹ Trib. de Paix 11 juillet 2007 Tel-Aviv. Drori v. Tsfadia 026477/05

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ Tribunal de la paix de Jérusalem Ayalon v Ayalon, 15 avril 2004, 005487/03 : www.nevo.co.il

⁴⁷⁴ SHIFFMAN (P), op. cité, p. 17.

promesse de mariage en fonction de raisons objectives, alors même qu'une telle promesse est purement subjective et inhérente à la personne. Il semble donc que les juridictions devraient opter pour une méthode d'appréciation plus large quant aux raisons des parties de se rétracter et, reconnaître parfois aux parties des motifs légitimes de rétractation sans les condamner à payer des dommages-intérêts lorsque leurs sentiments affectifs ont changé.

Toutefois, poursuit-il, « à cette fin, on peut aussi utiliser un autre chef d'accusation, tel que le dol, sans avoir recours au contrat. A défaut on peut soulever l'article 18 du Code des Contrats relatif à l'impossibilité d'exécuter le contrat. L'avantage de ce fondement juridique est qu'il y a toujours réparation pour la victime »⁴⁷⁵.

Le problème dans l'application de cet article, réside dans le fait qu'il s'applique en principe en cas de circonstances de force majeure alors qu'en l'espèce l'impossibilité résulte de la volonté de la personne.

Il arrive que les fiancés s'accordent sur le fait d'annuler les fiançailles⁴⁷⁶ : soit que le contrat prend fin suite à un événement tragique (tel le décès d'un des fiancés), soit la non réalisation d'une condition suspensive (la signature d'un contrat de mariage⁴⁷⁷), le vice du consentement (lorsque la fiancée a menti sur son passé⁴⁷⁸) ou un changement brutal des situations. En effet, Lorsque le motif de la rupture réside dans une cause qui n'était pas connue de la partie au moment de la conclusion de la promesse, les règles relatives aux vices du consentement des contrats, prévues dans les articles 14 et 15 du Code des Contrats de 1973 sont

⁴⁷⁵ Ibid.

⁴⁷⁶ A la différence d'un cas où la rupture est unilatérale, auquel cas l'autre partie est en droit d'annuler le mariage et d'intenter une action pour rupture de promesse de mariage. Arrêt *Goldberg v Schwartz* JP 18 14

⁴⁷⁷ Arrêt *Eliasi v Hakak* 69345/94 : www.nevo.co.il: La juge a décidé que : « la promesse de mariage dépendait de la réalisation de deux conditions suspensives ; d'un examen médical attestant la bonne santé de l'embryon puis la signature du contrat de mariage, et comme ces conditions n'ont pas été réalisées, des lors, le défendeur n'est pas considéré lié par la promesse de mariage ».

⁴⁷⁸ Arrêt *Shiti v Hori* JP 97 (1) P. 890 348/96 Le défendeur avait menti à la demanderesse depuis le début de leur relation sur son état civil (il lui a dit qu'il était marié fictivement pour obtenir la nationalité australienne alors qu'en réalité il vivait avec sa femme depuis deux ans), sur son âge, sa situation financière, et sur le niveau de vie qu'il lui offrirait en Australie. Le tribunal a rejeté sa demande au motif qu'après avoir appris la vérité, la demanderesse a maintenu sa relation, par conséquent l'action en rupture de promesse pour cause de manœuvres frauduleuses a été rejetée. Toutefois, le juge a décidé que les manœuvres frauduleuses du défendeur ainsi que le préjudice causé du fait qu'il lui a fait perdre du temps et l'a empêché de nouer une autre relation en vue d'un mariage ont été pris en compte pour l'allocation des dommages-intérêts.

susceptibles d'être appliquées. De même, dans certains cas, lorsque la rupture est intervenue suite à des événements qui se sont brutalement produits postérieurement à la promesse.

Au regard du droit anglais, seul le fait de rompre injustement la promesse peut servir de fondement à l'ouverture d'une action en réparation. Quand bien même le contrat est valable, la rétractation ne vaut inexécution qu'en cas de rupture sans justes motifs.

JOHNSON⁴⁷⁹ énumère les raisons objectives sur lesquelles se fondent les tribunaux pour attribuer le droit du promettant de se rétracter de la promesse de mariage. Le même raisonnement existe dans la Loi rabbinique⁴⁸⁰. La raison d'être de ces motifs légitimes de rupture est que si l'une des parties avait pris connaissance de ce fait avant, elle n'aurait pas contracté la promesse. Cependant, désormais la jurisprudence ne dépend plus du droit anglais tout comme elle ne l'était pas avec le droit rabbinique dans le passé. Lorsque le juste motif de rupture est soulevé et est basé sur un élément qui n'était pas connu de l'autre partie lors de la conclusion de la promesse, les règles relatives aux vices du consentement prévues dans le Code des contrats de 1973 s'appliquent.

La cause objective justifie légalement l'annulation du contrat. L'un des fiancés trompe l'autre, par cet acte l'obligation contractuelle de se comporter de bonne foi est rompue⁴⁸¹. À l'inverse, nous l'avons vu, des causes subjectives qui motivent la rupture unilatérale de la promesse, parce que l'amour n'existe plus ou parce que le/la fiancé(e) aime un(e) autre personne sont irrecevables. Ils ne justifient pas la rupture d'une promesse de mariage⁴⁸².

⁴⁷⁹ JOHNSON (E.L). Op.Cit, p. 23-29.

⁴⁸⁰ Par exemple : si la sœur de la fiancée s'est convertie à une autre religion, ou lorsqu'elle s'est prostituée, ou encore, si la fiancée a perdu la raison, ou si le fiancé a eu un mauvais comportement (joue aux cartes, alcoolique).

⁴⁸¹ GROSFEF ET HALAVI. Op. Cit. P. 113

⁴⁸² Une partie de la jurisprudence et la doctrine y voit un paradoxe interne entre la liberté du mariage et l'exécution de la promesse de mariage dans la mesure où une personne qui a promis mariage à une autre mais qui ne l'aime plus doit justifier sa rupture et lui verser des indemnités : Arrêt Timsit v Fhima 6.4.1965 461/64 JP 19 (4) 129

Ainsi, l'erreur sur l'âge de la fiancée ignoré par le fiancé est éventuellement cause de nullité de la promesse de mariage de plein droit⁴⁸³. Si l'âge de cette dernière était déterminant de l'accord du fiancé pour le mariage, la rupture est légitime puisque la nullité de la promesse serait admissible. En effet, si le fiancé avait eu connaissance de l'âge réel de sa fiancée, il ne lui aurait jamais proposé un mariage. Qu'en est-il lorsque le motif légitime de rupture se justifie par des faits postérieures à la promesse ?

Bien que le motif légitime de rupture doit se fonder sur des vices objectifs entachant la personne du promettant ou de sa famille, la promesse de mariage est une décision intime, subjective, susceptible de changer sans raison rationnelle à l'appui. Ainsi, lorsque l'une des parties change son comportement et sa façon d'être avec l'autre pour la ramener à rompre la promesse, elle devra des dommages-intérêts à la partie qui s'est rétractée, car elle a été incitée à le faire⁴⁸⁴.

Toutefois, il n'est pas évident de juger fautive la personne qui a changé son comportement et sa façon d'être avec son partenaire, mais il est possible d'exiger que chaque partie ait une obligation de se comporter de bonne foi⁴⁸⁵. Or, le problème principal n'est pas les manœuvres dolosives mais une réelle situation dans laquelle la personne ressent un changement brusque chez l'autre partie et se rétracte.

Des changements brusques chez l'une des parties peuvent donc justifier la rupture de la promesse. Tout dépend de l'auteur de la rupture. En effet, si l'auteur de la rupture est celui-là même qui a brusquement changé des éléments importants dans sa vie, la rupture ne sera pas justifiée car la promesse avait été faite en connaissance de cause vis-à-vis d'une personne qui est restée la même que lors de la promesse. En revanche, si c'est la partie inchangée qui se rétracte en réponse aux changements de l'autre partie, la rupture pourra être considérée comme justifiée et légitime.

Ainsi, par exemple, lorsqu'au moment de la promesse les deux personnes n'étaient pas pratiquantes mais que plus tard l'une d'entre elles s'est rapprochée de Dieu et a

⁴⁸³ Article 14 et 15 Code des contrats de 1973.

⁴⁸⁴ TEDSKI (G) : « Enquêtes sur notre droit privé ». Jérusalem, 1958, p. 282-283.

⁴⁸⁵ Article 34 Code des Obligations.

changé sa façon d'être, la rupture est justifiée pour la partie inchangée. Effectivement, cette dernière peut ne pas accepter le nouveau mode de vie de son copromettant et se rétracte. Dans ce cas, la personne délaissée n'est pas en droit de réclamer une indemnisation, car ce changement est déterminant pour leur vie future. La situation serait différente si la personne qui est devenue pratiquante refuse de se marier, car ce changement les éloigne, elle devra indemniser financièrement la partie délaissée.

De là, une problématique née : peut-on voir dans la rétractation un juste motif ou un cas de force majeure ? Pour la première hypothèse, dans la mesure où cet élément nouveau enlève toute chance objective au mariage, il n'y a pas lieu de bénéficier de dommages-intérêts. En revanche, pour la seconde hypothèse, il y a une possibilité d'indemnisation.

En tout état de cause, l'appréciation de justes motifs de rupture engendre beaucoup de difficultés, d'où la solution suivante suggérée par le professeur SHIFMAN : détacher la demande de dommages-intérêts de l'appréciation des justes motifs.

Les juges vérifient s'il y a eu rupture de la promesse et, par la faute de quelle partie elle a été rompue. Ils prennent ainsi en considération la détermination des parties d'exécuter la promesse, car pour qu'il y ait droit à indemnisation, la victime devra prouver le lien de causalité entre la rupture et la dégradation de la situation du demandeur suite aux démarches entreprises en se basant sur la promesse⁴⁸⁶. Il faut prouver que c'est la rupture qui a directement provoqué les dommages.

Dans ce sens, la jurisprudence a condamné un défendeur à payer des indemnités importantes, de 40.000 Nis, à la victime pour une relation qui avait duré plus de 10 ans. Cette relation, inconnue de la victime, remettait à l'évidence en question la promesse de mariage et était extrêmement préjudiciable à la victime qui s'était investie dans la relation qu'elle croyait sincère et avait fait une fausse couche. La rupture, motivée par cette relation cachée, avait donc bel et bien directement provoqué les dommages.

⁴⁸⁶ Arrêt Plonit v Ploni 5258/98 Op. cit.

Bien que les préjudices moraux ne puissent être dédommagés en nature, mais seulement en argent par compensation, les préjudices matériels eux sont, comme pour le droit français, quantifiables et donc directement dédommageables.

b- Les effets patrimoniaux

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit israélien avant la promulgation du Code des contrats israélien de 1973 appliquait, en matière de rupture de promesse de mariage, le droit anglais sauf exception (pour les personnes indiquant dans le contrat leur volonté de voir appliquer le droit religieux). Or, ce dernier prévoyait la restitution des cadeaux en cas de rupture (1), mais ne invoquait pas les effets à l'égard des tiers en cas de décès d'un des fiancés (2).

1) *La restitution des cadeaux*

Selon le droit anglais des contrats, avant 1973, les fiancés étaient en droit de se voir restituer toutes les libéralités et présents donnés sous la condition (expresse ou tacite) en cas de rupture des fiançailles⁴⁸⁷. Cette règle était basée sur la même supposition que celle énoncée en droit rabbinique : que les cadeaux étaient donnés sous la condition tacite que le mariage interviendrait⁴⁸⁸. Si cette condition ne se réalisait pas, les propriétaires des libéralités avaient logiquement droit à la restitution de ces dernières. Cependant, il ne serait pas exact de dire que les cadeaux des fiançailles étaient affectés d'une condition tacite, celle du mariage, car elle empêchait le donateur de recouvrer les cadeaux s'il était responsable de la rupture⁴⁸⁹.

Ainsi avant 1973, le tribunal Israélien octroyait à la promesse de mariage le statut de contrat civil qui, conformément aux règles du droit anglais applicables en Israël par la «Loi du Roi numéro 46 (1922-1947), donnait droit à l'ouverture d'une action

⁴⁸⁷ CRAFF (M), « L'abolition de règles désuètes et d'actions archaïques dans le droit de la famille anglais ».Revue Internationale de droit comparé.vol.23, 1971, P. 427 Jacobs v. Davis. [1917] 2 KB 532

⁴⁸⁸ Ibid.

⁴⁸⁹ PRIMER (D), « Restitution des cadeaux de fiançailles au vue de la nouvelle législation », Revue Mishpatim. Vol. 10. 1980. P. 330 ; Arrêt Cohen v. Sellar (1926) 1 K.B. 536

en justice pour rupture de la promesse de mariage⁴⁹⁰. À l'exception des cas où les parties ont expressément prévu dans le contrat que le droit religieux s'applique⁴⁹¹.

Dès la promulgation du Code des Contrats israélien de 1973, le droit israélien prévoit, par l'article 63, que rien ne doit empêcher l'action en justice pour rupture. A priori, rien ne démontre que la nouvelle législation invalide cette action ni qu'elle ait revue cette question⁴⁹². Ce qui pose des difficultés pour répondre au problème du devenir des cadeaux en cas de rupture de la promesse de mariage, car le code de 1973 ne précise rien sur la question.

Ce n'est qu'en 1968 qu'une réponse sommaire a été apportée par la promulgation de la loi relative à la donation. Cette dernière, jointe au droit des contrats, constitue le droit applicable en la matière. En effet, l'article 9, alinéa 1, du Code des contrats de 1973 prévoit la restitution des cadeaux en cas de rupture de la promesse de mariage mais ne prévoit pas les cas où il n'y a pas de contrat écrit : « en cas d'annulation du contrat, l'auteur de la rupture doit restituer à la victime tout ce qu'il a reçu dans le cadre du contrat ou rembourser la valeur des biens, lorsqu'ils ne peuvent être restitués ou lorsque la victime privilégie ce mode de restitution. La victime doit, également rendre à l'auteur de la rupture tout ce qu'il a reçu dans le cadre du contrat ou lui payer la valeur des biens lorsque leur restitution est impossible ou que ce mode de restitution est préféré ».

Cependant, cet article 9 ne s'applique qu'aux contrats écrits. Il ne s'applique pas lorsque les parties se sont échangées des libéralités sans les conditionner explicitement dans un contrat par la réalisation du mariage, car les cadeaux n'ont pas été donnés dans « le cadre du contrat ». Sachant que, selon l'article 23 du Code des Contrats relatif aux conditions de fond et de forme des contrats, « le contrat est réputé valide qu'il soit fait à l'orale, à l'écrit ou qu'il ait été conclu autrement. Sauf lorsque la loi exige une formalité spécifique ou que les parties l'ont prévu », la réponse du droit israélien est donc imparfaite.

⁴⁹⁰ Arrêts *Barghuiz v Zilver* 1279/54 JP 10 380 ; *Sidis v Sidis* 1/55 JP 12 1121 ; *Badash v Badash* 174/65 JP 20 (1) 617 précités.

⁴⁹¹ SHORSHEVSKI (B) : « Droit de la Famille », Ed. Reuben. Vol. II. Jerusalem. 1971. P. 16-17, 21-22; Arrêt *Jacobs v Davis*. 2 K.B. 1917. P. 532

⁴⁹² Ibid. Arrêt *Ploni v. Plonit* 9 mai 1978 545/77 JP 32 (2) 393

A moins de traduire, comme le suggère la doctrine⁴⁹³, les termes « dans le cadre d'un contrat » de façon plus libérale, en supposant qu'il s'agit des cas où un contrat existe (qu'il soit écrit ou oral). Ainsi, l'article 9 s'appliquerait à tous les contrats, en cas de rupture ou d'annulation, et chaque partie pourrait se voir restituer les biens donnés sur la base d'un contrat supposé exister. Cependant, on ne peut se permettre cette extension par analogie des termes légaux.

Depuis la loi relative à l'enrichissement sans cause de 1979, le fondement d'une action en restitution des cadeaux en cas de rupture de promesse de mariage sur le chef de l'enrichissement sans cause⁴⁹⁴ a changé. En effet, selon l'article 1 al.1 de la loi: « celui qui reçoit un service, un bien d'une autre personne, qui n'est pas un droit légitime, doit le rendre à son propriétaire, et en cas d'impossibilité lui payer la valeur ».

Dans notre cas d'espèce, il serait extrême de qualifier les cadeaux et dons, offerts à l'occasion d'une promesse de mariage, comme n'étant « pas un droit légitime ». Ces derniers ont été donnés et reçus avec les consentements mutuels des parties⁴⁹⁵. L'enrichissement sans cause ne trouve donc pas de fondement⁴⁹⁶.

Comme vu précédemment, le fondement du droit à restitution est la supposition que les cadeaux ont été donnés sous la condition tacite de la réalisation du mariage. Et ce n'est qu'en cas d'inexécution de cette condition que la partie qui rompt est réputée posséder des biens illégitimement dus.

En effet, l'article 2 de la loi relative à la donation *Hok hamatana* stipule que : « le cadeau est réputé acquis par la personne qui le reçoit lorsque le consentement du donateur et de celui qui en bénéficie est donné »⁴⁹⁷.

Ainsi, par exemple, le président de la Haute Cour de Justice, Isaac Cohen, soutenait dans l'arrêt *Gnaim v Gnaim* en date du 13 juillet 1973 que : « La loi ne donne aucune indication pour les cas où le cadeau a déjà été transféré on en déduit dès

⁴⁹³ PRIMER (D) : Op. Cit. P. 331

⁴⁹⁴ FRIDMAN (D) : « Les règles en matière de l'enrichissement sans cause », Ed. Avouka. Tel-Aviv.1969. {134. P. 127

⁴⁹⁵ Article 2 de la loi relative à la donation de 1968 : HAPRAKLIT Vol. 24 1968.Ed. Polonski. Jérusalem. P. 496

⁴⁹⁶ PRIMER (D). Op. Cit. P. 331

⁴⁹⁷ RAKOVER (N) Les principes du droit Hébraïque relatifs au Loi de la donation, 1968 HAPRAKLIT Vol. 24 préc. P. 496-498

lors, qu'au vu de la Loi relative à la donation, lorsque le cadeau a été donné il est impossible de le voir restituer »⁴⁹⁸.

Le professeur ZELTNER, pour sa part, doute du fait que la Loi relative à la donation ait envisagé la problématique de la restitution des cadeaux en cas de rupture de promesse de mariage : « la Loi relative à la donation ne traite pas le cas des cadeaux de fiançailles ni celui des cadeaux faits pour un mariage qui s'est annulé. Au regard du droit rabbinique, ce cas relevait du domaine du droit de mariage, et si les tribunaux l'acceptent, le droit rabbinique trouvera à s'appliquer »⁴⁹⁹. Cependant, au vu de la jurisprudence de la Haute Cour de Justice dans le domaine⁵⁰⁰, il est fort probable que les tribunaux continueront à classer ce type de donation pour rupture de promesse de mariage dans le champ civil.

Il est vrai que l'article 4 de la Loi sur la donation prévoit que « la donation peut être donnée sous condition suspensive ». Si les parties ont expressément prévu que les cadeaux sont faits à la seule condition de la réalisation du mariage et qu'à défaut ils sont révoqués. Dans ce cas, qu'en est-il des cas où les parties ne l'ont pas expressément prévu ? Peut-on présumer cette condition suspensive ? Est-elle tacite ?

La majeure partie de la doctrine⁵⁰¹ penche pour cette conception. En effet, la Haute Cour de justice a décidé, un an avant la législation du droit des contrats israélien, lors de l'arrêt *Gnaim v. Gnaim*, que : « le droit général des contrats doit s'appliquer au cas de donation, pour les points qui ne trouvent pas de réponse dans la Loi sur la donation, telle la conclusion du contrat, son annulation et le droit de rupture () le droit général des Contrats s'applique donc toujours à la donation que ce soit pour les contrats de vente ou les autres contrats spéciaux, pour lesquels des lois spéciales ont été énoncées ».

L'article 61 al.2 du Code des Contrats de 1973 va aussi dans ce sens : « les principes du droit des contrats s'appliquent, en fonction des changements obligatoires, aux

⁴⁹⁸ Arrêt *Gnaim v. Gnaim* 173/72 JP 26 (1) 414 P. 420

⁴⁹⁹ ZELTNER (Z) : *Le droit des contrats israélien* Vol. II. Ed. Avouka. Tel-Aviv. 1976. P. 136

⁵⁰⁰ Arrêts précités ; *Sidis v Sidis* 1/55 et *Barghuiz v Zilver* 1279/54 concernant le fait que promesse de mariage ne relève pas du domaine du mariage et du droit religieux mais du droit civil car précède le mariage et ne modifie pas le statut personnel des parties

⁵⁰¹ PRIMER, RAKOVER, ZELTNER. Op. Cit.

actes juridiques autres que les contrats et sur les obligations qui ne sont pas celles du contrat ». L'article 25 al.1 du même Code ajoute que : « le contrat sera interprété en fonction des volontés des parties, telles qu'elles se reflètent dans le contrat, et à condition qu'elles ne découlent pas des circonstances de l'espèce ». Par conséquent, si on applique cette règle en matière de la donation, et en fonction des « changements obligatoires », on peut lire ~~le contrat~~ à la place de ~~la donation~~. Ce qui s'approche de la conception du droit rabbinique et veut dire que : « la donation sera interprétée au regard de la volonté des parties ».

Par conséquent, il n'est nullement besoin de recourir à la théorie de la condition tacite issue du droit anglais, grâce aux claires indications du législateur israélien concernant le contrat ou un autre engagement juridique⁵⁰². Il semblerait que la notion de condition tacite dans cette matière s'applique et doit bénéficier aux deux parties lors de la restitution des biens et cadeaux donnés à l'occasion des fiançailles qui ont été annulées⁵⁰³.

Ainsi, lorsque la restitution matérielle est impossible il faudra rendre sa valeur pécuniaire.

Il faut préciser, par ailleurs, qu'on ne peut pas inclure dans le cadre de la condition tacite tout bien ou cadeau échangé entre les parties, chaque cas doit être étudié⁵⁰⁴. Ainsi, les cadeaux donnés avant les fiançailles sont présumés. Toute restitution est donc, dans ce cas, impossible⁵⁰⁵. Il en est de même pour les biens ou cadeaux donnés après les fiançailles si leur nature ou les circonstances le justifient, ils seront réputés acquis⁵⁰⁶.

Le professeur SHIFMAN, suggère de supprimer l'action pour rupture de promesse de mariage tout en permettant le partage des préjudices à parts égales entre les parties⁵⁰⁷. Ce qui résoudrait le problème de la restitution des cadeaux et autres biens (sur la base de la loi relative a la donation de 1968). Selon lui, il faut

⁵⁰² SHALEV (G), « Conclusion de contrats », Jérusalem. Ed. Institut droit comparé Hari Sakar. 1978. P. 11-16

⁵⁰³ PRIMER (D). Op. Cit. P. 336

⁵⁰⁴ FRIDMAN (D). Op. Cit. P. 127

⁵⁰⁵ PRIMER (D). Op. Cit. P. 338

⁵⁰⁶ OTZAR HAPOSKIM. Even Haezer. 60, 3-4

⁵⁰⁷ SHIFMAN. Op. Cit. p. 108

« s'inspirer de l'article 1088 du Code civil français, selon lequel toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ». Ce qui aboutirait à la même solution que celle édictée par le système anglais de *Law Reform Act* de 1970. L'article 3, al.1, de cette loi (précédemment cité), permet, malgré l'abolition de l'action en justice de la promesse de mariage, l'exercice d'une action pour la restitution des cadeaux des fiançailles.

2) *Le cas du décès du ou de la fiancé(e) : effets à l'égard des tiers*

En droit israélien, il semble qu'il n'y ait aucune jurisprudence sur le sujet. Cependant, contrairement au droit rabbinique, le droit israélien reconnaît les actions délictuelles contre un tiers qui aurait causé un dommage. En effet, l'article 4 de loi de 1968⁵⁰⁸ relative à la responsabilité délictuelle (*ḥokoudat nezikin*) le prévoit.

Nombreux sont les cas prévus par la loi, mais le cas du décès éventuel d'un des fiancés n'est pas expressément prévu. Il est néanmoins possible, d'un point de vue linguistique, d'étendre la notion d'action délictuelle d'un tiers pour les dommages causés à notre cas.

Ainsi, le droit israélien semble plus sommaire sur la question de promesse de mariage que le droit français qui est plus élaboré et prévoit un maximum de situations.

Sous section 3 : Un droit français confronté à la liberté illimitée du mariage

Au XIXe siècle, deux conceptions de la promesse de mariage s'opposaient, en France. GIRARD⁵⁰⁹ délimitait, d'ailleurs, deux périodes :

- De 1804 à 1838, la phase de la responsabilité contractuelle ;
- A partir de 1838, la phase de la responsabilité délictuelle.

⁵⁰⁸ Loi d 1968 sur la Responsabilité Délictuelle (חוק המסדר את האחריות המדעית, 1968-1 : סעיף 4)

⁵⁰⁹ GIRARD (A-F), « La rupture des fiançailles au XIXe siècle (1804-1914). Etude de doctrine et jurisprudence », R.R.J., 2000-2.

Bien que ces deux périodes soient successives, les conceptions se confrontaient et, comme nous l'avons vu, au début du XIXe siècle la théorie contractuelle l'emportait. Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XIXe siècle que la conception délictuelle s'imposait. La promesse de mariage n'était plus considérée comme un contrat, mais le droit ne pouvait pas ignorer les dommages causés à autrui en cas de rupture. En effet, selon l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui" et s'il en était autrement, cela devait faire l'objet de sanctions (1). La controverse sur la nature juridique des fiançailles se posait toutefois durant tout le siècle, puis le suivant. La rupture de cet acte non contractuel, et donc non encadré par des règles définies par les parties, nécessitait l'intervention du législateur afin de rééquilibrer les relations en vertu de l'article 1382 du Code civil (2).

1. "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui" (article 4 DDHC)

La conception contractuelle de la rupture de la promesse de mariage a définitivement été écartée, en 1838, par l'affirmation de la nullité de l'acte (a), mais cette position tranchée oubliait les victimes de la rupture ce qui conduisit la jurisprudence à admettre une conception plus nuancée (b) comportant avec toutes les conséquences de l'acte dommageable, les mœurs et les règles d'ordre public.

a- 1838-1901 : la reconnaissance de la nullité de l'acte

Un autre courant, qui émergeait déjà en 1814, mais qui ne fut véritablement consacré qu'à partir de 1838, s'opposait à la conception contractuelle des fiançailles et les déclarait nulles.

C'est, en effet, par l'arrêt, de 1838, de la Cour de Bastia, que la conception contractuelle des fiançailles commençait à être mise à mal. La Cour évoquait l'existence des deux théories dominantes et penchait pour celle selon laquelle les fiançailles étaient nulles de plein droit, car contraire aux bonnes mœurs et à la liberté contractuelle⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Bastia, 3 fév. 1834 : Jur. Gén., v. Mariage, n° 82, p. 178.

Ce que la Cour de Poitiers confirmait également, la même année, en disposant que : « toute promesse de mariage » était « nulle en soi comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit régner dans les mariages et subsister jusqu'à la célébration d'un acte quasi-solennel »⁵¹¹.

Pourtant, deux ans plus tard, la Cour de Montpellier, dans l'affaire Lavit c/ Bessière, condamnait un fiancé au paiement de dommages et intérêts à sa fiancée délaissée pour non respect du contrat (fiançailles)⁵¹².

C'est que dans le cadre du pourvoi contre la décision de la Cour d'appel de Poitiers, suscitée, que la chambre civile de la Cour de cassation proclamait, par son arrêt du 30 mai 1838, nommé Bouvier, le principe selon lequel la promesse de mariage était nulle, car elle portait atteinte à la liberté illimitée du mariage⁵¹³. Elle se fondait sur l'article 180 du Code Civil, selon lequel le consentement au mariage devait avoir un caractère absolument libre, pour considérer que la promesse de mariage était « nulle en soi » et portait « atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage »⁵¹⁴.

Dans ce sens, lors du pourvoi effectué par le jeune homme condamné dans l'affaire Lavit c/ Bessière, la Cour de cassation saisissait l'occasion pour mettre définitivement fin à cette jurisprudence contradictoire.

La Cour précisait, en effet, que : « le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté ne peut pas lui-même motiver une condamnation à des dommages et intérêts puisque ce serait, sous une nouvelle forme, porter atteinte à la liberté du mariage »⁵¹⁵.

C'est donc à partir de 1838 que la jurisprudence considérait les promesses de mariage ou fiançailles comme des actes nuls⁵¹⁶.

Cette jurisprudence fut, d'ailleurs, constante jusqu'au début du XXe siècle⁵¹⁷.

⁵¹¹ Poitiers, 29 mai 1834 : S. 34. 2. 354.

⁵¹² Montpellier, 11 août 1836, aff. Lavit c/ Bessière : D. Jur. Gén., v° Mariage, n° 90, S. 36. 1. 574 ; S. 1839. 2. 177.

⁵¹³ Civ., 30 mai 1838 : S. 1838. 1. 492 ; D. Jur. Gén., cod., v° Mariage, n° 82 ; Sirey 1838, 1, 492.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Cass., 11 juin 1838 : D. Jur. Gén., cod., v° Mariage, n° 90 ; S. 1838. 1. 492 et 494.

⁵¹⁶ Nîmes, 25 janv. 1839 (Cour de renvoi dans l'affaire Lavit c/ Bessière) : S. 1839. 2. 177 ; Caen, 6 mars 1850 : D. 55. 5. 36 ; Douai, 3 déc. 1853 : D. 55. 2. 133 ; S. 54. 2. 195.

⁵¹⁷ Riom, 11 août 1846 : D. 1846, 2, 179 ; Paris, 19 janv. 1865 : D. 1865, 2, 22.

RIPERT et BOULANGER écrivaient que « la ruine des fiançailles comme institution juridique » était « consommée »⁵¹⁸.

A compter de cette jurisprudence, les juristes remarquaient qu'à la fin du XIXe siècle, la mention des fiançailles disparaissait des contrats de mariage⁵¹⁹.

GIRARD expliquait que la nullité des fiançailles s'imposait, car la loi ne pouvait « leur donner force obligatoire sans porter atteinte à la liberté du consentement » qui était « l'essence même du mariage »⁵²⁰.

En effet, le mariage était considéré comme « un acte essentiellement libre » et aucun contrat préalable ne pouvait « aliéner avant l'heure du mariage la plus petite parcelle de cette liberté »⁵²¹.

Selon JACOMET, le juge français était « dominé par le souci d'éviter des abus et de sauvegarder le libre consentement des parties »⁵²². L'idée de liberté du mariage était érigée en principe d'ordre public.

L'auteur ajoutait que bien qu'il n'était pas contestable que les fiançailles étaient un contrat, car elles en présentaient toutes les caractéristiques, elles s'opposaient à ce principe d'ordre public qui les frappaient de nullité absolue. Aussi, elles étaient un contrat qui par essence pouvait être librement dissous. Cette dissolution n'entraînant que la condamnation à des dommages et intérêts, le principe de la liberté du mariage n'était pas atteint. Elles ne se heurtaient, ainsi, pas à l'ordre public ou la morale.

Dans ce sens, certains auteurs précisaient que le mariage était hors du commerce et que par voie de conséquence, il en était de même pour la promesse de mariage qui n'était pas « une promesse faite par un débiteur à un créancier »⁵²³.

⁵¹⁸RIPERT (G) et BOULANGER (J), « Traité élémentaire de droit civil » de Planiol (refondu et complété par Ripert et Boulanger), Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, n° 1221, 1951, t.1.

⁵¹⁹ Se reporter par exemple à C. Lambacha, *Les fiançailles dans la doctrine et la jurisprudence françaises*, Thèse, Université de Lausanne, Faculté de droit, Lausanne (Suisse), Imprimerie C. Risold & fils, 1946, p.8, et à P. Violette, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1886, p.360.

⁵²⁰ GIRARD (A-F), Op. cité, p. 805.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² JACOMET (J), préc. cité, p. 134 et s.

⁵²³ LAURENT (F), « Principes de droit civil », volume II, Paris, Ed. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1870, n°305.

Durant la seconde moitié du XIXe siècle, la doctrine était quasi-unanime sur le sujet, elle considérait que les clauses pénales intégrées aux fiançailles et que les fiançailles elles même étaient nulles⁵²⁴.

Pour ANGELESCO, admettre la validité des fiançailles revenait à « accepter que le consentement au mariage lui-même ne soit pas donné en pleine indépendance »⁵²⁵.

En effet, selon lui, « l'engagement antérieur exclut la complète indépendance d'esprit et de volonté »⁵²⁶ requise pour contracter mariage.

Toutefois, la rupture des fiançailles n'était pas impunie non plus. Elle pouvait être sanctionnée par le paiement de dommages et intérêts si elle était fautive.

En effet, au titre de la responsabilité délictuelle, la partie lésée pouvait intenter une action, car tout dommage à autrui devait faire l'objet d'une réparation. Il fallait donc prouver que la rupture était fautive.

Selon GLASSON, les tribunaux avaient le droit de condamner à des dommages et intérêts la partie qui se dédiait de sa promesse de mariage « sans juste cause », si cette rupture causait un préjudice grave à l'autre partie.

L'auteur ajoutait que l'inexécution des fiançailles n'était pas une faute contractuelle, mais pouvait constituer un fait dommageable⁵²⁷.

Selon ANGELESCO, du fait que les fiançailles étaient nulles, il ne résultait pas que l'auteur de la rupture échappait à toute espèce de responsabilité : « il arrive que les circonstances qui entourent la rupture constituent une faute préjudiciable à l'autre partie. Il n'y a alors aucune raison d'écarter la responsabilité délictuelle née de ces circonstances (), et il y a lieu d'appliquer l'article 1382 du Code civil »⁵²⁸.

⁵²⁴ ANGELESCO (R), préc. cité ; AUBRY (Ch) et RAU (F. Ch), « Cours de droit civil français », tome IV, p. 31 et tome V, p. 456, note 26. Ed. Billard, 1871 ; COLIN (A), « Droit romain des fiançailles. Histoire du droit et droit français des fiançailles et des promesses de mariage », thèse, Paris, 1887 ; DEMOLOMBE (C), « Cours de Code civil », tome III, Paris, Ed. Durand, 1846, nos 27 et s ; GLASSON (E. D), « Du consentement des époux au mariage », 1866, n° 95, p. 146 ; DURANTON (A), « Cours de droit français suivant le Code civil », tome II, Ed. Gobelet, Paris, 1828, p. 138 ; MARCADE (V-N), « Explication théorique et pratique du Code civil », tome I, 8^e Ed., 1874, p. 441-442 ; VIDAL (G), « Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques », Ed. Durand, Toulouse, 1884, p. 54. etc

⁵²⁵ ANGELESCO (R), préc. cité, p. 73.

⁵²⁶ ANGELESCO (R), préc. cité, p. 71.

⁵²⁷ GLASSON (E.D), préc. cité, p. 146.

⁵²⁸ ANGELESCO (R), op. cité, p. 75.

Il fallait donc prouver qu'il y avait un préjudice et que la rupture provoquait ce préjudice pour espérer un dédommagement.

Ce qui correspond à la stricte application des conditions d'engagement de la responsabilité délictuelle, mais implique que la promesse de mariage ne soit pas appréhendée comme un contrat.

Cependant, parallèlement, certaines jurisprudences continuaient à opter pour considérer que les circonstances de la rupture des fiançailles pouvaient engager la responsabilité si elles constituaient une faute causant un dommage⁵²⁹.

La réparation du préjudice subi était un devoir moral⁵³⁰.

b- 1901 à la fin du XXe siècle : l'application de la théorie de la faute dommageable

C'est en 1901 que la Cour de Cassation, qui considérait toujours les fiançailles comme un acte nul, décidait de reprendre la thèse de la faute dommageable, développée dans les arrêts de Cour d'appel de Colmar⁵³¹, en admettant l'application de l'article 1382 du Code civil.

Selon elle, « le seul fait de l'inexécution du mariage projeté » ne pouvait pas être condamné, mais si l'inexécution était « accompagnée de circonstances indépendantes de la rupture elle-même », « constituant une faute dommageable », elle était condamnable⁵³².

La Cour suprême entendait par « faute dommageable » un ensemble de faits laissant croire à l'autre partie la réalisation du mariage.

La Cour d'appel de Lyon réduisait, pour sa part, la faute au fait de laisser « trainer les choses » pour finir par une rupture brutale⁵³³.

Certaines jurisprudences considéraient que l'atteinte à l'honneur du ou de la fiancé(e) éconduit(e) constituait la faute⁵³⁴.

⁵²⁹ Colmar, 23 janv. 1833 : S. 1834, 2, 40 ; Lyon, 10 juil. 1869 : S. 1870, 2, 270 ; Paris, 16 déc. 1874 : D. 1876, 2, 236 ; Dijon, 10 fév. 1892 : S. 1892, 2, 197.

⁵³⁰ Gand, 19 juin 1835 : D. Rep., v° Mariage, p. 180 ; Aix, 23 fév. 1865 : S. 1867, 2, 228.

⁵³¹ Colmar, dans ses arrêts des 29 juil. 1806, 28 janv. 1812 et 13 mai 1818 : D. Rep., v° Mariage, sous n° 83, note 3.

⁵³² Req., 12 nov. 1901 : D. 1902. 1. 46.

⁵³³ Lyon, 5 fév. 1913 : S. 1914. 2. 47.

⁵³⁴ Paris, 25 fév. 1921 : G. Tr. 1921. 2. 522 ; Trib. Civ. Auxerre, 6 juil. 1922 : G. Tr. 1923. 2. 44.

La Cour d'appel de Paris poursuivait en considérant que « les frais inutiles du mariage (), l'abandon par la jeune fille de sa situation de dactylographe, et les conséquences » psychologiques de la rupture constituaient des fautes dommageables⁵³⁵.

Diverses jurisprudences allaient, effectivement, dans ce sens en condamnant l'auteur de la rupture au paiement de dommages et intérêts plus ou moins importants.

En revanche, la notion de preuve restait une constante, quelque soit les jurisprudences : le demandeur devait apporter la preuve de la promesse de mariage, puis du préjudice subit du fait de sa rupture.

Néanmoins, il faut préciser que la jurisprudence admettait des cas dans lesquels la rupture des fiançailles était justifiée :

- Exceptionnellement, lorsque l'inconduite de la fiancée était prouvée⁵³⁶ ;
- Lorsque les parents refusaient de donner leur consentement. Dans ce cas, il y avait une fin de non recevoir⁵³⁷.

Par ailleurs, lorsque la jeune fiancée était abandonnée, alors qu'elle était enceinte ou avec un enfant, les demandes en réparation se compliquaient car la recherche de paternité était interdite. Ce qui a amené le législateur à tenter de trouver une solution afin de protéger au mieux la victime de la rupture de la promesse de mariage, tout en respectant le principe de la liberté de mariage défendu par toute société laïque.

2. "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" (article 1382 Cciv)

La rupture de la promesse de mariage peut avoir de nombreux effets et le droit français les prévoit. Qu'ils soient personnels (en engageant éventuellement la responsabilité de l'auteur de la rupture), patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux.

⁵³⁵ Paris, 4 juin 1927 : Gaz. Pal. 1927. 2. 457 ; Confirmé par Trib. De Paix, Puy Laurens, 7 mai 1929 : Gaz. Pal. 1929. 2. 275.

⁵³⁶ Tbl. Civ. Toulouse, 1 fév. 1912 : G. Tr., 7 août 1912.

⁵³⁷ Tbl. Civ. Aurillac, 21 fév. 1912 : Le droit, 23 avr. 1912.

Comme nous le savons, conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil tout dommage causé à autrui, oblige la personne qui en est l'auteur, par son propre fait, ou par négligence ou imprudence, à le réparer.

Selon la jurisprudence française, le décès d'un des promettant ouvre à l'autre un droit à réparation contre le tiers responsable. En dépit de l'absence de lien juridique entre les fiancés, le survivant peut intenter une action en responsabilité, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, afin d'obtenir réparation du préjudice moral et matériel subi du fait de la mort de l'autre.

Sur le même fondement, de manière générale, en droit français toute personne victime d'un dommage peut intenter une action en responsabilité, délictuelle ou contractuelle, contre celui qui l'a causé. Ainsi, lorsqu'une personne rompt sa promesse de mariage, le ou la fiancé(e) est susceptible d'intenter une action en responsabilité pour obtenir réparation du préjudice subi. Cependant, les fiancés étant libres de rompre leur promesse de mariage, la rupture ne peut jamais constituer une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur. Néanmoins, le droit de rompre ne doit pas être exercé abusivement. La rupture abusive peut effectivement être sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle dès lors qu'il y a une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux.

Par conséquent, la victime d'une rupture fautive ou abusive d'une promesse de mariage peut exercer une action en responsabilité contre l'auteur. C'est à elle de prouver qu'il y avait bien une promesse (et ce, par tout moyen)⁵³⁸, puis le fait dommageable⁵³⁹.

Pour cette responsabilité, les causes d'exonérations sont les causes classiques. En revanche, la faute réside dans la manière de rompre (si la rupture est jugée incorrecte⁵⁴⁰, injurieuse, subite⁵⁴¹ ou encore tardive⁵⁴²) et dans les motifs de la

⁵³⁸ Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, *D.* 1980, IR, p. 295; Civ.1^{re}, 26 mai 1971, *D.*, 1971, p. 501et s.

⁵³⁹ Exemple : dans son arrêt du 4 janvier 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation cassait un arrêt d'appel en considérant qu'il appartenait bien au demandeur qui alléguait une prétention d'en prouver le fondement.

⁵⁴⁰ Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980 (après que la fiancée ait été mise enceinte), *prec. cité*.

⁵⁴¹ Paris, 8 novembre 1957, *D.*, 1958, p. 45 s; Aix en Provence, 3 mars 2005, *Dr. fam.*, 2005, n° 11, p. 22.

rupture (qui sont constitutifs d'une faute lorsqu'on considère qu'ils sont absents⁵⁴³ ou illégitimes⁵⁴⁴).

Il est aisé de s'imaginer le préjudice moral que provoque une rupture des fiançailles pour le ou la fiancé(e) abandonné(e), ainsi la séduction, lorsqu'elle est déterminée par des fiançailles qui sont finalement rompues, était longtemps admise par la jurisprudence⁵⁴⁵. De même, l'atteinte à la réputation⁵⁴⁶, à l'honneur ou la souffrance éprouvée par la personne délaissée⁵⁴⁷

Le préjudice matériel est plus difficile à établir et doit s'établir selon chaque circonstance. Généralement, les dépenses faites en vue du mariage par le ou la fiancé(e) abandonné(e) sont admises par la jurisprudence⁵⁴⁸.

En dehors des dédommagements dus en cas de rupture fautive, la rupture (fautive ou pas) constitue, par ailleurs, une forme de rétractation qui a pour conséquence de rétablir la situation comme elle l'était avant que les parties se promettent mariage. Ainsi, les cadeaux remis en vue du mariage doivent, en principe, être restitués qu'ils proviennent des promettant eux-mêmes ou de tiers.

En matière de cadeaux faits par des tiers « il faut distinguer entre ceux qui constituent par leur importance une véritable donation de biens, et les cadeaux de peu de valeur offerts « par galanterie ou affection »⁵⁴⁹ »⁵⁵⁰.

⁵⁴² Civ.2^e, 2 juill. 1970, D.1970, 743 : la rupture tardive, soit cinq jours avant la date fixée pour la célébration, dont le motif allégué était l'appartenance à des milieux différents, alors que la jeune fille avait été présentée à la famille du jeune homme et acceptée par elle, est considérée comme fautive ; Trib.civ. Seine 10 mai 1932, D.H. 1932, 390; Riom 12 juin 1934, D.H. 1934, 549 : la rupture la veille du mariage est fautive ; Paris 3 déc. 1976, D.S. 1978, 339, note FOULON-PIGANIOL : la rupture le jour même du mariage est fautive.

⁵⁴³ Civ.2^e, 18 janv. 1973, JCP 1974, II, 17794 : est fautive la rupture brutale sans motifs précis.

⁵⁴⁴ Civ. 1^{re}, 29 avr. 1981, *pourvoi n°80-10-823* : commet une faute engageant sa responsabilité le fiancé auteur d'une rupture sans motif légitime, lorsque cette rupture était particulièrement préjudiciable pour la fiancée, au point de vue matériel et moral.

⁵⁴⁵ Comme, par exemple, les arrêtés : Civ. 1^{re}, 28 déc. 1960, Bull. civ. I, n° 574 et Civ 1^{re}, 20 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 560.

⁵⁴⁶ Riom, 12 juin 1934, D.H. 1934, 549 (atteinte à la réputation, atteinte aux sentiments d'affection).

⁵⁴⁷ Par exemple : Civ 1^{re}, 15 mars 1988, Défrénois 1988, art. 34309, n° 73, p. 1012, obs. J. Massip.

⁵⁴⁸ Lyon, 5 fév. 1913, Gaz. Pal., 1913. 1. 473; Besançon, 8 mai 1911, D. Jur. Gén., v° Mariage, n° 82 ; Paris, 26 juin 1894, S. 1894. 2. 264 ; Paris, 16 déc. 1874, D. 1976. 2. 136 ; Toulouse, 13 mai 1842, D. Jur. Gén., ed. v°, n° 89.

⁵⁴⁹ Cité par PLANIOL (M) et RIPERT (G), dans « Traité pratique de droit civil français » : Cass. Naples, 13 août 1881, Bruxelles, 16 janv. 1889, D. 1895. 2. 86, notes a et b, S. 1889. 4. 24.

⁵⁵⁰ PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), « Traité pratique de droit civil français », Op.cité, p. 75.

Ainsi, que ce soit pour les cadeaux faits par des tiers ou entre fiancés, il faut distinguer les présents d'usage des donations faites en faveur du mariage⁵⁵¹, qui généralement ont une valeur supérieure aux premiers.

La jurisprudence a, par conséquent, au fil des années distingué trois catégories de présents :

- Les cadeaux représentant une valeur importante (qui doivent être rendus, en vertu de l'article 1088 du Code civil, mais sont évalués par rapport aux moyens du donateur) ;
- Les cadeaux d'usage (qui ne sont pas restitués, même en cas de rupture fautive⁵⁵²);
- La bague de fiançailles (qui doit être restituée, si elle est un bijou de famille⁵⁵³ ou un a une grande valeur⁵⁵⁴, mais ne le sera pas si ce n'est pas le cas⁵⁵⁵).

Le droit français se distingue, ainsi, par sa rigueur et bien que les droits israélien et rabbinique s'accordent sur les notions de preuve et de faute, ils se différencient sur la notion de préjudice.

⁵⁵¹ C.A. Versailles, 22 nov. 2002 - R.G. n° 00/03217 : donation en faveur du mariage.

⁵⁵² Paris 3 décembre 1976, D1976. 339, note Cl. FOULON-PIGANIOL.

⁵⁵³ Civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, *pourvoi n°05-14-258* : les bijoux de famille sont indisponibles. Ils ne peuvent être donnés à un tiers (concubin, épouse, partenaire pacsé, ou fiancé), mais seulement remis à charge de restitution. Il ne s'agit pas d'un don manuel.

⁵⁵⁴ Paris, 25 juin 1985, RTD civ., 1989, p. 280 s. : restitution d'une bague de fiançailles représentant six mois de salaire du donateur ; C.A. Versailles, 22 nov. 2002, Op. cité.

⁵⁵⁵ 1^{ère} Civ 19 décembre 1979 : « *Justifie légalement sa décision rejetant la demande de restitution de la bague de fiançailles formée par le mari à la suite du divorce des époux la Cour d'appel qui, après avoir exclu le caractère de souvenir de famille du bijou litigieux, estime souverainement que la remise de la bague à la fiancée constituait en l'espèce, compte tenu des facultés respectives des époux et de leurs familles un présent d'usage, qui ne pouvait comme tel, donner lieu à restitution* », Bull. civ. I, n°331 ; D. 1981, p. 449, note C. I. FOULON- PIGANIOL.

Les différentes sources de droit ont donc permis aux droits français et israélien d'aborder et de définir l'encadrement du courtage matrimonial et de la promesse de mariage.

La liberté matrimoniale est un droit fondamental internationalement et constitutionnellement protégé⁵⁵⁶. Aussi, les législations se doivent d'apporter une protection à tous ceux qui risquent d'être victimes du poids des traditions.

Le droit rabbinique, pour sa part, qui constitue lui-même une source de droit pour le droit israélien, est un droit ancestral dont les seules sources restent les textes religieux et les coutumes juives.

D'inspiration occidentale et laïque, le droit israélien se distingue du droit français par le fait qu'il présente la particularité d'être un droit mixte mêlant droit civil et Common Law, mais aussi religion et laïcité. A la différence de la France, Etat laïque et démocratique, Israël est un Etat juif et démocratique. L'identité juive d'Israël se manifeste par la législation et la jurisprudence. Ainsi, cohabitent dans le système juridique des textes laïques et des textes religieux provenant du droit rabbinique toujours vivant et toujours applicable en droit de la famille.

De la maturité des différents droits que nous étudions ici dépend donc l'appréhension de ces deux actes préparatoire au mariage. Pour le droit rabbinique, le plus ancien des trois droits étudiés, les contrats de courtage matrimoniaux et promesses de mariage sont bien encadrés et constituent des passages obligatoires en vue d'un mariage conforme aux traditions. Pour le droit français, droit mature ayant passé le cap mouvementé des choix des apports juridiques historiques, le contrat de courtage matrimonial n'est qu'un contrat optionnel de consommation bien encadré par la loi puis la promesse de mariage n'a aucune valeur juridique et laisse donc les parties libres de choix. Enfin, pour le droit israélien, droit jeune et immature, la promesse de mariage et le contrat de courtage matrimonial sont bel et bien des contrats sans particularités.

⁵⁵⁶ AZAVANT (M) «Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple», Droit de la famille n°10, octobre 2006, étude 40 ; LE BERRE (Ch) «Le cas des femmes qui entendent se soustraire à des mariages imposés», Droit administratif n°6, juin 2005, comm. 89 (Commission de recours des réfugiés 24 septembre 2004, n°444000, Mlle N).

Aujourd'hui, selon la conception psychologique du mariage, la volonté des époux a une importance essentielle dans le droit positif français, comme dans l'israélien et le rabbinique. Cette conception s'est construite, dans tous les pays démocratiques, au fur et à mesure que s'affirmait l'idée de liberté individuelle. La volonté des époux prenait de plus en plus d'importance.

La Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, dans son article 6, proclame très nettement le lien existant entre le respect de la volonté des époux et la liberté individuelle : « Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et le plein consentement des futurs époux. »

Il est donc intéressant d'étudier si cette liberté matrimoniale commandera ensuite le régime des préliminaires au consentement puis le consentement lui-même.

Le caractère institutionnel du couple et le caractère nécessairement hors du commerce d'une entreprise ayant pour objet la constitution d'un couple, est, à l'évidence, toujours resté présent dans les esprits.

TITRE 2 : L'infléchissement des droits par l'évolution des mœurs ?

L'évolution des mœurs a rassemblé les sociétés modernes sur le sujet du courtage matrimonial. Les rapports économiques dans ce domaine sont maintenant tolérés ou reconnus. Il est admis que le courtier matrimonial s'engage contractuellement à organiser des rencontres entre célibataires, recherchant une union stable, en échange d'une rémunération.

Pour BAUDRILLAC, la consommation structure les relations sociales dans les sociétés occidentales. Omniprésente, elle tient lieu de véritable morale⁵⁵⁷.

Le droit français reconnaît le contrat de courtage matrimonial comme un contrat licite. Et il en est de même pour les droits rabbinique et israélien, bien que la conception de la fonction du courtier matrimonial diffère entre les deux droits.

En France, « aujourd'hui () l'heure est à la différenciation, à la spécialisation. Au droit « commun » se substitue une multitude de règles spéciales⁵⁵⁸. Là où le Code civil ne voyait que des volontés libres et égales qui avaient souhaité se rapprocher pour conclure un contrat, le droit nouveau distingue () un célibataire et un agent matrimonial dans le contrat de courtage matrimonial, un consommateur et un professionnel dans le contrat de vente ou de prestation de service »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ BAUDRILLARD (J) « La société de consommation », éditions Idées/Gallimard, Paris, 1974.

⁵⁵⁸ Voir : COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) « Contrats civils et commerciaux », Dalloz 7e éd., n°8, p. 9, qui constatent que « le droit commun se spécialise », qu'il devient de moins en moins général et de plus en plus particulier ». Sur l'évolution du droit des contrats ; voir : CORNU (G) « L'évolution du droit des contrats en France », in Journées de la société de législation comparée, 1979, p. 447 et s. ; LE TOURNEAU (Ph) « Quelques aspects de l'évolution du contrat », Mélanges Raynaud, 1985, p. 348 et s. ; ROZES (L) « Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats », in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, t. 1, sous la direction de J. Krynen et M. Hecquard- Théron, PU des Sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 85 et s.

⁵⁵⁹ BRUNEAU (L) « Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant », thèse, Toulouse, 2005, p.5.

Pour sa part, la situation juridique du courtier, en droit rabbinique, s'inspire bien évidemment du rôle clé qu'avait le marieur dans la société juive depuis l'histoire de la Bible. Dans la société orthodoxe israélienne, les courtiers suivent les règles rabbiniques relatives aux contrats de courtiers⁵⁶⁰ et s'adressent en cas de litige aux tribunaux rabbiniques.

Toutefois, le droit israélien n'applique pas les mêmes règles sur ce point. Il considère le contrat de courtage matrimonial comme un contrat de droit commun. Contrairement aux tribunaux français et rabbiniques, au titre de la liberté contractuelle, les tribunaux israéliens, n'interviennent, effectivement, pas pour réduire les honoraires du courtier, s'ils sont jugés excessifs.

En dépit de leurs différences, les trois droits s'accordent aujourd'hui sur le statut juridique du courtage matrimonial qui est un contrat de droit commun ayant des spécificités (Chapitre 1).

Parallèlement, la promesse de mariage existe toujours aujourd'hui et est écartée, par certaines législations, des actes juridiques pour être requalifiée de fait juridique, alors qu'elle reste un contrat toujours utilisé pour d'autres.

« Vous les pensiez démodées. Bien au contraire ! Moins formelles que le mariage, plus romantiques que le Pacs, elles (les fiançailles) opèrent un retour flamboyant (), les fiancés des temps modernes semblent aussi vouloir assouvir de nouvelles envies de liberté »⁵⁶¹.

La singularité de la promesse de mariage réside dans le fait qu'elle se trouve à la croisée de la morale, du droit et du langage.

Par cet acte constituant un accord entre deux parties, les paroles sont données et les conditions du contrat semblent réunies.

L'analyse du terme « promettre » permet de comprendre l'origine des questionnements suscités par la promesse et/ou les fiançailles.

Du latin « *Promittere* », formé de « *pro* », qui veut dire « avant » ou encore « pour », et de « *mittere* », qui veut dire « mettre », on peut la définir comme le fait

⁵⁶⁰ GOLDBERG J : . « *Le droit relatif aux courtiers: lois de courtage matrimonial* ». Jérusalem. 2006, p. 24.

⁵⁶¹ GALY-RAMOUNOT (M) « Vague de fiançailles », Figaro Madame, 18 août 2009.

de dire par avance ce qu'on va faire. Ce qui explique la définition, en trois points, du *Robert*⁵⁶², de la promesse :

- « Fait de s'engager à faire quelque chose. Action de promettre » ;
- « Engagement de contracter une obligation ou d'accomplir un acte » ;
- « Assurance ou espérance que semble donner une chose ou un évènement ».

La promesse de mariage est donc un acte (ou fait) juridique lié à la société et la culture car il constitue un engagement à mariage. Elle se doit de subir des mutations, s'adaptant aux envies des jeunes gens, bien différentes de celles de leurs ancêtres et les législateurs doivent adapter le droit à ces évolutions. Tout droit vivant s'adapte, en effet, aux besoins et changements de mœurs de la société à laquelle il appartient (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le courtage matrimonial, un contrat de droit commun spécifique

Liée à l'évolution des mœurs, l'appréhension de l'acte préparatoire au mariage qui est le courtage matrimonial se fait selon le mûrissement de chacun des droits que nous étudions. S'ils s'accordent sur le fait qu'il s'agit d'un contrat, ils diffèrent sur l'encadrement qu'ils lui appliquent.

Droit constant, constituant lui-même la tradition qu'il ne subit pas, le droit rabbinique considère que les contrats de courtage matrimoniaux, qui sont des passages obligatoires en vue d'un mariage conforme aux traditions, sont des contrats de droit commun encadrés.

S'agissant du droit israélien, c'est un droit récent qui subit encore le poids des traditions. Ce qui l'amène dans la tourmente et le rend silencieux quant aux règles applicables au contrat de courtage matrimonial pour lequel le droit commun est également appliqué, mais par dépit. Selon lui, cet acte est, effectivement, bel et bien un contrat mais dont la rupture peut produire des effets habituellement

⁵⁶² *Grand Robert de la Langue Française*, art. « Promesse ».

réservés aux actes non contractuels. C'est un contrat de droit commun optionnel qui n'est donc pas encadré. Ce qui explique que la jurisprudence se trouve souvent dans la tourmente face à des contrats divers et variés.

Le droit français, pour sa part, est un droit mature qui ne subit plus le poids des traditions dont il a su prélever des concepts de base afin de se constituer. Le contrat de courtage matrimonial est donc, pour lui, un contrat spécial bien encadré par le droit de la consommation.

Les droits rabbinique et israélien ont, donc, pour point commun de faire un contrat ordinaire (Section 1), alors que, le droit français en fait un contrat extraordinaire (Section 2). C'est-à-dire un, contrat spécial faisant l'objet d'une réglementation qui lui est propre et le sort, de ce fait, de la catégorie des contrats ordinaires uniquement régis par les règles de droit commun sans spécificité aucune.

Section 1 : Un contrat ordinaire en droit rabbinique et israélien

Le contrat de courtage matrimonial est, pour les droits rabbinique et israélien, un contrat ordinaire auquel les règles de droit commun s'appliquent. Ces deux droits partagent donc la conception de ce contrat qui est, pour les deux, un contrat de droit commun (Sous section 1). Les critères de validité applicables sont, par voie de conséquence, ceux de droit commun (Sous section 2). Ce qui est également le cas en droit français pour lequel les critères de validité sont les mêmes pour tous les contrats.

Sous section 1 : Un contrat de droit commun en droit rabbinique

Le terme « contrat » ne paraît pas dans les sources halakhiques⁵⁶³, la Loi rabbinique parle de « affaire ». La Halakha reconnaît le transfert de propriété et ce n'est que dans ce cadre qu'elle admet l'obligation d'exécuter un engagement. Ainsi, les contrats dont l'objet n'est pas concret et réel et qui ne portent pas sur le transfert

⁵⁶³ A l'exception d'une seule fois : yeshayahou 28.(In BAS (D) Précité)

de propriété, le **Kinyan** ne sont pas reconnus valides par le droit rabbinique. Les contrats portant sur l'obligation de faire dans l'avenir, tel que le paiement, la construction de bâtiment, la signature d'un document, interdiction de vendre, obligation d'adopter tel comportement etc. doivent comporter une clause pécuniaire sans laquelle l'obligation ne sera pas exigible. Contrairement aux droits français et israélien, la loi rabbinique ne donne pas de validité aux obligations futures.

La Halakha/ la loi rabbinique, afin de répondre à des exigences de morale et de bonne foi, ordonne aux personnes d'honorer leur parole et leur promesse⁵⁶⁴. Cependant, elle ne sanctionne pas juridiquement son inexécution⁵⁶⁵, selon les termes de Lifshits ; « La promesse de faire dans l'avenir n'a pas de force exécutoire dans le droit rabbinique »⁵⁶⁶.

Il existe donc un problème en droit des contrats rabbinique dont la source provient du **KINYAN DVARIM** (différent de Kinyan qui veut dire vente). En effet, lorsqu'un engagement ne porte pas sur une chose déterminée la personne qui s'est engagée peut revenir sur sa promesse sans que la partie adverse puisse exiger son exécution forcée.⁵⁶⁷ Selon le RAMBAM, « les choses non matérielles ne peuvent pas faire l'objet d'une vente, car l'objet n'est pas concret ni connu, cela s'appelle KINYAN DVARIM ». Ainsi, contrairement aux droits modernes français et israélien, en cas d'inexécution contractuelle, la victime n'obtiendra aucune indemnité ni l'exécution forcée du contrat. La jurisprudence des tribunaux rabbiniques a toujours été fidele à cette position.

Par conséquent, pour que ces contrats soient valides au regard du droit, les parties doivent recourir à des solutions indirectes faisant de leur contrat un contrat réel (seul type de contrat valide) pour lequel les règles traditionnelles de droit communs s'appliquent, tant dans la formation du contrat (1) que dans son économie (2).

⁵⁶⁴ Rambam. Lois de vente Ch. 7.8.,

⁵⁶⁵ Encyclopédie Talmudique. vol.11 Hithayvout/engagement. P.245-259

⁵⁶⁶ LIFSHITS (B) « employé et entrepreneur-entre propriété et engagement » p. 24.

⁵⁶⁷ " ; " ; 32-50 ' , (" , -) , ' ' " ' ' , (" ' , ') , ; , ' " : 169'

1. L’empreinte des règles traditionnelles dans la formation du contrat

Les règles de droit applicable au courtage matrimonial sont pour la plupart les mêmes qu’en matière de courtage général. Bien que des spécificités quant à la rémunération du courtier matrimonial existent, le droit de courtage général se voit appliquer les règles d’actions civiles générales⁵⁶⁸ selon lesquelles seul le contrat réel est admis. La forme (a) comme le fond (b) du contrat de courtage matrimonial respectent donc les règles de droit commun.

a- Les conditions de forme

Le contrat, qu’il soit de courtage ou autre, peut être écrit mais ce n’est pas une obligation. En effet, il ne nécessite pas, pour être valide, un acte formel de Kinyan. Cependant, lorsque le contrat est oral, ce qui est assez fréquent, et qu’un litige concernant ses conditions né, le client doit faire un serment (1) devant le courtier⁵⁶⁹. C’est un moyen de garantir le respect de l’obligation de faire ou de ne pas faire. Ce qui explique aussi la présence d’une indication des lois applicables au contrat (3) et d’une clause pénale dont la fonction est de prémunir les parties contre une inexécution et d’attester de la volonté (2).

1) *Le serment*

Selon la Torah⁵⁷⁰, une personne doit respecter l’engagement sur lequel porte le serment, que ce soit une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose. Ce qui est lourd de conséquences, car un tribunal rabbinique fera son maximum pour forcer une personne à honorer son serment. C’est donc un des moyens permettant de résoudre la problématique de Kinyan Dvarim et de garantir l’exécution de tout contrat de ce genre⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ RAMA.Hoshen Mishpat. Ch.264,7.

⁵⁶⁹ RESPONSA. MAHARAM Mints. P.94 (Rabbi Moshe Ben Itshak Segel Mints)

⁵⁷⁰ Le Pentateuque , Les Nombres , Matot - Ch. 30 V. 3 : « Si un homme fait un v u au Seigneur, ou s'impose, par un serment, quelque interdiction à lui-même, il ne peut violer sa parole: tout ce qu'a proféré sa bouche, il doit l'accomplir ».

⁵⁷¹ A l’exception du divorce.

Toutefois, le serment n'est pas pour but de donner validité au contrat. Le tribunal, à la demande de la partie, forcera la partie d'exécuter son contrat, comme si le contrat avait été valide.

Généralement le serment se fait par une forme simple, la personne dit : « je fais le serment de faire telle chose ». Il peut être fait par une poignée de main, à la condition qu'elle soit faite avec l'intention de faire un serment.

Dans ce sens, la poignée de main entre deux commerçants n'est pas considérée comme un serment.

Le droit rabbinique exige aussi, afin de s'assurer que les consentements des parties soient sérieux et découlent bien des volontés déterminées et éclairées, un acte de cession appelé en hébreu *ḥinyan*⁵⁷². Cette exigence doit être mise en place par une clause entrant dans les conditions de fond du contrat et faisant du contrat un contrat réel.

Parallèlement à cette clause, afin de dissuader les cocontractants à ne pas respecter leurs engagements, le droit rabbinique prévoit aussi une clause pénale.

2) La clause pénale

Le seul moyen d'obtenir une garantie d'exécution ou de dédommagement est d'intégrer au contrat une clause pénale.

Selon le droit rabbinique, les parties doivent convenir à l'avance du choix de la loi applicable en cas de litige : loi rabbinique ou loi civile israélienne/ loi française. C'est par cette clause qu'il le détermine afin de définir les pénalités en cas d'inexécution.

Une autre problématique réside, par ailleurs, dans l'« Asmakhta »⁵⁷³, car lorsque le contrat est conditionné par la réalisation d'un événement, un risque existe : la partie peut prétendre que le consentement n'avait pas été sérieux et que sa volonté n'avait pas été déterminante. Cette problématique est souvent soulevée en matière de clause pénale. Ce type d'engagement est effectivement en général fait sous la supposition que la clause ne se réalisera jamais. Ce qui explique la nécessité de

⁵⁷² BAS (D) P. 60. Pour le professeur Z. Verhafting *Enquêtes dans le droit Hébraïque* p. 113, le rôle dans le fait du *ḥinyan* n'est pas seulement de témoigner des volontés des parties, mais de provoquer à la détermination de ces volontés.

⁵⁷³ Choulhan aroukh. Hoshen mishpat, 207, Responsa Rashba, vol.1, 44133.

l'accompagner d'un serment afin de se prémunir contre l'invocation de l'absence de volonté. Il est donc nécessaire de recourir parallèlement au serment. Ce dernier attestant de la réelle volonté des parties. L'amende pécuniaire et le serment joints garantissent l'exécution du contrat, car ils attestent du consentement qui, s'il est vicié, remet en question le contrat.

3) *La compétence attributive*

Le contrat de courtage matrimonial doit contenir, comme tout contrat, une clause attributive de compétence déterminant quel droit s'applique, entre la loi nationale ou rabbinique, et donc quelle juridiction.

Les parties peuvent ainsi décider que la loi israélienne ou la loi française s'appliquera pour certains points ou totalement auquel cas le droit rabbinique n'est plus concerné.

Si les parties décident d'une coexistence entre la loi rabbinique et la loi israélienne ou la loi rabbinique et la loi française, cela est possible mais doit être clairement indiqué. Les domaines de compétences des lois doivent être définis dans le contrat, car, en cas de litige, les parties ne pourront plus revenir dessus.

En France, cela est possible si les règles de droit rabbinique ne sont pas contraires à l'ordre public et en Israël, cela l'est également avec les mêmes restrictions. En tant que droit religieux, le droit rabbinique trouve application dans les limites des règles de droit du pays laïque où les parties souhaitent le voir appliquer. Ces limites exigent notamment qu'il ne soit applicable que dans des domaines définis du droit civil et par la seule volonté des parties qui doivent l'indiquer dans le contrat.

b- Les conditions de fond

Le droit rabbinique applique au contrat de courtage matrimonial les mêmes règles qu'à tous les contrats de droit commun. Cependant, tout accord entre deux parties n'est pas nécessairement considéré comme un contrat. Pour être qualifié de contrat, un accord doit appliquer des conditions de fond. Ces règles communes à tous les contrats consistent en : l'obligation de payer le prestataire, la nécessité de définir des conditions en conformité avec l'encadrement stricte énoncé par le droit.

Néanmoins, pour que ce contrat soit un contrat reconnu en tant que tel par le droit rabbinique, il doit être conforme aux règles de droit commun sur la volonté des parties (1), contenir des conditions réalisables (2) et, comme nous l'avons vu précédemment, appliquer des conditions spécifiques faisant de lui un contrat : l'introduction d'une clause pénale, mais aussi d'une clause attributive de compétence. Ce qui permet de déterminer le rôle du droit rabbinique en cas de litige et offre aux parties une garantie sans pour autant imposer l'exécution forcée (3).

1) *L'exigence d'un consentement libre et éclairé*

Comme en droits français et israélien, le consentement des parties constitue l'essence même du contrat. C'est l'exigence première de l'autonomie de la volonté. Les parties doivent donner leur consentement libre et éclairé.

Dans ce sens, le droit rabbinique remet aussi en question la validité du contrat en cas de vice du consentement. Il partage, effectivement, avec le droit français le fait de reconnaître les vices du consentement, comme motifs de nullité du contrat. Néanmoins, à la différence du droit français, l'erreur n'est pas admise comme un vice du consentement, seul le dol l'est et, sous certaines conditions la violence.

Selon le droit rabbinique, la victime qui n'avait pas connaissance de l'information, avant l'exécution⁵⁷⁴ ou le dol⁵⁷⁵, n'aurait jamais conclu le contrat (il en est de même en droit israélien. Cela est nommé rupture fondamentale⁵⁷⁶). Ainsi, lorsque le consentement d'un des cocontractants est vicié, il bénéficie d'un droit à l'annulation du contrat⁵⁷⁶. Ce principe est défini par la loi de vente qui se fonde sur le fait que le contrat n'a pas de cause puisque la cause ayant déterminée la victime à contracter est fautive.

Cependant, l'erreur ne fait pas partie de ces causes fondamentales de la conclusion du contrat et n'est donc quasiment jamais considérée comme un vice du

⁵⁷⁴ CHOULHANE AROUKH. Ch 190, 10.

⁵⁷⁵ CHOULHANE AROUKH. Ch. 116, 1 Exemple d'une femme qui a caché à son mari avant le mariage le fait qu'elle lui est interdite au regard du droit rabbinique, ne peut pas se servir de ça pour lui réclamer d'exécuter le contrat.

⁵⁷⁶ RAMBAM. loi de vente ch. 15. Art. 3-5.

consentement⁵⁷⁷. Par conséquent, elle ne constitue que rarement des causes d'annulation du contrat. Il appartient aux parties de prévoir au contrat qu'en cas d'erreur, il y aura annulation du contrat. A la différence du droit français, l'erreur n'est donc pas considérée comme un vice du consentement, dans la majeure partie des cas. Ainsi, seul le dol est considéré en tant que tel.

Le Talmud⁵⁷⁸ interdit aux parties, comme en droit canonique, de cacher une information importante afin de conduire l'autre à contracter. Il ne s'agit pas seulement des manœuvres dolosives en cas de vente entre acheteur et vendeur, mais toute autre sorte de dol ou manipulation de l'opinion d'autrui. La loi relative à la vente⁵⁷⁹ ordonne : « De ne pas duper autrui en matière de vente ou de négociation ni de l'induire en erreur lorsque le vendeur est conscient du vice caché, il doit prévenir l'acheteur. Il est aussi interdit de le laisser croire une chose alors qu'il n'en est pas ».

Selon le droit rabbinique, seul le dol constitue véritablement un vice du consentement, alors que la violence en est exclue.

Pour être considéré comme un vice du consentement, il faut que la victime affirme devant témoin qu'elle signe sous la contrainte. Un contrat conclu sous le coup de la violence est donc, en principe, valide en droit rabbinique. Il est impossible pour une seule des parties d'annuler le contrat, surtout si elle a reçu une contrepartie⁵⁸⁰. Le droit rabbinique développe l'idée que, comme la victime de violence a reçu une contrepartie, elle a fini par accepter.

Une exception est admise lorsque la victime de contrainte morale signale cet état de violence à d'autres personnes (témoins) en déclarant : « je conclus ce contrat parce que je suis contrainte de le faire ». Dans ce cas, uniquement, le contrat signé sous la contrainte pourra être annulé⁵⁸¹. C'est à la victime qu'incombe la charge de la preuve. Elle doit prouver qu'on a exercé des violences qui l'ont forcé à conclure le contrat⁵⁸².

⁵⁷⁷ CHOULHANE AROUKH Ch. 228, 1.

⁵⁷⁸ Talmud.Baba Metsia.60a :

⁵⁷⁹ RAMBAM. Lois de vente Ch.18-1

⁵⁸⁰ Dinei Israël, vol. 22, 2002, P.49-110

⁵⁸¹ Arrêt. 457/61. Green v. Green. Psak-din. 15. P. 318 -329.

⁵⁸² Dinei Israël Op. cit.

Les droits israélien et français, pour leur part, vont en grande partie dans ce sens, en exigeant un consentement valable, mais admettent l'erreur comme vice du consentement et développe davantage les conditions de validité du contrat.

Ils partagent, toutefois, la conception de liberté contractuelle selon laquelle les parties sont libres de déterminer le contenu de leur contrat dans les limites de la loi et en tâchant d'en assurer la faisabilité.

2) *La nécessité de conditions réalisables*

Les parties peuvent émettre des conditions limitant totalement ou partiellement la validité juridique du contrat. Cependant, le droit rabbinique fixe certains principes encadrant la rédaction des conditions contractuelles, à défaut desquels elles sont nulles : la connexité avec le contrat, le caractère écrit, la faisabilité, la conformité à la loi, et le délai.

Le contrat ne peut contenir des conditions valides, que si elles conditionnent la réalisation du contrat et, que leur réalisation dépend de la réalisation du contrat. Selon la Halakha, il suffit qu'il soit mentionné dans le contrat que les conditions qu'il contient sont valides pour éviter de faire une double condition.⁵⁸³

La condition doit être écrite, car elle doit précéder le fait qui y dépend. En effet, elle doit être prévue dans le contrat à l'avance.

Par conséquent, lors de la rédaction du contrat, il faut prévoir les conditions avant l'exécution de l'obligation du *Kinyan* (même si la signature du contrat ne doit pas nécessairement précéder le *Kinyan*).

Les conditions doivent porter sur quelque chose de réalisable. Ainsi, si le contrat est conditionné par une condition théorique mais impossible à réaliser,⁵⁸⁴ il sera valide, mais sa condition sera nulle et inexistante.

La condition ne doit pas changer la loi. La condition n'est valide que si elle reflète la volonté des parties à accepter les droits et devoirs, mais elle est invalide si elle est rédigée de façon à modifier les droits et devoirs des autres.

⁵⁸³ CHOULHAN AROUKH. HOSHEN MISHPAT Ch.231 12.

⁵⁸⁴ Choses irréelles, infaisables, contraires à la nature, très excessives.

Selon la Halakha, pour certains types de contrats, même si la condition a été réalisée, le contrat n'est réputé valide qu'à partir du moment où la condition se réalise⁵⁸⁵. C'est-à-dire, si la partie contractante désire que le contrat soit valide à partir de sa signature (lorsque la condition se réalise dans le futur), elle doit ajouter à la condition le terme « à partir de maintenant ».

L'importance donnée dans la Halacha à l'acte de Kinyan qui accompagne la promesse de mariage, a force de présomption selon laquelle, le promettant a réelement eu l'intention d'honorer sa promesse, c'est pourquoi il s'engage à verser une somme d'argent (amende pecuniaire) en cas d'inexécution. Par ailleurs, comme il a déjà été mentionné plus tôt, le fait pour une personne de ne pas exécuter sa promesse, que l'acte de Kinyan soit fait ou non, est considéré comme un péché envers D.ieu et un manque de foi lui⁵⁸⁶.

Le droit rabbinique préserve donc aussi, la liberté contractuelle qui ne se voit limiter que par les parties elles-mêmes si elles le désirent. Ce qui explique pourquoi l'exécution forcée est proscrite.

3) *L'absence d'exécution forcée*

Selon la Halakha⁵⁸⁷, en cas d'obligation de faire, si l'un des cocontractants n'exécute pas le contrat, la victime n'obtiendra ni l'exécution forcée, ni d'indemnités.

Comme vu précédemment, la jurisprudence des tribunaux rabbiniques a toujours abondé dans ce sens⁵⁸⁸.

En effet, le droit rabbinique ne reconnaît pas l'obligation de faire ou de ne pas faire en tant qu'engagement contractuel⁵⁸⁹. Un engagement ne portant pas sur une chose déterminée emporte obligation d'effectuer la prestation, soit de trouver une

⁵⁸⁵ CHOULHAN AROUKH. Even Haezer. Ch.38, 7

⁵⁸⁶ Deutéronome. Vaet'hana. Ch. 6. V. 18 : « Fais ce qui est juste et agréable aux yeux du Seigneur, afin d'être heureux et d'arriver à posséder ce bon pays que le Seigneur a promis par serment à tes pères »

⁵⁸⁷ Talmud..Kiddoushin.2b et RAMBAM.Ishout.4-1, Choulhan Aroukh,Eben Haezer 32,1

⁵⁸⁸ LIFSHITS (B) « employé et entrepreneur-entre propriété et engagement » p. 24

⁵⁸⁹ Talmud.Baba. Metsia 66a,b; Rambam.Loi de vente 11b;Choulhan Aroukh.Hoshen Mishpat 207,13

femme ou un homme ici, mais peut faire l'objet de rétractation sans que la partie adverse puisse exiger son exécution forcée⁵⁹⁰.

Cette règle se veut protectrice de la volonté des parties, car, comme en droits français et israélien, nul ne peut être forcé à contracter.

Dans ce sens, selon la loi rabbinique, la procuration et le mandat sont deux actions pouvant être annulées. Le mandant et le mandataire, peuvent effectivement se rétracter à tout moment. La personne qui a été mandatée n'est aucunement contrainte d'exécuter la mission pour laquelle elle a été mandatée⁵⁹¹ et le mandant, tant que l'acte n'a pas été exécuté officiellement, a toujours la possibilité de revenir sur le pouvoir qu'il a donné à son mandataire⁵⁹². Il en est de même en matière de procuration et, surtout en matière de courtage. Le pouvoir de rétractation ne dépend pas de ce qui a été prévu dans le contrat, car même si le contrat prévoit une procuration irrévocable et un abandon du droit de rétractation, le mandat peut tout de même être annulé à tout moment⁵⁹³. C'est un droit fondamental et le juge rabbinique n'est pas lié par ce qui est écrit dans le contrat en cette matière. L'engagement du mandant de ne pas se rétracter n'est pas valide au regard du droit rabbinique, car il relève de la catégorie de *KYNYAN DVARIM*⁵⁹⁴ (choses sur lesquels on ne peut pas s'engager valablement). Un tel acte n'a pas de valeur juridique, car, comme l'explique le RAMBAM⁵⁹⁵, lorsque l'objet du contrat ne porte

⁵⁹⁰ Choulhan arouh, hoshen mispat, Ch.189,1.

⁵⁹¹ Talmud. Kiddushin 59b. Même si le mandataire est limité dans la mission d'exécution qui lui a été confiée. L'exemple donné dans le Talmud est le suivant : « une personne qui mandate une autre personne d'aller lui chercher telle femme, qui se trouve dans un tel endroit, afin qu'il l'épouse, et que le mandataire souhaite épouser lui-même cette femme, le mariage ne sera pas valide ». Le mandataire a agit avec escroquerie/tromperie.

⁵⁹² Talmud.Guitin 62b. Et aussi la Revue. GOULAK (A) « les fondements du droit Hébraïque »/ *Yessodei Hamishpat Haivri* Vol 1.Berlin 1921, p. 11 : « les obligations du mandat en droit israélien sont différentes du droit hébraïque, car le mandat ne crée pas d'obligations entre le mandataire et le mandat. C'est sur ce sujet que s'opère la distinction majeure avec le Mandatum du droit Romain moderne, ou le mandataire s'oblige à exécuter l'acte demandé par son mandant ». (In D. BAS. Op. Cit. p. 120).

⁵⁹³ BAS (D), Op. Cit. p. 120. Remarque. 278 " " " " . Un des Grands arbitres et commentateur de la Torah le *HARAN*(1320-1380) a écrit a propos du mandat : «Il n'y a aucune justification au monde pour qu'un mandant ne puisse pas revenir sur sa décision et annuler le mandat fait par lui-même il n'est inconcevable pour une personne de pas pouvoir reprendre son droit de gérer elle-même ses affaires ».

⁵⁹⁴ KYNYAN DVARIM. V.Glossaire

⁵⁹⁵ RAMBAM. Loi de vente. 1-2

pas sur quelque chose de concret, il ne peut pas faire l'objet de cession. L'obligation de faire ou de ne pas faire n'est pas valide dans la Torah.

La solution indirecte proposée par le droit rabbinique, afin de rendre un engagement de faire ou de ne pas faire valable juridiquement, est, à titre de rappel, l'introduction dans le contrat d'une clause pénale prévoyant une amende pécuniaire à verser en cas d'inexécution contractuelle⁵⁹⁶. Cette clause a un but dissuasif, dans la mesure où la somme est si importante que le contractant préfère, parfois, exécuter le contrat. Très usitée en matière de promesse de mariage, cette solution inclut dans l'acte une obligation de payer en cas d'inexécution, ce qui constitue un engagement matériel et donne à l'acte sa validité contractuelle aux yeux du droit rabbinique⁵⁹⁷. Ce dernier peut alors être reconnu comme un engagement contractuel.

Cela ne reste, toutefois, qu'un moyen de pression très utile, car le droit rabbinique ne considère pas que l'inexécution contractuelle, la tromperie ou l'erreur soient des motifs suffisants pour constituer des causes de rupture de contrat⁵⁹⁸.

De crainte de devoir payer l'amende, les parties se voient contraintes d'exécuter l'engagement.

Toutefois, l'importance de cette clause est limitée car, en droit rabbinique, le droit à indemnisation est généralement limité à hauteur de la situation dans laquelle se trouvait la victime avant la conclusion du contrat (l'indemnités négatives) et non à la situation dans laquelle elle aurait pu se trouver si le contrat avait été exécuté⁵⁹⁹.

La qualité du consentement des parties prend donc ici toute son importance. Et ce d'autant plus que cela détermine et justifie leurs obligations réciproques qui auront un impact économique.

⁵⁹⁶ RAMBAM, Loi de vente, 18.

⁵⁹⁷ CHOULHAN AROUKH.Ch.207.13.

⁵⁹⁸ Ibid. Ch.228.1.

⁵⁹⁹ BAS (D), Op. Cit. p. 118

2. L’empreinte des règles traditionnelles dans l’économie du contrat

Le droit rabbinique érige le rôle du courtier matrimonial au rang du sacré, ce qui ne lui donne toutefois pas tous les droits. Il est soumis à des obligations d’autant plus encadrées que la fonction est importante.

Le courtier doit trouver un (e) époux (se) pour son client (b), car c’est ce pourquoi il a été sollicité. Il doit, par ailleurs, fixer un prix raisonnable et ne pas profiter de sa situation (a), puis informer son client (c) qui est dans une situation de fragilité et dépendance.

a- La détermination d’un prix raisonnable

En droit rabbinique, les règles relatives au dol/duperie, qui trouvent leur fondement dans le Pentateuque⁶⁰⁰, s’appliquent de la même manière aux deux parties. Que ce soit le professionnel ou non professionnel. Ainsi, il a été jugé que la loi s’applique, que la partie lésée soit un professionnel ou pas⁶⁰¹.

La protection du consommateur est donc une conception ignorée par les Docteurs du Talmud qui appliquent au droit des contrats les règles relatives à l’équité et au prix raisonnable (1), mais en fixe les limites et déterminent la rémunération du courtier matrimonial (2).

1) *Les règles d’équité et de prix raisonnable*

Le droit rabbinique impose à chaque partie de veiller sur ses propres intérêts mais aussi sur les intérêts financiers de l’autre partie. La loi n’oblige pas à conclure un contrat qui favorise les intérêts de l’autre, mais ne permet pas non plus de conclure un contrat qui lésera les intérêts de l’autre. Si tel est le cas, l’annulation du contrat est possible.

Par la Loi de Jubilé, la Torah ordonne aux parties de la vente d’un terrain de prendre en considération les années de récoltes dans la fixation du prix de vente:

« Si donc tu fais une vente à ton prochain, ou si tu acquiers de sa main quelque chose, ne vous lésez point l’un l’autre C’est en tenant compte des années écoulées

⁶⁰⁰ Pentateuque. Lévitique. Behar - Ch. 25. V. 14-17

⁶⁰¹ Baba Metsia. 4,4

depuis le Jubilé, que tu feras cet achat à ton prochain. C'est en tenant compte des années de récolte, qu'il doit te le vendre. Selon que ces années seront plus ou moins nombreuses, tu paieras plus ou moins cher la chose acquise, car c'est un nombre de récoltes qu'il te vend. Ne vous lésez point l'un l'autre, mais redoute ton Dieu! Car je suis l'Éternel votre Dieu ».

Les Docteurs du Talmud ont déduit de cette loi qu'en plus de l'obligation pour les parties de décrire exactement et honnêtement le bien, elles doivent fixer un prix raisonnable qui ne lèsera aucune d'elles. Le fait de déroger à l'obligation de fixer un prix raisonnable s'apparenterait à de la fraude ou au dol. Ces derniers ont donc décrété qu'il est interdit au vendeur ou à l'acheteur de conclure un contrat à un prix lésant la partie adverse, mais ont aussi prévu des moyens de droit en faveur de la partie lésée. Si le prix dépasse ou est inférieur au prix mérité, de plus de 1/6^{ème}, la partie lésée est en droit de réclamer à l'autre d'exécuter le contrat au prix raisonnable⁶⁰². Et si toutefois le contrat a déjà été exécuté, la partie lésée pourra obtenir des indemnités, à hauteur de la différence du prix convenu dans le contrat et du prix mérité, ou l'annulation du contrat dans son intégralité.

Cette disposition n'est pas sans rappeler les règles du droit français sur la lésion, définie comme le cas dans lequel une partie d'un contrat éprouve un préjudice consistant en un déséquilibre financier entre les prestations, qui peut être sanctionné de rescision (qui consiste en l'annulation du contrat pour lésion) ou de l'obligation, par la partie avantagée, de paiement d'une compensation financière. Cependant, contrairement au droit rabbinique, la lésion ne s'applique pas en toute matière à toute personne. En effet, elle ne concerne que les ventes d'immeubles, la vente d'engrais, la cession des droits d'auteur, le partage successoral (il ne s'agira pas de contrat en la matière, mais de partage) et la vente de produit agricole et de pêche en situation de crise conjoncturelle.

Par ailleurs, comme nous le savons, le droit français garanti au client du courtier matrimonial le paiement du juste prix. En effet, le courtier matrimonial est tenu d'une obligation de faire payer le juste prix. Ainsi, le client est garanti de ne pas

⁶⁰² TALMUD. Baba.Metsia. 60b,61a

avoir à payer des sommes exorbitantes ou disproportionnées pour la prestation qui lui est fournie.

En droit français, comme en droit rabbinique, le prix doit donc être raisonnable et juste.

Selon le Talmud, la possibilité d'annuler l'engagement trouve son fondement dans le motif de la personne qui s'est engagée à payer, qui peut être justifié par trois motifs différents : juridique, religieux ou moral, dont l'application dans la pratique peut poser des problèmes.

Une personne qui s'est engagée à payer une somme exorbitante peut invoquer le motif *Meshaté ani beha*⁶⁰³. Ce motif légal, qui signifie *je n'ai abusé de toi*, permet d'annuler une obligation qui n'a pas été faite avec intention de l'exécuter de par l'état de détresse dans lequel se trouvait la personne qui s'y était engagée. En effet, cette dernière se trouvant en situation de détresse a pris un engagement exorbitant. Selon ce motif, elle est en droit de répondre à l'autre partie : *Je n'avais pas une intention sérieuse lorsque je t'ai dit que je te paierai cette somme exorbitante, je t'ai dit uniquement dans le but que tu acceptes de m'aider*. Par conséquent, il ne suffit pas que la personne ait accepté l'engagement, encore faut-il qu'elle apporte la preuve que son consentement n'était pas éclairé au moment de cet engagement.

Cependant, selon le principe nommé *Dvarim shebalev einam dvarim*⁶⁰⁴, la pensée qui ne s'exprime pas par la parole n'a pas de valeur. Ce qui rend le motif *Meshaté ani beha* pour lequel l'intention de la partie exploitée est primordiale, paradoxal. Ce qui explique que les Rabbins décisionnaires ont suggéré trois motifs afin de résoudre ce paradoxe : juridique, religieux ou moral.

L'explication la plus souvent donnée par les grands Rabbins décisionnaires, afin de permettre à une partie au contrat d'invoquer le motif *Meshaté ani beha*, est juridique. Selon eux, toute obligation non raisonnable, prise suite à une contrainte morale, n'est pas valide, car n'a pas été faite avec l'intention de l'exécuter⁶⁰⁵. L'engagement n'est fait que sous l'état de détresse. La personne compte se

⁶⁰³ TALMUD.Baba. Kama. 116a ; Yebamot 106a " (V.Glossaire)

⁶⁰⁴ ENCYCLOPEDIE TALMUDIQUE..Vol.7. P.180. Et Talmud Kiddoushin 49b

⁶⁰⁵ RAMBAM.YEBAMOT.

rétracter après que le danger ou la situation désespérée soit passé(e). Ce comportement aurait été celui de n'importe quelle personne se trouvant dans la même situation.

Par conséquent, le principe *דברם שבהבלי* ne trouve pas à s'appliquer ici. Tant que la personne n'est obligée à faire quelque chose alors qu'elle se trouvait en état de détresse, ce motif lui permet de demander l'annulation de l'obligation exorbitante.

Selon d'autres Rabbins décisionnaires⁶⁰⁶ une promesse exorbitante faite par une personne en détresse n'est pas obligatoire, car celui à qui est faite la promesse est obligé par ordre de la Torah de l'aider dans sa détresse. Le fondement de cette loi vient de la loi relative à la restitution de la chose perdue et la contrepartie doit être uniquement équivalente à la perte du temps qu'il a fallu pour rendre ce service.

Selon Rabbi Salomon LOURIA⁶⁰⁷, les cas traités par le Talmud pour lesquels la personne qui s'est engagée est en droit d'annuler son engagement relèvent du principe *זע נהנה וזע לזע*⁶⁰⁸. Selon ce principe, la personne rendant le service doit se contenter d'une rémunération convenable, mais si elle veut obtenir la somme indiquée lors de l'engagement initial, elle aura un comportement contraire à la morale⁶⁰⁹.

On suppose que si le demandeur ne s'était pas trouvé dans une situation de détresse, le prestataire de service aurait accepté de n'être rémunéré qu'une somme proportionnée à son service, car il ne subi aucune perte. On en déduit donc que le fondement juridique au droit d'annuler un contrat conclu dans de mauvaises conditions, comme la contrainte morale, a un fondement moral qui interdit de tirer profit de l'état de détresse de l'autre. Et ce dans un intérêt général. Ce qui n'est pas sans rappeler l'approche du législateur israélien.

Les décisionnaires ont souvent soulevé la question de la validité de différents contrats tels la rémunération des médecins⁶¹⁰, courtiers⁶¹¹ et courtiers

⁶⁰⁶ BABA KAMA est Rabbin Mordechai Ben-Hilel 1298

⁶⁰⁷ RESPONSA MAHARSHAL (1510-1573) : Ch.24-25

⁶⁰⁸ TALMUD. Baba.Kama. 20a

⁶⁰⁹ LIFSHITZ (B): "Ze Nehene Veze Lo Hasser".Rev.Hapraklit,vol.37.1987. 203-218

⁶¹⁰ MAHARI: *idush* Mahari ben Levi *Ed Sfré odesch Yáhadut ha-Torah. Jérusalem.2003, vol.1.P.100*

matrimoniaux⁶¹². Ils ont tous en commun l'état de détresse dans lequel se trouve celui qui reçoit le service et l'obligation de payer une somme exorbitante en contrepartie.

Pour la plupart des décisionnaires, le fondement juridique étant l'absence d'intention de celui qui a promis de payer une somme d'argent exorbitante alors qu'il se trouvait en état de détresse, pour d'autres, le motif est d'ordre moral, car il faut éviter qu'une personne tire profit de l'état de détresse de l'autre. Enfin, certains soulèvent le fondement religieux comme fondement juridique.

Un argument important a été soulevé par la doctrine⁶¹³ pour le cas où le courtier exige des honoraires excessifs. Le cas de la contrainte morale peut être, à priori, soulevé car la détresse de la personne qui veut se marier et le profit tiré par le courtier de cet état existent. Toutefois, il est aussi possible de se marier sans l'assistance du courtier professionnel, ce qui écarte le motif de « contrainte morale ». Il n'y a pas, par ailleurs, de prix fixe en matière de courtage matrimonial. On peut donc en déduire, qu'il revient aux tribunaux rabbiniques le soin de décider au cas par cas, en fonction des circonstances d'espèce, en matière de rémunération du courtier. Sachant que, sur le fondement de la loi interdisant de léser son prochain, les tribunaux ont la compétence d'intervenir et de réduire les honoraires du courtier lorsqu'ils estiment la somme trop excessive. Ainsi, dans l'arrêt *Ganz v Kats*⁶¹⁴, le demandeur qui a été débouté de sa demande de voir réduire les honoraires conventionnels, pour cause de contrainte morale et absence de consentement, a ensuite saisi le tribunal rabbinique afin de bénéficier de l'application de la loi rabbinique en matière de « contrainte morale ». Cette juridiction, qui lui a donné gain de cause, était, en effet, compétente, car le courtier et le client étaient issus de la communauté juive orthodoxe⁶¹⁵.

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² RAMA.Hoshen Mishpat.264.7

⁶¹³ VERHAFTING (I), « La protection du consommateur en droit Rabbinique »
Rev.Thoumin.vol.1.Jerusalem,1979.444-490

⁶¹⁴ Précité

⁶¹⁵ SHOR (M), "Honoraires de courtier Matrimonial", Article de doctrine 01/12/2006 :
www.mabtim.com

Cependant, afin de préserver les principes de la liberté et flexibilité indispensables au bon fonctionnement du commerce, les docteurs du Talmud, qui avaient aussi pour objectif d'attribuer à ces règles en matière de lésion un équilibre⁶¹⁶, ont fixé des limites à leur application.

2) *Les limites*

Selon les docteurs du Talmud, le prix peut parfois être exorbitant, dans des cas spécifiquement déterminés et le prix raisonnable se détermine en fonction du prix du marché en cours (et non au prix coutant du produit). Le prix doit donc tenir compte du résultat de l'offre et de la demande sur le marché en fonction du cours actuel⁶¹⁷. Néanmoins, parfois le prix raisonnable correspond à différents prix pratiqués sur le marché à la fois, ce qui pose des difficultés d'application des lois, mais ne les empêche pas⁶¹⁸. En revanche, lorsqu'il n'existe pas un prix du marché, ces lois ne peuvent s'appliquer⁶¹⁹.

La nécessité d'équilibrer les relations commerciales et le marché a, par conséquent, conduit les docteurs du Talmud à fixer des limites. Ainsi, le pallier des 1/6^{ème} du prix fixe la limite de la possibilité d'action pour lésion, des biens sont exclus, des prix exorbitants peuvent être appliqués légalement dans des cas spécifiquement prévus et un délai d'action pour la victime est fixé.

Le prix exorbitant ne constitue pas obligatoirement un motif pour une action en justice pour dol. En effet, selon les docteurs du Talmud, lorsque la différence entre le prix pratiqué et le prix raisonnable est inférieure à 1/6, cela ne peut donner droit à indemnisation⁶²⁰. Ainsi, un pallier au-delà duquel il ne faut pas aller est fixé. Ce qui n'est pas le cas en droit français qui fixe quelques limites, différentes selon les domaines, pour que la lésion soit admise, mais n'en établie pas pour tous les cas où la lésion est applicable.

De même, le droit français ne fixe pas de barème et de limite dans le cadre de l'obligation du courtier matrimonial de faire payer le juste prix.

⁶¹⁶ PORAT (B). Op. Cit. P. 3

⁶¹⁷ Ibid.

⁶¹⁸ CHOULHAN AROUKH. HOSHEN MISHPAT.227..20

⁶¹⁹ RESPONSA Rabbi Asher Ben Yehiel (1250-1327): principe 13-20

⁶²⁰ TALMUD. Baba Metsia.Ch.4.60

Les docteurs du Talmud ont fixé une liste des biens pour lesquels les lois sur le dol, concernant la lésion, ne s'appliquent pas ou de façon partielle. Sont ainsi exclues totalement ou partiellement les ventes de terrains et celles des esclaves⁶²¹.

Pour la vente des esclaves, la lésion est totalement impossible, alors que pour la vente de terrain tout dépend de l'application ou pas de la loi du jubilé.

En effet, selon la Loi de jubilé, une fois tous les 50 ans la terre revient à son propriétaire afin d'éviter de grandes différences entre les riches et les pauvres. Lorsque cette Loi s'applique, la vente ne sera faite que pour une durée déterminée et sera alors similaire aux ventes de biens mobiliers. Dans ce cas, la loi sur la lésion pourra s'appliquer partiellement (puisque la vente ne vaut que pour une durée déterminée). En revanche, lorsque la loi du jubilé ne s'applique pas, les terrains sont acquis à vie et la notion de lésion ne peut s'appliquer⁶²².

Les docteurs du Talmud ont donné un caractère dispositif aux lois relatives au dol, plus précisément à celle sur la lésion. Ils ont ainsi permis aux parties de consentir mutuellement, de façon express, l'application d'un prix exorbitant. En effet, les parties sont libres de choisir un prix exorbitant en toute conscience, mais elles doivent pour cela y consentir expressément dans le contrat qui les lie. Dans ce cas, le contrat ne tombera pas sous l'application des règles sur la lésion et la partie avantagée pourra être dispensée des indemnités normalement dues⁶²³.

Ce cas se présente souvent lorsque le client, pressé de se marier, s'engage à payer une somme très élevée au courtier matrimonial afin que ce dernier trouve rapidement son âme sœur. Quelle somme le client doit-il payer ? Celle prévue au contrat qu'il a signé ou celle prévue dans la coutume locale ? Cette question a été posée pour la première fois au 13^e siècle devant les Rabbins⁶²⁴ qui ont rejeté le motif *Meshaté ani beha*. Le rejet de ce motif écarte donc la possibilité de ne payer que la somme prévue par la coutume. Les nombreux efforts et exigences fournis par un courtier matrimonial sont pris en compte et justifient les honoraires

⁶²¹ Ibid. ET Choulhan Arouh. Hoshen Mishpat. P. 227. Art. 29

⁶²² Talmud. Baba Metsia. Ch.4, 9.

⁶²³ RAMBAM, "Lois de vente", CH. 12. Lois 5-6.

⁶²⁴ Les Rabbins Simson ben Abraham (1150-1230), Simha ben Samuel de Spire (1590-1663)

réclamés. Cette solution fut appliquée durant plusieurs siècles, car la profession de courtier matrimonial était considérée comme une profession spéciale et difficile⁶²⁵. Pourtant, le REMA (Cracovie 1520-1572)⁶²⁶ a divisé la jurisprudence et doctrine sur le sujet en opérant, au XVI^e siècle, un revirement de jurisprudence. En effet, selon lui, un « courtier matrimonial ne mérite que le salaire prévu par la coutume, même lorsque le client s'est engagé à lui payer beaucoup plus »⁶²⁷. Néanmoins, parallèlement, le Rabbi Yoel Sirkish, grand décisionnaire (1561-1640), considérait à la même époque que la somme convenue avec le courtier devait être celle que le client devait payer. Ce dernier avis primait en droit rabbinique, sauf cas flagrant d'honoraires exorbitants, mais des doutes existaient depuis. Ce qui explique que le Talmud distingue deux cas de figure :

- Lorsque la personne est en état de détresse et que, pour y échapper, elle promet à une autre personne une somme d'argent exorbitante en contrepartie de l'aide fournie (ex : aide pour échapper de la prison). Dans ce cas, elle ne devra payer que la somme méritée en contrepartie de l'aide qu'elle a reçue. Cette loi est assimilée à celle prévue en cas de contrainte morale de l'article 18 du Code des Contrats de 1973⁶²⁸. Ainsi, le courtier matrimonial ne pourra recevoir que la somme prévue dans la coutume locale et non celle prévue au contrat signé par le client désespéré.
- Lorsque le service rendu engendre une perte de bénéfice importante pour le prestataire de service en raison de l'annulation de l'obligation exorbitante du client, cette dernière reste valable. Ce cas est également comparable à la loi israélienne relative au vice du consentement. Cette dernière ne s'applique que lorsqu'une personne se lie par un contrat parce que l'autre partie profite de son état de détresse. Dans notre cas d'espèce, la somme promise, même si elle est exorbitante, sera due, car la personne était consciente de ses faits et avait accepté de payer une

⁶²⁵ Talmud.Baba.Kama.172

⁶²⁶ Rabbi *Moshe ben Israël Isserlis*: Talmudiste, philosophe et décisionnaire polonais du XVI^e siècle

⁶²⁷ CHOULHAN AROUKH.Hoshen Mishpat.264.7 (Commentaire REMA)

⁶²⁸ Article 18 du Code des Contrats israélien 1973 : «Celui qui s'est lié dans un contrat parce qu'il a été induit à le faire par l'autre partie qui a tiré profit de son état de détresse et que les conditions de ce contrat sont rédigées de façon non raisonnable, est en droit d'annuler le contrat»

somme excessive se sachant en état de détresse. Dans ce type de situation, le courtier matrimonial sera en droit de recevoir la somme prévue au contrat, car bien qu'en détresse, son client s'est engagé en toute conscience⁶²⁹.

Un délai limité est prévu pour la victime d'une lésion afin d'agir contre la personne qui l'a lésée. Si elle n'agit pas durant le délai imparti ou si elle ignore la lésion, elle perd le droit de réclamation et le prix fixé dans le contrat acquiert une validité définitive et irréfragable⁶³⁰.

Dans un souci de protection du client du courtier matrimonial, mais aussi du courtier lui-même, le droit rabbinique fixe la rémunération du courtier et le moment de son paiement. Impose son paiement, mais détermine aussi les conditions dans lesquelles le courtier peut prétendre recevoir une rémunération.

3) *La détermination de la rémunération*

La Halakha exige que le courtier soit rémunéré en fonction du taux admis par la coutume locale, qu'il y ait ou pas d'accord préalable de rémunération⁶³¹. Ce qui veut dire que l'indication de la rémunération dans le contrat n'est pas obligatoire. Seule sa rémunération et le respect de son montant définis par les coutumes sont obligatoires. Que cette rémunération soit pécuniaire ou par voie de troc.

Lorsqu'il est contractuellement admis que le courtier percevra un salaire, mais que le montant n'a pas été convenu, la hauteur de la rémunération doit être fixée : « en fonction des circonstances d'espèce et non en fonction des efforts fournis »⁶³².

Les perceptions diffèrent en fonction des communautés juives : Pour la communauté juive orthodoxe d'origine sépharade, dans laquelle la coutume n'exige pas qu'on rémunère le courtier, ces règles relatives aux honoraires des courtiers ne s'appliquent pas. On se contente d'offrir un cadeau ou une somme modique au courtier, car le courtage matrimonial est considéré comme un bon ordre de Dieu [une mitsva]. Le fait de trouver un conjoint à quelqu'un s'assimile à une restitution de la chose perdue, étant donné que les deux moitiés se sont

⁶²⁹ HC Ganz v. Katz précité

⁶³⁰ Article 18 précité.

⁶³¹ RESPONSA Panim Meïrot (Meïr Eizenshtat). Ed. Zitmir. Vol.2..Lvov, 1899. 63

⁶³² Jurisprudence du XVIe siècle: RIKANTI (Rabbi Menahem RIKANTI), p. 495

retrouvées⁶³³. Toutefois, si le courtier ne précise pas qu'il l'a fait à titre gratuit, il faut le rémunérer au prix fixé selon la coutume.

Pour la communauté orthodoxe ashkénaze, le courtage matrimonial constitue, au regard de la coutume et de la loi, une profession comme une autre. Le grand Rabbin Jacob Ben Moulin⁶³⁴, le MAHARIL⁶³⁵ gagnait principalement sa vie en étant courtier matrimonial. En effet, le courtage matrimonial est considéré comme une profession honorable et semblable à n'importe quelle profession. Par conséquent, lorsqu'une personne ne paie pas le courtier, la loi en matière de rémunération des ouvriers-travailleurs s'applique. En effet, la loi rabbinique interdit de voler le salaire d'un salarié : « Ne commets point d'extorsion sur ton prochain, point de rapine; que le salaire du journalier ne reste point par devers toi jusqu'au lendemain »⁶³⁵.

D'après le Rabbin Meir de ROTHENBURG⁶³⁶, la coutume veut qu'on paie le courtier matrimonial selon le tarif qui se pratique sur le marché à cette période, comme pour tous les types de courtier.⁶³⁷

Ainsi, selon la Halakha, bien que les règles de droit diffèrent quelque-peu selon les communautés juives, le droit applicable au courtage en général est appliqué au droit du courtage matrimonial.⁶³⁸

Le droit rabbinique fixe donc, contrairement aux droits français et israélien, une rémunération précise pour le courtier matrimonial. Fixée par la coutume, cette rémunération peut différer selon les communautés juives, mais une rémunération (la même pour tous) est toujours fixée.

Ce qui est très différent du droit français qui, bien qu'il impose l'application d'un prix raisonnable et juste, ne donne pas de barème et n'impose pas de limites. Aucun tarif n'est déterminé en la matière et le droit français soumet l'évaluation du juste prix à l'interprétation discrétionnaire du juge.

⁶³³ SHPITS (Z) : RESPONSA Mishpetei Hatora Ed. Hamahon Lelimoud. Jerusalem. 1998. Lois de Courtage Matrimonial. Ch. 31-37

⁶³⁴ SEGAL (M), (1360-1427), connu comme le leader spirituel de la communauté Européenne et auteur de l'ouvrage fondamental de la coutume Ashkénaze.

⁶³⁵ Pentateuque. Lévitique Kedochim - Ch. 19 V. 13

⁶³⁶ (1215 -1293), surnommé le "Maharam",

⁶³⁷ RESPONSA MAHARAM 195,10

⁶³⁸ GOLDBERG.J.: « les règles de loi juive en matière de courtage : lois applicables aux courtiers matrimoniaux et aux courtiers financiers » 2006, p. 24. Le Rabbin Joseph GOLDBERG, juge du Tribunal rabbinique de Tel-Aviv-Yafo tire cette conclusion de son étude.

Le prix pratiqué au sein de la communauté religieuse israélienne est de 1000\$ pour chaque partie. Peu importe le temps que le courtier a fourni pour aboutir au résultat, ce qui importe c'est le résultat. Le prix à payer sera toujours le même.

Néanmoins, lorsque les circonstances de l'espèce sont particulières (maladies ou parties âgées, deuxième mariage, enfants), les courtiers matrimoniaux ont pour habitude de réclamer plus que le tarif fixé par la coutume car la mission est plus difficile. Dans ces cas, ils ont pour habitude de réclamer 2000\$. En revanche, s'ils réclament plus de 2000\$, le client est en droit de refuser et de soulever le motif *Meshate ani beha*⁶³⁹. Ce qui impose l'application d'un prix raisonnable.

Par ailleurs, lorsque pour une même opération de courtage deux ou trois courtiers matrimoniaux sont intervenus à des moments différents. Si, par exemple, le premier donne l'idée aux parties, le second les met en contact et le dernier les accompagne jusqu'au mariage. La loi Rabbinique exige que le salaire soit divisé en trois, un tiers pour chacun. La règle étant que chaque courtier a fait un travail qui ait été effectif et contribué à la réalisation de l'objectif final qui est le mariage. Si les deux parties prennent le même courtier, chacun lui donnera sa part. Si c'en est un autre, chacun paie en fonction de la prestation du courtier⁶⁴⁰.

De même, il arrive parfois qu'un courtier suggère aux parents une personne pour leur fille ou leur fils et qu'ils refusent le ou la candidat(e), mais qu'ils l'acceptent finalement plus tard après suggestion d'un autre courtier pour la même personne. Dans ce cas, ils devront payer 1/6^e du prix au premier courtier, car ce fut le premier à avoir émis l'idée, et 2/3 au second courtier pour le reste de l'opération.

Par conséquent, la loi rabbinique en matière de rémunération du courtier matrimonial est que le montant est fixé en fonction de la coutume locale⁶⁴¹. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas de coutume, le client doit payer la somme convenue dans le contrat⁶⁴².

Selon le droit rabbinique, le moment du paiement des honoraires varie en fonction de la coutume. Si la coutume exige qu'on rémunère le courtier matrimonial après la

⁶³⁹ Précité.v.Glossaire

⁶⁴⁰ GOLDBERG (J), "Lois en matière de courtage", Jérusalem. 2006. P.156

⁶⁴¹ Ibid.159

⁶⁴² Ibid.

fin de la prestation de service, c'est-à-dire, après le mariage, et que les parties annulent finalement le mariage, peu importe la raison, le courtier ne méritera pas de salaire.

Toutefois, lorsque la coutume impose qu'on le rémunère après les fiançailles et que la promesse de mariage (*Shiddoukhim*) a été rompue pour une raison indépendante de la responsabilité du courtier (comme une dispute ou rétractation des parties), les clients ont tous deux pour obligation de payer l'intégralité du salaire du courtier. En effet, son engagement, vis-à-vis de ses clients qu'il a mis en contact, a été exécuté au moment des fiançailles. Aussi, il mérite sa rémunération. Cependant, si une des parties se désiste avant les fiançailles, il ne pourra pas percevoir de salaire car son travail n'a pas abouti⁶⁴³. Et cela, qu'il ait investi du temps et de l'argent ou pas. Ainsi, le moment de la rémunération dépend de ce qui a été conventionnellement prévu par les parties au contrat.

Selon le REMA⁶⁴⁴, toute personne auteur d'une action en faveur d'une autre personne, que cette dernière lui ait demandé de le faire ou non ou ait cru qu'il s'agissait d'un service gratuit, doit être rémunérée sauf si elle avait l'intention, depuis le début, de le faire à titre gratuit. Par conséquent, si un ami s'improvise courtier matrimonial, il devra être rémunéré à hauteur des honoraires fixés par la coutume.

Abraham Yeshaya Karlits (1878-1953), un des plus grands rabbins décisionnaires du 20^e siècle, connu sous l'appellation *Hazon Ish*, parle d'escroquerie en cas de non paiement. Il explique que : « l'escroquerie la plus courante est le fait de ne pas payer les honoraires du courtier matrimonial »⁶⁴⁵. Ainsi, le client ne rémunérant pas le courtier transgresse la loi rabbinique relative au vol et le non paiement de l'ouvrier.

Dans ce sens, il est une croyance, très répandue, dans la communauté juive orthodoxe ashkénaze et sépharade que lorsqu'on refuse de payer le courtier matrimonial cela cause des malheurs dans le couple.

⁶⁴³ Ibid.

⁶⁴⁴ REMA, Ch. 264,

⁶⁴⁵ SHPITS (Z) : RESPONSA *Mishpetei Hatora* Ed. Hamahon Lelimoud. Jerusalem. 1998. Lois de Courtag Matrimonial. Ch. 31-37

Les sites de rencontres par internet posent donc problème au regard de la loi rabbinique. Effectivement, l'obligation de paiement n'existe pas sur ces sites car il s'agit pour la plupart de sites dont l'utilisation est publique et libre. A moins d'utiliser des prestations plus spécifiques, le client ne paie pas, ou paie une somme dérisoire, pour avoir accès à la consultation des fiches des autres membres et rentrer en contact avec eux. Sachant, qu'en droit rabbinique, le principe est que même une proposition de présentation de deux personnes, alors même que le courtier n'a pas prêté ses services pour l'aboutissement de l'acte de courtage, doit être rémunérée, ces sites mettent en place une situation non conforme au droit. En effet, selon la Halakha, il y a une obligation de rémunérer le courtier matrimonial pour sa prestation en fin de travail de la même façon qu'on rémunère un salarié⁶⁴⁶, même lorsqu'il a agi seul sans qu'on le lui demande. Il peut donc saisir un tribunal rabbinique afin d'obtenir une rémunération. Ce qui veut dire que, ce type de site expose ses utilisateurs à des poursuites éventuelles devant un tribunal rabbinique.

Le droit rabbinique a déterminé deux conditions pour que le courtier matrimonial soit en droit de percevoir des honoraires⁶⁴⁷. Le courtier matrimonial doit donc :

- être une personne extérieure au couple, il ne peut être un membre du couple ou un des parents des membres du couple ;
- faire sa proposition de courtage et de rémunération directement aux parents ou aux candidats qui sont nommés *Baalei Davar* c'est-à-dire les personnes concernées/les parties.

Ce qui est très différent des droits français ou israélien, dans le cadre desquels les parents ne sont même pas évoqués et qui n'imposent pas cette obligation d'extériorité.

Après la fixation du prix, le courtier doit trouver à son client son (son) futur (e) époux (se).

⁶⁴⁶ ADLER (B) : *Hanissouin Kehilkhatam* Jérusalem. 1984. Ch. 4. P. 132 Art. 1

⁶⁴⁷ SHPITS (Z), "Lois de courtage matrimonial" *ibid.*

b- L'obligation de trouver l'époux (se)

La prestation de service du courtier est de présenter deux personnes afin qu'elles constituent un couple. Pour le droit rabbinique, le courtier doit trouver le (la) futur(e) époux(se).

La fonction de courtier matrimonial en droit rabbinique est très importante car elle permet la constitution des couples juifs qui vont pouvoir se marier et former une famille. Son importance réside donc essentiellement en cette mission qui a un objectif bien déterminé, celui de trouver les futurs époux. Ce qui va dans le sens de la place sacrée qui est donnée au mariage. La profession de courtier matrimonial n'a donc de sens que si le but du contrat de courtage est de trouver un(une) futur(e) époux(se).

c- L'obligation d'information de résultat ?

S'agissant du droit rabbinique, l'obligation du courtier pourrait être une obligation de résultat, puisque la prestation de service du courtier est déjà considérée comme une obligation de résultat.

Contrairement au droit français, ce n'est pas la jurisprudence qui a déterminé la force des obligations du courtier, mais le Talmud⁶⁴⁸ lui-même. Ce dernier a, en effet, déterminé, en plus de son obligation de trouver un(e) époux (se) à son client des obligations allant au-delà de l'exécution du service offert. Le courtier doit, dans le cadre de sa mission, informer son client..

Comme en droit français, en droit rabbinique le courtier a l'obligation d'informer ses clients sur tous les éléments concernant le (ou la) futur(e) époux (se) dont il a connaissance. Cette obligation permet de garantir un meilleur résultat, car les personnes bien informées choisissent avec détermination, en connaissance de cause. Ainsi, les parties doivent divulguer au courtier tous les éléments importants afin qu'il en informe l'autre partie. L'existence de maladies importantes susceptibles d'influencer la décision de se marier et la validité du mariage constituent

⁶⁴⁸ Talmud BM.60a ; Shabbat.63b

notamment une information importante⁶⁴⁹. Il faut distinguer entre le fait de cacher des handicaps dont la découverte aura pour conséquence l'annulation du mariage, et des handicaps qui porteront atteinte au *shiddouh*/Promesse de mariage. La difficulté réside, pour le courtier, dans le fait qu'il soit tributaire des informations que les parties lui donnent. Il ne peut informer que sur ce dont il a connaissance. C'est pourquoi, comme nous l'avons vu précédemment, le Talmud⁶⁵⁰ interdit le *dol*. Il interdit aux parties de cacher une information importante dans le but d'amener l'autre à contracter⁶⁵¹. Les parties doivent donc être honnêtes l'une envers l'autre, mais le tiers au contrat de mariage ou à la promesse de mariage, comme le courtier, a l'obligation d'empêcher que les parties se cachent une information importante lorsqu'il est au courant de cette information. En effet, il est écrit dans le Pentateuque⁶⁵² : « N'insulte pas un sourd, et ne place pas d'obstacle sur le chemin d'un aveugle: redoute ton Dieu ! Je suis l'Éternel ». Ce qui signifie : « Devant un aveugle tu ne donneras pas d'achoppement. Celui qui est « aveugle » dans un domaine quelconque, ne donne pas un conseil qui ne lui soit pas approprié. Ne lui dis pas : « Vends ton champ et achète-toi un âne ! », pour aller ensuite abuser de lui et le lui prendre »⁶⁵³.

Le courtier matrimonial doit, par conséquent, éviter tous les préjudices certains en informant les parties.

Dans ce sens, selon le HAFETS HAIM, « lorsque le courtier ou une autre personne sait qu'un des candidats au mariage a de grands inconvénients telle une grave maladie et que l'autre partie les ignore, mais que s'il en avait eu connaissance, il n'aurait pas contracté, il existe une obligation de l'en informer »⁶⁵⁴. En revanche, le

⁶⁴⁹ YOEL et KATAN (H), « Dissimulation d'information dans les *shiddouh* » *Revue de droit Rabbannique* Rev. Thoumin Vol. 25. 2005, p. 51.

⁶⁵⁰ Talmud BM.60a

⁶⁵¹ Choulhan Aroukh.Hoshen Mishpat.228,9

⁶⁵² Pentateuque - Lévitique. Kedochim Ch. 19 V. 14

⁶⁵³ RACHI (1040-1105) : Rabbín médiéval français célèbre pour son exégèse juive de la Bible et du Talmud.

⁶⁵⁴ HAFETS HAIM : livre relatif aux lois Rabbiniques en matière de diffamation. Ed. 1873. Vilnius. Israël Meir HACHOEN. Principe numéro 9.

HAFETS HAIM poursuit en disposant que si les personnes sont déjà fiancées, il y a interdiction de le dire⁶⁵⁵.

Il faut aussi préciser, qu'en matière de courtage matrimonial, certaines informations peuvent ne pas être divulguées⁶⁵⁶, dès lors qu'elles ne sont pas considérées par le droit rabbinique comme une cause de rupture du mariage pour vice de consentement. Le fait, par exemple, pour un futur marié de cacher le fait qu'il ait subi une ablation d'une de ses testicules est ainsi admis, car il possède toutes ses facultés médicales. Cependant, cet avis n'est pas partagé par certaines doctrines contemporaines pour lesquelles les parties sont obligées de s'informer mutuellement de tous les problèmes médicaux, même ceux pour lesquels les médecins s'accordent à dire qu'ils n'engendrent pas de risques. Le Choulhan Arouh énumère une liste de handicaps physiques susceptibles d'entraîner l'annulation du mariage lorsqu'ils n'ont pas été divulgués avant. Tel est le cas du diabète, de l'épilepsie, de la maladie mentale, des problèmes esthétiques, etc.⁶⁵⁷. Il n'y a, toutefois, aucune obligation d'informer immédiatement l'autre de tous les handicaps. Certains handicaps peuvent être divulgués à un stade plus tardif de la relation.

Par conséquent, le courtier a l'obligation d'être honnête et de ne pas duper les parties, mais il faut savoir qu'en droit rabbinique le devoir de se renseigner sur l'autre revient aux futurs mariés⁶⁵⁸. Ce qui veut dire que l'obligation principale du courtier matrimonial, en droit rabbinique, est de trouver un époux ou une épouse à son client, et à défaut il ne reçoit pas paiement, il est aussi soumis à une obligation d'information sur les critères jugés essentiels en matière de mariage. Cette obligation accessoire est donc une obligation de moyen, car le courtier doit mettre tous les moyens à sa disposition pour révéler la vérité sur tout ce qui est déterminant pour un éventuel consentement au mariage.

⁶⁵⁵ YOEL ET KATAN (H), "Dissimulation d'information dans les shiddoukhim", Revue de droit Rabbinique *Thoumin* Vol. 25. 2005. P. 53

⁶⁵⁶ Ibid.

⁶⁵⁷ Evène Haezer. Ch.39-5

⁶⁵⁸ Ibid.

L'obligation d'information ne peut, en effet, pas être une obligation de résultat car le courtier ne peut transmettre l'information que sur ce que chacune des parties veut bien lui révéler.

En conclusion, les courtiers matrimoniaux sont tenus au résultat de la mission pour laquelle ils ont été engagés, à savoir trouver un ou une épouse à son client, mais pour éviter les manipulations de ces professionnels pour être payé, ces derniers sont également soumis à une obligation d'information qui elle ne peut être de résultat et est donc de moyen.

Par ailleurs, bien que le droit rabbinique ait ses particularités quant à la considération des contrats de droit commun, quelques similitudes existent entre la nature du contrat de courtage matrimonial, telles que définit par la Halakha, et celle définit par le droit israélien qui s'en inspire.

Le droit israélien prône, pour sa part, la liberté contractuelle et laisse les parties libres de déterminer le prix sans s'en mêler. Ainsi, que le prix soit exorbitant ou pas, si les parties ont signé, il est valable.

Sous section 2 : Un contrat à caractère commercial en droit israélien

En se fondant sur la conception rabbinique, le droit israélien considère que, que ce soit pour la forme ou le fond, le contrat de courtage matrimonial est considéré comme un contrat à caractère commercial.

Bien qu'il s'inspire du droit anglais en vigueur en Israël avant 1947, le droit israélien n'a pas suivi la position du droit anglais en matière de contrat de courtage matrimonial. En effet, depuis l'arrêt *Hermann v Charlesworth*⁶⁵⁹, en 1905, la jurisprudence anglaise a invalidé la convention des honoraires du courtier matrimonial (« marriage brokages contracts »). Cette dernière était considérée comme contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à la liberté du consentement des époux (liberté de mariage) : « le choix du conjoint doit être libre et éclairé indépendamment de toute influence ou pression extérieure () les

⁶⁵⁹1905] 2 KB 123.

mariages peuvent être créés par l'intervention d'amis ou de relations propres aux parties, non aux agents d'affaires »⁶⁶⁰. Le contrat est considéré nul, car sans cause : « *illegal consideration* ». Selon le Professeur Shilo ; « au regard du droit positif israélien, le contrat de courtage matrimonial est valable, et un courtier dispose de son droit de réclamer un salaire pour sa prestation. Malgré l'attachement du droit israélien au droit anglais, le premier n'a jamais adopté les principes du second. La reconnaissance de la tradition juive en cette institution a évité aux juges israéliens d'adopter la méthode du droit anglais »⁶⁶¹.

Sur ce point, le droit israélien s'est plutôt fondé sur le droit rabbinique afin de s'écarter du droit anglais. Ainsi, dans l'arrêt *Alsparna v Ploni*⁶⁶², en date du 11 janvier 1960, relatif à un litige sur les honoraires du courtier, le juge d'appel, Atsioni, considérait qu'il était « impossible de se référer à la jurisprudence anglaise en la matière, car contrairement à la tradition juive, l'institution de courtage matrimonial est considérée comme contraire à l'intérêt public en Angleterre ». Le juge poursuivait en citant, dans le corps de l'arrêt, les propos extraits du livre écrit par l'ex-président de la Haute Cour israélienne, le juge Heshin⁶⁶³ : « J'ai souligné à plusieurs reprises, que d'un point de vue historique, l'existence de courtage matrimonial s'explique parfaitement dans la communauté juive en Israël, alors que de nombreux Etats ne reconnaissent pas cette institution sous prétexte qu'elle est contraire à l'intérêt général. Or, le fondement sur lequel se base la conception rabbinique, qu'il y a obligation de rémunérer le courtier matrimonial, sert de pierre angulaire aux législateurs d'autres pays de supprimer les droits du courtier ». Le juge Atsioni concluait donc en suggérant clairement « de prendre exemple sur les lois relatives à l'interprétation des contrats commerciaux anglais » pour interpréter les termes du contrat de courtage matrimonial. Dans ce sens, il citait cette fois les propos du Lord Wit, extraits de sa décision *Hillas & Co. Ltd v. Arcos*⁶⁶⁴ : « *Business men often record the most important agreements in crude and summary fashion ;*

⁶⁶⁰ Ibid.

⁶⁶¹ SHILO (D), « Le courtier matrimonial : de ses débuts jusqu'au Livre de Codification des lois juives ». Rev. *Mishpatim*, vol.4, 1972, p. 361-373.

⁶⁶² *Alsparna v Ploni* 13/60

⁶⁶³ HESHIN (Z), « *Sehok vedema bevet hadin* », Ed. Bronfman B.L. 1982. P. 109

⁶⁶⁴ *Ltd v. Arcos*: (1932) 147 L. T. p. 514

modes of expression sufficient and clear to them in the course of their business may appear to those unfamiliar with the business far from complete or precise. It is accordingly the duty of the court to construe such documents fairly and broadly, without being too astute or subtle in finding defects; but, on the contrary, the court should seek to apply the old maxim of English law, verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat»⁶⁶⁵.

Le contrat de courtage matrimonial est donc incontestablement valide en droit israélien.

Par conséquent, c'est un contrat de droit commun qui est régi par le Code des contrats de 1973. Ce qui fut confirmé plus tard par l'arrêt de la Haute Cour de Justice israélienne, Ganz v. Kats, en date du 28 septembre 1994, relatif à un important litige en matière d'honoraires de courtier matrimonial qui a énuméré les lois applicables au contrat de courtage, à savoir : « Code des contrats (partie Générale) 1973, article 4 al. 1, relatif aux moyens de droit en cas d'inexécution, article 18, relatif à la violence morale, et article 12, relatif au principe de la bonne foi ».

C'est donc le Code des Contrats de 1973 qui règlemente les contrats de courtage matrimonial tant pour la forme que pour le fond. Il s'agit des règles classiques du contrat semblables à celles du droit français sans particularité aucune pour le contrat du courtage matrimonial. Au contraire, les tribunaux israéliens font primer le principe de la liberté contractuelle lorsque les litiges concernent la rémunération des courtiers (1), tout en écartant le motif de l'irrespect de la bonne foi contractuelle (2).

1. La liberté contractuelle

Le contrat, en droit israélien, est prééminent et les règles prévues en droit des contrats sont sommaires afin de laisser libres les parties de déterminer leurs rapports et leurs droits. Le contrat constitue donc la référence, le texte sur lequel se fonde le juge, saisi en cas de litige, pour prendre sa décision. Ainsi la liberté contractuelle porte tant sur la formation du contrat (a) que pour son économie (b).

⁶⁶⁵ FRIDMAN (G.H.L.), «Construing without constructing a contract », LQR, oct 1960.

Si le client d'une agence matrimoniale est mécontent du service du courtier, mais que le contrat a été respecté, l'annulation de ce dernier n'est pas possible et aucun remboursement ne peut être obtenu. Ainsi, le Tribunal de la Paix d'Ashdod a précisé, en 2000, que bien que « le rythme des rencontres et la variété des hommes présentés ne correspondaient pas aux attentes des clientes, (), cela ne pouvait en rien justifier l'annulation du contrat et le remboursement des sommes versées »⁶⁶⁶. La juridiction précise d'ailleurs que lorsque les demandeuses avaient signé les conditions du contrat « elles étaient considérées avoir lu et accepté le contenu »⁶⁶⁷. La règle selon laquelle le contrat tient lieu de loi entre les parties prend donc tout son sens en matière de courtage matrimonial en droit israélien. Seul le contrat, qui n'est pas contraire à l'ordre public, édicte les règles applicables aux parties. C'est pourquoi, afin de se faire une idée des contrats de courtage matrimonial israéliens et de déterminer le type d'obligation incombant au prestataire de service que le courtier, il semble judicieux d'étudier deux contrats types, de deux périodes différentes, provenant de deux agences israéliennes sérieuses et réputées.

a- La liberté contractuelle dans la formation du contrat

En droit israélien, comme nous le savons, le contrat de courtage matrimonial est un contrat de droit commun, car il n'existe aucune loi spécifique en la matière. Ce qui explique que la profession ne soit pas non plus réglementée. Aussi, chaque agence ou courtier est libre de déterminer les conditions de fond (1) et de forme (2) du contrat de courtage matrimonial, dès lors que le droit commun est respecté. Les contrats strictement consensuels (oraux) sont d'ailleurs monnaie courante en la matière. Les obligations des courtiers et clients varient donc d'un contrat à l'autre. Ce qui explique que la jurisprudence ne soit pas très abondante en la matière, car du fait de la liberté contractuelle et à défaut de règles spécifiques, elle se restreint à la stricte application de ce qui a été prévu au contrat.

⁶⁶⁶ Tribunal de la Paix Ville d'Ashdod 1137/99 Luzon & Oarte c Doulev-Harela LTD 18 janvier 2000/www.nevo.co.il

⁶⁶⁷ Ibid.

1) *Les conditions de fond du droit commun*

Comme expliqué précédemment, le contrat de courtage matrimonial en droit israélien est un contrat commercial régi par le Code des contrats de 1973. Ce que la jurisprudence a confirmé, notamment par l'arrêt de la Haute Cour de Justice israélienne, Ganz v. Kats, du 28 septembre 1994, relatif à un litige en matière d'honoraires de courtier matrimonial.

Les contrats de courtage matrimonial et les litiges qui en découlent sont donc réglementés par les règles de droit commun du contrat, prévues par le Code des Contrats de 1973. Ces règles sont semblables à celles du droit français. Conformément au chapitre 1^{er} du Code des contrats 1973, pour être licite, le contrat de courtage matrimonial doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. Ainsi, le critère de validité du contrat n'est juridiquement établi que si le contrat satisfait quatre conditions essentielles : la validité du consentement (1.1), de la capacité à contracter (1.2), de l'objet et de la cause (1.3).

1.1) Un consentement valable

Selon l'article 1^{er} du Code des contrats⁶⁶⁸ : « le contrat est conclu en cas d'offre et d'acceptation conformément aux conditions qui vont suivre ». Ainsi, le consentement est l'offre ou l'acceptation et la rencontre des deux formes le contrat. Pour qu'un contrat soit valable, il faut que les parties aient donné leur consentement et que ce dernier ne soit pas vicié.

L'offre est la manifestation de la volonté de l'offrant qui doit exprimer son consentement et l'acceptation celle de l'acceptant.

Les conditions relatives à l'offre sont énumérées des articles 2 à 4 du Code des contrats, alors que les articles 5 à 11 définissent les conditions relatives à l'acceptation.

Comme en droit français, « l'offre est la proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat de telle sorte que son acceptation suffise à la formation de celui-ci » (article 2). Cette sollicitation doit être ferme et précise.

Les conditions de la rétractation de l'offre et de sa caducité sont, pour leur part, prévues aux articles 3 et 4.

Ainsi, de la même manière qu'en droit français, les parties au contrat de courtage matrimonial doivent être consentantes et leur consentement doit être éclairé. Que ce soit celui de l'offrant ou de l'acceptant⁶⁶⁹.

Par ailleurs, le consentement doit être exempt de tout vice pour produire des effets juridiques.

Les articles 13 à 18, Chapitre 2nd, du Code des contrats, énumèrent les cas des vices du consentement comme cause d'annulation du contrat. De façon similaire à l'article 1109 du code civil français, les articles susmentionnés prévoient quatre cas de vices susceptibles d'altérer la qualité du consentement et entraîner la nullité du contrat. Bien que certaines des différentes catégories aient une appellation similaire à celles prévues dans le Code civil français, des différences quant à leur signification sont à noter.

Le Code des contrats israélien répertorie les vices du consentement suivant :

- le contrat simulé;
- l'erreur ;
- le dol ;
- la contrainte physique ou morale.

Selon l'article 13 du Code des contrats le contrat simulé est un vice du consentement provoquant la nullité du contrat. En effet, le droit israélien considère que lorsqu'il existe une différence entre les volontés réelles des parties et les termes du contrat, le contrat est nul. Cependant, il est réputé valable à l'égard des tiers de bonne foi.

Un contrat de courtage matrimonial doit donc être clair et précis, car les volontés réelles des parties doivent être bien déterminées afin d'éviter les quiproquos. En effet, le client ne doit pas croire qu'il engage un coach, alors qu'il signe avec un courtier matrimonial.

L'article 14 du Code des contrats prévoit aussi que l'erreur puisse remettre en question la validité du contrat. En effet, lorsqu'une personne s'est liée par un

⁶⁶⁹ Articles 2 et 5 Code des Contrats 1973

contrat suite à une erreur et que sans cette erreur elle n'aurait pas contractée, elle est en droit de demander l'annulation du contrat. Ainsi, le Code des Contrats israélien est précis quant à la condition de détermination, contrairement au Code Civil français qui, n'est pas aussi précis en la matière. Seules les erreurs déterminantes et excusables sont causes de nullité en droit français, mais ces caractéristiques ont été déterminées par la jurisprudence.

Par conséquent, seules les erreurs déterminantes sont susceptibles de provoquer la nullité du contrat en droit israélien.

Cependant, l'alinéa 3 de l'article 14 précise que « l'erreur n'est pas un motif d'annulation du contrat s'il est possible de maintenir le contrat en dépit de l'erreur qui a été corrigée et que l'autre partie a prévenu qu'elle était consentante pour le faire avant que le contrat ne s'annule ». Par conséquent, le contrat est annulé pour erreur déterminante lorsqu'il n'y a donc plus aucune possibilité de rectification. Le droit israélien considère, donc, que pour que l'erreur soit cause de nullité du contrat, il faut qu'elle soit déterminante et irrattrapable.

Ainsi, seules les erreurs sans lesquelles le client du courtier matrimonial n'aurait pas signé, et qui ne peuvent faire l'objet de rectifications, peuvent entraîner la nullité du contrat de courtage matrimonial.

Le Code des contrats n'évoque pas, comme le Code civil, l'erreur sur la substance ou sur la personne, mais envisage deux hypothèses: celle où « l'autre partie connaissait la vérité ou aurait dû la connaître » (alinéa 1 de l'article 14). Et celle où « l'autre partie ne connaissait pas la vérité et n'était pas obligée de la connaître » (alinéa 2 de l'article 14).

Dans les deux cas, la partie victime d'erreur est en droit de demander l'annulation du contrat. Il est, toutefois, précisé dans la seconde hypothèse, que le tribunal peut, s'il estime cela juste, annuler le contrat suite à la demande de la partie qui s'est trompée et condamner l'autre partie à payer des indemnités. Cette possibilité est offerte dans le second cas, car il envisage que le cocontractant de celui qui s'est trompé avait connaissance de la vérité. Cependant, il ne s'agit pas de dol car la volonté de tromper l'autre ou la mauvaise foi ne sont pas abordées. Ainsi, une des parties peut commettre une erreur et l'autre peut en avoir conscience, sans pour

autant avoir provoqué cette erreur. Ce qui sera éventuellement sanctionné par le paiement d'un dédommagement sera donc le fait d'avoir omis une information importante.

Il semble que le droit israélien inclut dans l'erreur la négligence. Ce qui le différencie du droit français qui n'inclut dans les dol, considérant qu'elle est dolosive, lorsqu'elle est intentionnelle. Le droit israélien reste silencieux sur la notion d'intention pour ce sujet, tout en admettant la possibilité d'un dédommagement de la victime.

L'article 15 du Code des contrats prévoit que le dol, défini comme une tromperie provoquant l'erreur, est un vice du consentement provoquant la nullité du contrat. Ainsi « lorsqu'une personne s'est liée par un contrat suite à un dol elle est en droit de demander l'annulation du contrat », car son consentement est le résultat d'une erreur qui est « la conséquence d'agissements trompeurs de l'autre partie, ou d'une autre personne, dans le but de la faire contracter ».

Ce qui se rapproche de la conception du droit français, à l'exception du fait que les agissements d'un tiers n'y sont inclus que s'il s'agit d'une complicité avec la partie contractante bénéficiant du dol. En effet, la notion d'intention est un essentiel en matière de dol en droit français. Sans intention de tromper ou nuire, le dol n'est pas constitué. Bien que le Code des Contrats n'évoque pas cette notion d'intention, il la sous-entend. En effet, lorsque le Code définit le dol comme des « agissements trompeurs », cela sous-entend le caractère intentionnel. Les termes évoquent la volonté, l'intention.

Le client fortuné, trompé par son courtier matrimonial, lui faisant par exemple croire qu'il lui présente une jeune femme bien sous tous rapports, alors que cette dernière, complice du courtier, n'est intéressée que par son argent, pourra donc obtenir l'annulation du contrat, mais aussi le paiement de dommages et intérêts pour les préjudices subis.

De la même manière qu'en droit français, le droit israélien admet la possibilité pour la victime d'obtenir la nullité du contrat signé suite à des violences physiques ou morales. Ainsi, selon l'article 17 du Code des contrats : « Lorsqu'une personne s'est liée par un contrat à la suite d'une violence exercée par l'autre partie ou par une autre personne qu'elle aurait engagée, que ce soit une violence physique ou des

menaces exercées, la personne est en droit d'annuler le contrat ». L'article 18 ajoute que la personne qui a conclu un contrat avec une autre ayant profité de « son état de faiblesse mentale, physique ou son manque d'expérience, et que les conditions du contrat sont disproportionnées par rapport à un contrat moyen », est en droit d'obtenir l'annulation dudit contrat.

Le droit israélien est donc sur ce point assez proche du droit français qui admet également les violences physiques ou morales. Cependant, le droit français est davantage développé en matière de violence morale, car la violence économique y est incluse. Ce qui n'est pas visible en droit israélien.

L'arrêt *Ganz v. Kats*⁶⁷⁰ est un arrêt célèbre, du 28 septembre 1994, sur cette notion de violence morale. Dans cette affaire, un contrat de courtage matrimonial fut conclu entre un courtier et son client. Ce contrat prévoyait des honoraires de 100.000\$ au profit du courtier, s'il parvenait à présenter à son client, qui était un homme aisé âgé de 50 ans, une jeune et jolie fille pour un mariage. Le contrat stipulait qu'en cas d'assistance d'un autre courtier, ce dernier percevrait la même somme. Une fois sa tâche bien exécutée, le courtier n'avait reçu, le soir des fiançailles, que la somme de 20.000\$. Il tentait d'obtenir le reste de la somme promise, mais sans succès. Il avait donc effectué une réclamation devant le Tribunal régional de Jérusalem. Le client défendeur, pour sa part, avait tenté de démontrer son absence de consentement éclairé, suite à des violences morales, afin d'obtenir la nullité pour vice de consentement. Il soutenait que le courtier avait profité de sa faiblesse. Le tribunal l'avait, néanmoins, condamné à payer le reste de la somme convenue au courtier avec les intérêts et les frais de procédure. En effet, la juridiction israélienne estimait que le contrat avait été conclu de plein gré, qu'il n'était pas entaché de violence morale et que le défendeur avait connu sa femme grâce aux diligences du courtier et suite à ses efforts. Le client avait donc fait appel du jugement, mais le président de la Haute Cour avait rejeté les motifs de cet appel. Bien qu'elle ait estimé que les honoraires étaient exagérés et les avait réévalués à la baisse, la juridiction d'appel avait rejeté les motifs du client. Selon elle, le fait d'avoir signé le contrat de courtage faisait présumer son consentement à se lier par

⁶⁷⁰ Arrêt *Ganz v Kats* 4839/92 JP 48 (4) 1994 précité. P. 756.

le dit contrat réputé valide⁶⁷¹. Le renversement de la présomption est à la charge du défendeur qui devait démontrer qu'en dépit de sa signature son accord n'était pas intègre, mais il ne l'a pas fait. A défaut d'apporter des éléments attestant la perte de la capacité à comprendre ses actes et son raisonnement, la volonté pressante de se marier ne signifie pas défaut de la détermination de sa volonté au contrat signé. La Haute Cour ajoutait, pour rejeter le motif de violence morale, une énumération des conditions requises au sens de l'article 18 du code des contrats 1973. Selon elle, pour que la violence morale soit admise il faut :

- que le cocontractant ait profité de la détresse, faiblesse psychologique ou physique ou le manque d'expérience de la personne exploitée lors de la conclusion du contrat ;
- qu'il tire profit de la situation de la personne pour la conduire à conclure le contrat ;
- que les conditions du contrat soient trop irrégulières par rapport à la normalité.

La Haute Cour constatant que la première condition n'était pas remplie n'avait pas examiné les deux autres : « La preuve selon laquelle le demandeur se trouvait en état de détresse lors de la conclusion du contrat au sens de l'article 18, n'a pas été rapportée. Il est fort probable qu'une personne de son âge et issue d'un tel milieu social (communauté orthodoxe), se trouvant encore célibataire, soit très stressé et dans une situation sentimentale et mentale difficile, du fait des pressions socialo-familiales, mais aucun fait ne démontre que son état mental était d'une telle gravité qu'il avait pu déséquilibrer sa volonté réelle »⁶⁷². Des honoraires très élevés ne permettent donc pas à eux seuls de prouver la détresse.

Le consentement en droit israélien, comme en droit français ne peut être, par ailleurs, valable que s'il a été donné par une personne capable.

1.2) La capacité à contracter

Conformément à la loi de 1962 relative à la capacité juridique à contracter les parties au contrat de courtage matrimonial doivent être juridiquement capables. Ce qui veut dire que, de la même manière qu'en droit français, le contractant doit,

⁶⁷¹ Arrêt Koterman v Keren Torah 685/88 4 P. 602 : "la signature apposée sur un contrat présume la volonté subjective de l'auteur de la signature à se lier par le contrat".

⁶⁷² Arrêt Ganz v Kats précité. P. 756.

pour pouvoir contracter valablement, être un majeur capable, jouissant de sa capacité juridique (de jouissance et d'exercice).

Un mineur ou un handicapé mental ne peuvent donc pas signer un contrat de courtage matrimonial.

1.3) L'objet et la cause

Selon l'article 30 du code des contrats de 1973 : « lorsque l'objet et la cause du contrat ne sont pas conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs le contrat est réputé nul ». Ainsi, selon les règles de droit commun, tout contrat doit avoir un objet et une cause licites, mais aussi conformes aux bonnes mœurs.

Seuls les contrats portant sur un objet et une cause licites sont juridiquement valables. C'est-à-dire un objet se trouvant dans le commerce juridique et des motifs en accord avec les lois.

En droit israélien, contrairement au droit français, le contrat de courtage matrimonial est un contrat de droit commun qui n'a jamais suscité de problèmes quant à sa licéité, sa moralité, ni de contradictions par rapport à la liberté du mariage. Ce type de contrat est donc, en principe, licite et conforme à l'ordre public, sauf en cas de dol.

L'article 12 du Code des contrats pose le principe de bonne foi en matière contractuelle. Il précise, dans son alinéa 1, que : « les négociations précontractuelles doivent être exécutées de bonne foi » et ajoute, dans son alinéa 2, que : « le défaut de bonne foi dans les pourparlers ou lors de la conclusion du contrat obligera l'auteur à indemniser l'autre partie pour le préjudice que lui a causé le manque de bonne foi au stade de la négociation ou à celui qui a suivi la conclusion du contrat et ce conformément aux articles 10, 13 et 14 du dit contrat ». L'obligation de contracter de bonne foi est, par conséquent, un principe fondamental en droit des contrats israélien.

Bien que la jurisprudence ne soit pas abondante en la matière, concernant les contrats de courtage matrimonial, il serait intéressant de revenir sur les faits de l'arrêt Ganz v Kats. Dans cet arrêt, le juge KADMI soulève le défaut de bonne foi dans les négociations contractuelles comme motif qui aurait pu soulever le client du

courtier pour avoir gain de cause. Il rappelle la définition qu'avait donnée le juge Barak, lors de l'arrêt 22/82 Beit Youlis v. Raviv Moshé⁶⁷³ : « le principe de la bonne foi oblige à l'équité et à la raison lors des négociations. La loi n'exige pas que les parties soient des anges l'une envers l'autre, la loi exige qu'elles se comportent comme des humains ». Il en déduit que le courtier, connaissant le client et l'état psychique dans le lequel il se trouvait, en avait profité pour exiger la somme excessive de 100.000\$. Le juge soutenait que, bien que le client n'ait pas prouvé que le courtier avait profité de son état ni qu'il se trouvait en état de détresse, « le fait d'enfreindre ainsi l'obligation de contracter avec raison, en ce que le courtier a profité de la confiance que lui a faite son client pour la fixation des honoraires, constitue le défaut de bonne foi dans les négociations ». Le juge poursuit en soutenant qu'il faudrait élargir les possibilités de l'intervention du droit dans les contrats en cas de conventions « contraires à la conscience », en ayant recours au chef d'accusation d'irrespect de l'obligation de la bonne foi dans les négociations précontractuelles⁶⁷⁴. En effet, comme nous le savons le juge avait revu à la baisse les honoraires du courtier. Il avait estimé que la somme de 45.000\$ suffisait et constituait un « salaire convenable ». Il justifiait cette intervention dans le contrat par le fait que « le principe de la liberté contractuelle est limité, sur ordre du législateur, à l'exécution des négociations précontractuelles de bonne foi et il est du rôle du Tribunal de veiller à ce que cette condition se réalise et ne reste pas lettre morte ». Il poursuivait en expliquant que « l'objectif du principe de la bonne foi, entre autre, est d'enraciner les normes d'équité entre les parties aux négociations contractuelles », c'est pourquoi pour assurer une bonne application des règles du jeu équitables dans la vie du commerce, dans certains cas, il n'y a nul autres choix que « d'intervenir pour éviter des résultats injustes »⁶⁷⁵.

Cet arrêt a été beaucoup critiqué par la doctrine mais aussi par d'autres juges. Ainsi, le juge LEVIN, représentant de la méthode classique du droit des contrats soutient que : « le Tribunal ne peut pas se subroger dans les droits des parties en estimant que les conditions du contrat ne sont pas convenables ». Il se doit de donner la

⁶⁷³ Ibid. p. 757.

⁶⁷⁴ Ibid. P. 758.

⁶⁷⁵ Ibid. P. 760.

priorité à la liberté contractuelle et seules les parties ont la responsabilité de juger de l'équité des conditions contractuelles. Cette position reflète de plus en plus la position qui voit le jour au sein de la doctrine et la jurisprudence israélienne⁶⁷⁶.

Selon le juge LEVIN : « L'article 12, relatif à la bonne foi, ne peut servir de base à la Cour pour annuler un contrat sous prétexte qu'une de ses conditions n'est pas raisonnable, alors que son annulation est légalement impossible ». Le juge ne peut se permettre de « se prononcer sur les honoraires fixés et dire qu'ils sont ou pas raisonnables dans la mesure où on ne se trouve pas en présence d'un produit sur lequel s'applique une réglementation tarifaire, comme le Règlement 1957 relatif aux produits de consommation et aux services ». De même, il ne peut pas admettre « le fait de juger valide un contrat alors que la Cour intervient pour modifier l'une de ses conditions ».

Dans ce sens, le juge ZAMIR déplore la décision du juge KADMI : « Mon ami KADMI donne partiellement gain de cause au demandeur aux motifs que le courtier n'a pas respecté le principe de bonne foi, conformément à l'article 12a.1 du Code des contrats. Et ce, alors même que ce motif n'a pas été soulevé par le demandeur. C'est ainsi que nos chemins se séparent »⁶⁷⁷. Le juge rappelle, en effet, les propos, dits lors de l'arrêt 536/89, du juge BACH. Selon ce dernier : « un plaidant est en droit de se fonder durant l'audience sur un grief qu'il n'a pas mentionné à l'écrit à condition que ce grief soit bien fondé sur des preuves qu'il a rapportées. De plus, la Cour est aussi en droit de soulever de sa propre initiative un grief qui ne paraît ni dans le dossier des parties ni dans leurs plaidoiries, à condition d'être fondé par les faits prouvés durant l'audience. Toutefois, le rôle de la Cour est de trancher un litige entre les parties, tel qu'elles le conçoivent, la Cour ne peut pas créer un nouveau litige et le trancher. La Cour ne pourra soulever un nouveau grief que dans des cas exceptionnels lorsque des impératifs d'équité de la justice s'imposent »⁶⁷⁸. Ce qui a conduit le juge ZAMIR à se poser la question de l'existence, en l'espèce, d'impératifs d'équité justifiant l'intervention exceptionnelle de la Cour pour soulever le grief du

⁶⁷⁶ PORAT (B), « L'obligation de contracter à prix raisonnable », Rev.Iyunei Mishpat, vol, 25, 2000, P.189-220

⁶⁷⁷ Ibid. P. 763

⁶⁷⁸ Ibid. P. 764

défaut de la bonne foi. Selon lui, étant donné les circonstances, l'impératif de l'équité n'imposait pas que la Cour intervienne en faveur d'un argument non invoqué par le demandeur.

Cette problématique avait d'autant plus de poids qu'elle était soulevée au stade de l'appel. Or, conformément à l'article 415 du Code de procédure civile israélienne : « Le demandeur ne peut pas soulever pour la première fois de nouveaux griefs en appel s'il ne les a pas soulevés à l'écrit sauf autorisation expresse de la Cour. C'est-à-dire, si le demandeur souhaite soulever pour la première fois en appel le motif de l'irrespect de la bonne foi, alors qu'aucune mention n'a été faite à l'écrit, il lui faudrait l'autorisation de la Cour qui lui sera donnée qu'à condition de bien justifier ses allégations », alors que dans notre arrêt le demandeur n'avait même pas demandé à soulever ce grief.

Selon le juge ZAMIR, un juge ne peut pas considérer que les honoraires réclamés par le courtier sont élevés ou excessifs car « il s'agit d'un courtier qui a fourni de nombreux efforts, durant longtemps, afin de présenter une femme à un célibataire riche mais âgé. Quelle est, au vu des circonstances de l'espèce, une rémunération convenable ? ». Une femme n'est pas une marchandise qui est transférée au commerçant avec un prix du marché, et les honoraires du courtier ne sont pas les honoraires de courtage de biens fonciers. Souvent les honoraires en matière de courtage de bien immobilier sont calculés en pourcentage du prix de vente, alors que le salaire du courtier matrimonial est calculé au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce. Le juge ZAMIR poursuit en rejetant l'argument du profit tiré par le courtier du fait de l'état de stress de son client, alors même que le tribunal avait écarté l'argument de violence morale parce que la condition d'état de détresse n'était pas remplie. Selon le juge, le fait qu'il y ait profit d'un état de stress, qui ne constitue pas une violence morale, ne signifie pas qu'il s'agit d'un manque de bonne foi. Il faudrait, en plus de cet état de stress, un autre élément attestant d'un comportement non raisonnable au point qu'on y voit de la mauvaise foi.

«Le manque de bonne foi, dit le juge ZAMIR, est une notion floue et flexible. Le risque de pousser les limites de cette notion de sorte qu'elle empiète sur d'autres motifs, tels l'erreur ou la contrainte, pour les évincer et s'appliquer à leur place est

facile, surtout dans des cas difficiles où les honoraires de courtage peuvent sembler très élevés. Toutefois, on ne peut pas permettre à des cas comme celui-là de fausser la loi applicable, autrement dit, le principe de la bonne foi n'aura plus de limites d'application et menacera l'équilibre du droit des contrats et le principe de la liberté contractuelle »⁶⁷⁹.

Depuis le fameux arrêt *Aprofim* de la Haute Cour de Justice, du 11 mai 2006, la méthode traditionnelle de l'interprétation des contrats a été modifiée. Le principe de la bonne foi est désormais d'utilisation *agressive* en droit israélien⁶⁸⁰. En effet, cet arrêt de principe, qui confirme l'arrêt "*Aprofim*"⁶⁸¹ de 1991 et est devenu l'un des piliers du droit des contrats, a, en donnant une nouvelle signification aux termes de l'article 25 al. 1 du Code des contrats de 1973, rompu avec la conception traditionnelle. Selon cette dernière, le tribunal devait procéder à l'interprétation du contrat en deux temps : « un contrat doit être interprété en fonction de l'appréciation des volontés des parties, telles qu'elles se entendent des termes du contrat et à défaut- au regard de ses circonstances »⁶⁸². Alors que l'article susvisé exige que les circonstances de la conclusion du contrat ne soient examinées que lorsque la volonté des parties ne se déduit pas des termes du contrat, l'arrêt *Aprofim* pour sa part, soutient qu'il faut les examiner en tout état de cause. Ainsi, le contrat sera interprété au regard de ses termes puis des circonstances de l'espèce en même temps. Cet arrêt rend donc nécessaire l'examen de l'intention objective et subjective des parties au contrat. Il prévoit aussi que lorsqu'il est impossible de connaître la volonté des parties, que ce soit par les termes du contrat ou par les circonstances, il faut interpréter les intentions subjectives des parties sous l'angle de la raison, la bonne foi, l'équité et la convenance⁶⁸³.

Selon le juge BARAK, il est impossible de connaître le contenu du contrat sans examiner les éléments extérieurs au contrat. La volonté subjective des parties est

⁶⁷⁹ Ibid. P. 768

⁶⁸⁰ DOITCH (M), "Index au droit des contrats", Cours de droit. P. 9

⁶⁸¹ Arrêt Israël v *Aprofim* 4628/93

⁶⁸² Art. 25, al.1, C. contrats de 1973.

⁶⁸³ LIN (O), "L'application de la Loi "*Aprofim*"", Article doctrine 01.08. 2006 : <http://www.lin-law.co.il/page.asp?itemId=883>

donc le plus important et la méthode de l'interprétation en deux temps porte atteinte au principe de la bonne foi.

Le juge de la minorité, HESHIN, pour sa part, considère que cette interprétation, et la jurisprudence *Aprofim* portent gravement atteinte au principe de la liberté contractuelle et à l'autonomie des parties au contrat. Selon lui, elle positionne le tribunal comme une partie au contrat alors qu'il ne doit être qu'un interprète⁶⁸⁴.

En dépit de ces oppositions et inquiétudes, l'arrêt *Aprofim* est la jurisprudence suivie aujourd'hui en Israël.

Il est, par conséquent, intéressant de constater que cette tendance jurisprudentielle va dans le sens de la tendance jurisprudentielle française qui penche également vers une subjectivisation de la cause depuis la fin du XXe siècle⁶⁸⁵.

En effet, la notion de cause subjective permet de répondre à une exigence de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs qui est nécessaire à tous les contrats, mais surtout aux contrats commerciaux dont la forme n'est pas spécifique.

2) *Les conditions de forme du droit commun*

En droit israélien, le contrat de courtage matrimonial comme le contrat de promesse de mariage sont des contrats de droit commun au sens du Code des Contrats de 1973.

Conformément au droit général des contrats, aucune loi n'impose une formalité des contrats comme condition à sa validité. Par conséquent, il est inutile d'obtenir un consentement formel des parties, le comportement des parties suffit.

Le contrat de courtage matrimonial peut être écrit ou oral, aucune règle spécifique de forme n'est prévue en matière de courtage matrimonial.

⁶⁸⁴ Arrêt *Aprofim* précité.

⁶⁸⁵ Depuis les arrêts : Civ. 1^{re}, 3 juil. 1996 : D. 1997 jurispr. p. 500 note Ph. Régnier, Defrénois 1996 art. 36381 p. 1015 note Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996 p. 903 obs. J. Mestre ; JCP G 1997, I, 4015 n°4 et s ; Com. 22 oct. 1996, *Chronopost* : Defrénois 1997 p. 416 obs. D. Mazeaud ; D. 1997, jurispr. p. 121 note A. Sériaux ; JCP G 1997, I, 4002 n°1 obs. M. Fabre-Magnan ; JCP G 1997, I, 4025 n°17 obs. G. Viney ; JCP G 1997, II, 22881 note D. Cohen, Contrats, con., conso. 1997 n°24 obs. L. Leveneur ; Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998 : RTD civ. 1999, p. 383, obs. J. Mestre.

Selon les règles de droit commun : « le contrat peut être oral, écrit, ou avoir une autre forme », sauf « lorsque la loi ou les parties ont conditionné la validité du contrat par une certaine formalité »⁶⁸⁶. Ce qui ici n'est pas le cas.

En sus de cette liberté contractuelle de forme, les parties disposent aussi d'une grande liberté quant à leurs rapports économiques.

b- La liberté contractuelle dans l'économie du contrat

Le Code des Contrats israélien définit les conditions de fond des contrats de droit commun qui s'appliquent au contrat de courtage matrimonial. Ces règles consistent en : une garantie de la liberté contractuelle (1), une application des usages en cas de besoin (2), la possibilité de définir des conditions suspensives (3), la nécessité de la détermination de la date (4), l'obligation de paiement de la prestation (5) et la détermination contractuelle ou automatique du lieu d'exécution (6).

1) *Une liberté de contenu*

Les parties sont libres de définir le contenu du contrat tel qu'elles l'entendent. « Le contenu du contrat peut être celui que les parties auront choisi »⁶⁸⁷.

C'est le principe de la liberté contractuelle, comme celui défini par l'article 1134 du Code civil en droit français. Les parties définissent les règles qui vont régir leur relation contractuelle.

Le contrat de courtage matrimonial, en tant que contrat de droit commun, se voit appliquer ce principe dans la limite des règles d'ordre public.

L'article 25 du Code des contrats ajoute que lorsqu'un cas n'est pas prévu par le contrat, il sera interprété « en fonction de l'intention des parties », si des éléments du contrat le permettent, « et à défaut en fonction des circonstances ».

Dans ce sens, le juge israélien mettra tout en œuvre pour garantir l'exécution du contrat.

⁶⁸⁶ Art. 23 du Code des contrats de 1973.

⁶⁸⁷ Art. 24 du Code des contrats de 1973.

2) *Un contrat complété selon les usages*

Parfois, le contrat omet un cas qui pourrait se présenter ou une information, dans ce cas le droit israélien prévoit de pallier au manque du contrat à l'aide des usages pour le même type de contrat. Ainsi, le complément d'information non prévue par le contrat de courtage matrimonial est possible en fonction des usages en la matière.

« Les points non prévus par le contrat () seront complétés conformément à l'usage fait dans ce même type de contrats ou en fonction de l'usage que voudraient en faire les parties »⁶⁸⁸.

3) *Une condition suspensive possible*

Le droit israélien admet la possibilité d'établir des contrats à condition(s) suspensive(s). En effet, un contrat peut « dépendre de l'exécution d'une condition suspensive » ou prendre fin lors de « la réalisation d'une condition »⁶⁸⁹.

Ainsi, le contrat de courtage matrimonial peut faire dépendre son exécution d'un évènement ou du consentement d'une personne physique ou morale car la réception du consentement ou de l'autorisation est présumée être une condition suspensive.⁶⁹⁰

Ce type d'obligation conditionnelle, qui dépend d'un évènement futur et incertain, permet donc aux parties d'anticiper sur l'avenir en se prémunissant contre les aléas. La réalisation de l'évènement entraîne la naissance de l'obligation et sa non réalisation entraîne la caducité du contrat.

Cependant, les obligations conditionnelles ne sont valables que si l'évènement envisagé n'a pas un caractère illicite, impossible ou immoral. Et surtout que leur exécution ne dépende pas uniquement de la volonté d'une seule des deux parties, car dans ce cas le contrat est déséquilibré.

Sauf exception, comme en droit français, le droit israélien n'admet pas les conditions purement potestatives.

⁶⁸⁸ Art. 26 Code des contrats.

⁶⁸⁹ Art. 27, al. 1, Code des contrats.

⁶⁹⁰ Art. 27, al. 2, Code des contrats.

4) *Une date déterminée ou déterminable*

Tout contrat doit clairement déterminer la date d'exécution de l'obligation. Ainsi, la date doit être déterminée ou déterminable. « Lorsque le contrat ne prévoit pas la date d'exécution, il faut prévoir une exécution dans un laps de temps raisonnable après la conclusion du contrat à une date souhaitée par l'autre partie à l'avance »⁶⁹¹.

Le contrat de courtage matrimonial doit donc clairement définir une date précise ou déterminable pour l'exécution de l'obligation du client, mais aussi pour celle du courtier. Pour ce dernier, généralement une période précise avec une date butoir est déterminée.

5) *Une obligation de paiement*

Comme en droit rabbinique, le droit israélien exige que le courtier soit rémunéré pour sa prestation. Cependant, la détermination du prix n'est pas obligatoire. Ce qui a conduit le législateur israélien à pallier à l'absence d'un prix déterminé. En effet, lorsque les parties n'ont pas convenu de la somme pour le paiement d'une prestation, elle « sera fixée en fonction de la somme qui aurait dû être due par rapport aux circonstances lors de la conclusion du contrat »⁶⁹². Le prix est donc déduit du contrat et des circonstances.

Cette règle permet de répondre à l'obligation de paiement incombant au client, même en cas de contrat incomplet.

Le courtier bénéficie ainsi d'une garantie de paiement.

Contrairement au droit rabbinique, mais comme en droit français, les contrats de courtage matrimoniaux israéliens doivent effectivement prévoir un prix pour la rémunération du courtier.

Que ce soit dans l'intérêt du courtier matrimonial, mais aussi dans celui du client, une clause déterminant le prix est prévue. Sa présence garantit les deux parties : le

⁶⁹¹ Art. 41, Code des contrats.

⁶⁹² Art. 46, Code des contrats.

courtier, qu'il sera payé le prix prévu, et le client, qu'il ne paiera pas davantage que ce qui a été convenu.

Le contrat de 2010 stipule, en effet, dans son article 3 que : « Le client devra payer au cabinet la somme de _____ Nis au moment de l'inscription et si la présentation/rencontre aboutie sur un mariage du candidat/e, ce dernier devra verser la somme de 5.500 Nis, plus la TVA, après le mariage. De même, si les candidats aménagent en concubinage, dans un délai de trois mois à partir du jour de leur rencontre, ils devront payer la somme de 5.500 Nis, plus TVA »⁶⁹³.

De même, par l'article 5 du contrat de 1958, le client s'engage à payer le prix convenu : « Je m'engage, sans contestation ou rupture du contrat, lorsque j'épouserai le ou la candidat(e) que je rencontrerai, via votre cabinet, et conformément aux cas détaillés dans les articles 3 et 4 susmentionnés, de vous payer la somme de 190 LI au titre des honoraires du courtage matrimonial, au moment où vous me les réclamerez »⁶⁹⁴.

Comme en droit français et droit rabbinique, le client du courtier matrimonial israélien a pour obligation de payer ce dernier pour sa prestation de service. En revanche, contrairement au droit rabbinique et comme en droit français, le droit israélien ne prévoit pas une rémunération spécifique ou un ordre de prix. C'est, comme dit précédemment, au contrat de fixer un prix qui, à la différence de l'exigence du droit français à ce sujet, n'a pas à être raisonnable.

De même, comme en droit français et contrairement au droit rabbinique, ce prix fixé doit être payé que le courtier aboutisse au résultat ou pas. Ainsi, le cabinet *Yahad* impose cette obligation au client, dans son contrat de 2010, en émettant la condition suivante : « le Client est informé, dès la signature du contrat, de son obligation de payer au cabinet *Yahad* toutes les sommes susvisées qui ne seront restituées dans aucun cas. Le client s'engage, par ailleurs, à payer l'échelonnement des sommes au cas où il/elle déciderait d'interrompre le contrat avec le cabinet »⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Art. 3 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3 .

⁶⁹⁴ Art. 8 du contrat de courtage matrimonial de 1958, annexe n° 2,.

⁶⁹⁵ Art. 10 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3.

Cette obligation constitue donc une garantie pour le courtier matrimonial d'être payé la somme convenue dans le contrat. Cependant, elle permet aussi au client d'être garanti que le courtier exécutera au mieux sa mission sans être inquiété pour sa rémunération.

Pour sa part, le droit français prévoit aussi une obligation de paiement pour le client, mais la spécificité du contrat de courtage matrimonial, en matière de prix, est de mettre à la charge du courtier une obligation de faire payer le juste prix.

Contrairement aux droit rabbinique et français, la notion de « prix raisonnable » ou « juste » n'existe pas en droit israélien, car c'est, comme nous le savons, le principe de la liberté contractuelle des parties qui s'applique en matière de courtage matrimonial. Ce qui explique aussi que le courtier matrimonial n'est pas investi de l'obligation de faire payer le juste prix à son client. Et, selon la jurisprudence, les parties au contrat sont libres de choisir le prix.

Bien que le président de la Cour de justice israélienne, BARAK, rappelle l'obligation pour chaque partie de se comporter de manière civilisée, la notion de prix raisonnable n'est pas imposée. Selon ce dernier : « La loi n'exige pas que les parties au contrat se comportent comme des anges l'une envers l'autre, mais la loi exige qu'elles ne se comportent pas comme des loups. La loi exige qu'elles se comportent en êtres humains »⁶⁹⁶.

Dans ce sens, lors de l'arrêt *Ganz v Kats*, la Haute Cour de Justice penche pour la prééminence de la liberté contractuelle. Dans cet arrêt, elle s'est implicitement posée la question du prix raisonnable et bien que les avis des juges aient été partagés, elle a décidé que le principe de la liberté contractuelle et la non intervention du droit primaient.

Selon le Juge LEVIN : « le Tribunal ne peut pas se faire administrateur légal (tuteur) des parties et décider à leur place que les conditions du contrat ne sont pas raisonnables ». Ainsi, « le droit des contrats doit garantir la liberté des parties lors de la conclusion du contrat, alors que le fait d'apprécier si les conditions du contrat sont raisonnables relève de la seule appréciation des parties »⁶⁹⁷. Le seul fait qu'il

⁶⁹⁶ Arrêt *Beit Youlis v Raviv moshe* 22/82 JP 43(1) P.441

⁶⁹⁷ Arrêt *Lopaz v Shoshani* 865/76. JP 31 (3) P. 751 Arrêt *Tokan v Alanshabi* 380/88 JP 45(5) P. 410

existe une lésion (même majeure), entre ce qui a été donné et ce qui a été reçu, n'affecte pas la validité du contrat, car la loi de la contrepartie raisonnable n'a pas été adoptée dans le système israélien⁶⁹⁸.

Pour sa part, le juge de la minorité dans cet arrêt se distingue de cette conception en soutenant que le principe de contracter raisonnablement oblige à conclure un contrat qui ne lèse aucune partie. En effet, selon lui, « le fait de ne pas se comporter de façon raisonnable révèle l'absence de bonne foi dans les négociations précontractuelles »⁶⁹⁹. Cette position reflète celle de plus en plus de doctrine contemporaine israélienne sur la question⁷⁰⁰.

Le président de la Cour n'a pas rejeté cet argument, mais a écarté son application pour le cas d'espèce. Bien qu'il admette que ; « la somme de 100.000\$ en tant que honoraires de courtier » est très élevée, il justifie sa décision en soulevant le fait que ce n'est pas au juge d'évaluer si un salaire est exorbitant ou pas. « La réponse dépend des composantes de la question, car une femme n'est pas une marchandise qui est vendue au commerçant au prix du marché et la rémunération du courtier matrimonial n'est pas la même que celle perçue en cas de courtage immobilier calculé en fonction du pourcentage du prix de vente. Les honoraires du courtier matrimonial dépendent donc, pour la plupart, des parties en cause et des circonstances d'espèce. Par conséquent, il serait injuste que le salaire demandé par un courtier professionnel qui réussit à marier un couple soit inférieur à celui d'un avocat qui réussit le divorce de ce couple »⁷⁰¹.

Ce différend englobe des questions de principe fondamentales sur le droit des contrats : les lois contractuelles doivent-elles se plier pour garantir la liberté contractuelle des parties ou doivent-elles inciter les parties à contracter de façon raisonnable et équitable ?

En droit israélien, le courtier matrimonial a, comme en droit français, l'obligation de permettre le rapprochement de deux individus en vue d'un mariage, mais contrairement aux droits français et rabbinique, il n'a nullement l'obligation de faire

⁶⁹⁸ FRIDMAN (D) ET COHEN (N) : *Contrats* Tel-Aviv. 1990. P. 22

⁶⁹⁹ Arrêt Ganz v Kats précité. P. 766

⁷⁰⁰ PORAT (B), « L'obligation de contracter a prix raisonnable », *Rev. Iyunei Mishpat*, vol, 25, 2000, P. 189-220

⁷⁰¹ Ibid.

payer le juste prix à son client. En effet, les contrats matrimoniaux de 2010 et 1958 abordent bien cette première obligation, mais n'évoquent jamais l'obligation de faire payer le juste prix.

Le président de la Cour réaffirme, par ailleurs, par le biais d'autres affaires, le principe de la liberté contractuelle. Il précise effectivement que « le droit des contrats doit garantir la liberté des parties lors de la conclusion du contrat, alors que le fait d'apprécier si les conditions du contrat sont raisonnables relève de la seule appréciation des parties »⁷⁰². Le seul fait qu'il existe une lésion (même majeure), n'affecte donc pas la validité du contrat, car la loi de la contrepartie raisonnable n'existe pas dans le système israélien⁷⁰³.

Le courtier n'est donc tenu à aucune restriction et, en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties n'ont aucune limite quant à la détermination du prix.

Dans l'arrêt Ganz, le client a tenté de contourner la liberté contractuelle, qui était ici celle de décider librement du prix du contrat, en soulevant deux motifs : celui de l'absence de consentement et celui de la contrainte morale prévue par l'article 18 du Code des contrats de 1973. Cependant, le Président de la Cour a écarté ces deux motifs en soutenant qu'il n'y avait ni absence de consentement ni contrainte morale en l'espèce, car, qu'il soit très élevé ou très bas, si elles s'engagent en toute conscience, les parties sont libres de le faire. Elles ne peuvent invoquer l'absence de consentement ou la contrainte morale si elles n'en apportent pas la preuve.

Le client, dans l'affaire Ganz, justifiait son premier motif (absence de consentement) par le fait « que sa volonté de contracter n'a pas été prouvée et que le fait qu'il ait signé le contrat ne suffit pas à le valider »⁷⁰⁴

La signature du contrat de courtage par le client laisse, en effet, présumer son consentement subjectif. Le client n'a pas, par ailleurs, renversé cette présomption afin de démontrer l'absence de son consentement. Le fait que le prix soit très élevé « ne suffit pas à prouver l'absence de consentement et le manque de sérieux du

⁷⁰² Arrêt Lopaz v Shoshani 18.9.1977 865/76. JP 31 (3) P. 751 Arrêt Tokan v Alanshabi 17.10.1991, 380/88 JP 45(5) P. 410

⁷⁰³ FREIDMAN D., COHEN N. : « Le droit des Contrats », éd. Université Hébraïque. Ed. Aviram. vol 1, 1991, p. 368-369.

⁷⁰⁴ Arrêt Ganz v Kats précité. P. 766.

demandeur »⁷⁰⁵. Sans preuve de perte de discernement, il est impossible d'admettre l'absence de consentement, car la volonté urgente du demandeur de trouver l'ame s'ur ne signifie pas qu'il y avait absence de volonté de contracter. Dans l'affaire Ganz, le client déduisait du second motif (contrainte morale) que le contrat pouvait être annulé, car les trois conditions cumulatives exigées par l'article 18 (état de détresse et/ou faiblesse d'une partie, le fait que le cocontractant en tire profit et des conditions irrégulières ou pas raisonnables par rapport au type de contrat) étaient réunies. Toutefois, le fait de profiter d'un état de stress, qui n'atteint pas un état de détresse, ne constitue pas une contrainte morale au sens ou l'entend l'article 18 du Code des contrats. Cela ne peut pas non plus constituer une absence de bonne foi au sens de l'article 12 dudit code. En effet, celui qui accepte de se lier par contrat, parce qu'on a tiré profit de son état, donne un consentement éclairé⁷⁰⁶. Ce qui est conforme aux critères de validités de droit commun valable pour tous les contrats qui prévoit aussi les règles d'attribution territoriale de compétence.

6) *Une détermination contractuelle ou automatique du lieu d'exécution*

Le lieu de l'exécution de l'obligation doit être déterminé. Si les parties ne l'établissent pas clairement dans le contrat, le législateur israélien a également prévu une règle palliant cet oubli automatiquement.

Ainsi, « lorsque le lieu de l'exécution de l'engagement n'a pas été déterminé à l'avance, la résidence de travail de la personne sera l'endroit désigné ou, à défaut, le lieu de son habitation »⁷⁰⁷.

En matière de courtage matrimonial, si le lieu n'est pas prévu, ce sera le lieu de travail ou de l'habitation du client.

⁷⁰⁵ Arrêt Ganz v Kats précité. P. 766.

⁷⁰⁶ RAKOVER (N), "Article 18 du Code des contrats", Cours de droit, Jérusalem 2003 : www.mishpativri.org.il

⁷⁰⁷ Art. 44, Code des contrats.

2. Le principe de bonne foi

Dans tout contrat les parties ont des obligations réciproques. Et bien que le courtage matrimonial soit un contrat de droit commun, il n'en reste pas moins que des obligations existent. Tant le courtier (a) que le client (b) doivent faire preuve de bonne foi dans la réalisation de ces obligations. Elles ont la particularité de répondre à des exigences de morale composant avec la liberté contractuelle, notion essentielle en droit israélien.

a- La bonne foi du courtier

Comme nous l'avons vu, pour tout contrat de prestation de service ou de commerce, le droit israélien exige la détermination du prix.

En sus de cette obligation, le droit israélien a, comme en droit français, une conception selon laquelle les obligations propres à la profession de courtier matrimonial sont des obligations de moyens. Pour le droit israélien, il s'agit, plus exactement, d'une obligation d'information et de renseignements, tant pour le courtier que pour le client, mais aussi de confidentialité pour le courtier.

Contrairement aux droits rabbinique et français, rien n'est précisé sur la question de l'obligation pour le courtier de trouver l'époux (se) ou de permettre un rapprochement, sans doute en vertu du principe de la liberté contractuelle.

Les deux contrats de courtage matrimonial, annexés à cette thèse, ont été très difficiles à obtenir, en raison de la méfiance des agences matrimoniales. L'un date de 1958 (à l'annexe n° 2) et l'autre de 2010 (à l'annexe n° 3). Ils ont été rédigés par deux agences matrimoniales de grande renommée⁷⁰⁸ et permettent de déterminer les obligations et droits de chacune des parties.

En 1958, l'obligation du cabinet matrimonial était dans ce contrat, comme en droit rabbinique et contrairement au droit français, une obligation de résultat. En effet, l'article 6 du contrat stipulait : « je suis informé que votre cabinet s'engage à faire durer le contrat jusqu'à obtention du résultat et que le nombre des rendez-vous est

⁷⁰⁸ Le contrat de 1958, est extrait d'une jurisprudence en date de 1960 *Alsparna v Ploni* pour le cabinet *NEEMAN* un des premiers cabinets matrimoniaux en Israël, et le deuxième contrat provient de *YAHAD* Agence Matrimoniale de qualité ; « services de rencontres, conseil et coaching en vue du mariage ». Ville Ramat Gan ; le contrat de 2010,

illimité ». Le cabinet semble donc s'engager à poursuivre sa prestation jusqu'à obtention du résultat.

On peut donc supposer que, dans les années 60, la plupart des contrats de courtage matrimonial faisaient peser sur le courtier une obligation de résultat, mais cela ne constitue en rien la règle générale puisque seul le contrat, non encadré spécifiquement par la loi, délimitait les droits et obligations de chacun librement. Il semble que les usages, plus influencés à l'époque par le droit rabbinique, penchaient vers une obligation de résultat.

S'agissant du XXI^e siècle, le contrat de 2010 nous révèle un changement de cap. Le contrat semble, en effet, se diriger vers une obligation de moyens. Selon son article 2 : « le cabinet s'engage, en fonction de son appréciation, de suggérer au/a la candidat(e) des candidats (tes) libres en vue du mariage en lui transmettant son nom et numéro de téléphone. Le contrat est a durée déterminée d'un an à partir de la date de sa signature ». On ne peut donc qu'en déduire qu'il s'agit d'une obligation de moyens car le cabinet de courtage matrimonial s'engage à employer ses meilleurs efforts afin d'atteindre l'objectif dans un temps limité.

Par ailleurs, l'article 1^{er} de ce même contrat ajoute une obligation d'information et de conseil à la charge de l'agence matrimoniale. Il stipule que le cabinet s'engage à ce que : « Le client recevra des services de conseil et d'information en vue du mariage durant une période d'un an conformément aux conditions du présent contrat ». Ce qui veut dire que, comme en droit rabbinique mais aussi en droit français, le cabinet de courtage israélien a l'obligation de renseigner son client sur la prestation de service et son déroulement. Cependant, cette obligation est limitée. Selon l'article 9 dudit contrat : « les informations données par les candidats, qui seront transmises à d'autres, relèvent de la responsabilité des candidats qui les ont communiquées : Par la présente, le/la client (e) abandonne toute action en justice contre le cabinet relative aux informations du/de la candidat/e et dans la mesure où elles s'avèrent être inexactes et/ou fausses et/ou tout autre événement causé suite à l'inexécution du contrat par le/la client/e ». Ce qui veut dire que le cabinet matrimonial israélien n'a pas d'obligation de vérification et ce contrairement au droit français qui impose, dans la mesure du possible, au courtier matrimonial de

« vérifier tous les renseignements qu'il donne, tels que la qualité de la personne, son état civil, son âge etc. »⁷⁰⁹.

Les conditions du contrat de courtage matrimonial rédigé par une agence matrimoniale israélienne sur le net www.date.co.il⁷¹⁰ vont dans ce sens : L'agence se réserve le droit de publier les informations personnelles fournies par le candidat et la clause relative à la responsabilité de l'agence stipule qu'elle ne garantit pas l'authenticité de l'information donnée par les autres candidats, ni la sécurité de ces informations personnelles. Elle déclare ainsi ne pas être responsable du contenu, de la qualité ou de tout autre aspect de l'information fournie par les candidats du site de rencontre. Elle ajoute, par ailleurs, qu'elle n'est pas responsable des résultats susceptibles d'arriver par l'utilisation des services du site, ni de l'authenticité des données publiées ni de l'utilisation, à mauvais escient, qui risque d'être faite de ces informations. Enfin, l'agence déclare ne pas s'engager à vérifier ni à contrôler le contenu et la véracité des données personnelles. Elle ne s'engage pas à un résultat suite aux annonces faites par les adhérents ni aux réponses éventuelles.

Les agences matrimoniales israéliennes semblent donc aujourd'hui, contrairement au droit rabbinique et comme en droit français, n'avoir qu'une obligation de moyen, qui consiste à présenter les candidats au mariage entre eux. Comme en droit rabbinique et français, cette obligation est accompagnée d'une obligation spécifique d'information qui, contrairement au droit français, est, comme nous le verrons ultérieurement, limitée.

Le droit israélien semble donc bien plus indulgent avec les courtiers matrimoniaux que les droits rabbinique et français, faute de réglementation propre à cette profession qui est libre de déterminer ses obligations et droits.

Au même titre que ses confrères français et rabbinique, le courtier matrimonial israélien est tenu à plusieurs obligations destinées à garantir une protection du client. Néanmoins, le droit israélien responsabilise davantage le client qui est également tenu à des obligations destinées à lui garantir la bonne exécution des

⁷⁰⁹ TI Douai, 7 juillet 1982 précité. Cass. civ. 1^{er}, 13 avril 1999 Op. cit.

⁷¹⁰ www.date.co.il

obligations du courtier lui-même. Ainsi, l'obligation d'information et de renseignement est partagée avec le client. En échange de quoi, le courtier doit respecter une certaine confidentialité.

L'obligation d'information et de renseignement incombe au courtier matrimonial, mais aussi au client.

Le courtier matrimonial a en droit israélien, de la même manière qu'en droit français et en droit rabbinique, l'obligation de permettre le rapprochement de deux individus en vue d'un mariage. Il doit informer et renseigner le client dans cette optique. En effet, les contrats matrimoniaux de 2010 et 1958 abordent bien cette première obligation, mais n'évoquent jamais l'obligation de faire payer le juste prix.

Les articles 1 et 2 du contrat version 2010 stipulent que :

- « Le client recevra des conseils et informations en vue du mariage, durant une période d'un an, conformément aux conditions du présent contrat »⁷¹¹.
- « le cabinet s'engage, en fonction de son appréciation, de suggérer au/à le ou la candidat(e) des candidats (es) libres en vue du mariage, en lui transmettant son nom et numéro de téléphone. Le contrat est a durée déterminée d'un an à partir de la date de sa signature »⁷¹².

L'article 2 du contrat de 1958, pour sa part, stipule : « Je suis informé que l'objectif de votre cabinet est uniquement le courtage matrimonial, et non des relations illégitimes. Je m'engage dès lors à ne pas habiter avec le ou la candidat(e) sans le mariage et à me comporter de façon honorable avec lui/elle que je rencontrais via votre cabinet »⁷¹³.

Le client du courtier matrimonial, pour sa part, s'engage notamment à informer régulièrement le cabinet des résultats des rencontres provoquées, mais aussi à lui donner des renseignements et informations exactes afin de lui permettre d'exécuter sa mission. En effet, selon l'article 4 du contrat de 2010 : « Au moment de l'inscription, le/la client(e) devra transmettre au cabinet des informations

⁷¹¹ Art. 1 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3.

⁷¹² Art. 2 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3.

⁷¹³ Art. 2 du contrat de courtage matrimonial de 1958, annexe n° 2.

exactes concernant son/sa situation familiale, ses activités, intérêts personnels, et critères recherchés chez le partenaire souhaité ainsi qu'une photo »⁷¹⁴.

Cette obligation incombant au client permet au courtier d'exécuter lui-même ses obligations et de garantir aux clients la bonne exécution de ces obligations.

Le domaine du courtage matrimonial touchant à l'intimité de la personne, il est justifié que le courtier matrimonial soit tenu de garder le secret des confidences qu'il reçoit dans le cadre de sa mission. Le client lui confie des informations personnelles, parfois intimes, et, pour pouvoir le faire en toute confiance, il doit bénéficier d'une garantie lui assurant que ces informations ne seront pas dévoilées. L'obligation de confidentialité lui incombe donc, comme en droit français, afin de protéger le client.

Dans ce sens, le cabinet Yahad s'engage, par l'article 5 du contrat de 2010, à respecter cette obligation: « Le cabinet s'engage à préserver avec discrétion les informations du/de la client(e) et de ne les utiliser que dans le cadre de l'activité du cabinet jusqu'à ce que le candidat atteste par écrit qu'il souhaite y mettre fin »⁷¹⁵.

Bien que la profession s'astreigne à ce type de confidentialité, rien dans le texte français de 1989 n'oblige la profession de courtier matrimonial à préserver la confidentialité des informations recueillies sur le client. Néanmoins, bien que la confidentialité soit un principe éthique associé aux professions et que la loi de 1989 ne réglemente pas la profession de courtier matrimonial elle-même, elle est défendue par l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Cette dernière la définit comme « le fait de s'assurer que l'information n'est seulement accessible qu'à ceux dont l'accès est autorisé ». C'est donc une des pierres angulaires de la sécurité de l'information et la plupart des professions amenées à recueillir des informations s'y assujettant spontanément afin de fidéliser la clientèle et bénéficier d'une bonne réputation. Cependant, en France, la Loi du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, oblige à la confidentialité. Ainsi, le droit français se limite

⁷¹⁴ Art. 4 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3.

⁷¹⁵ Art. 5 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3.

à prévoir l'obligation d'information et de conseil du courtier matrimonial qui est obligé, du fait d'une loi de droit commun, et se trouve tacitement à une obligation de confidentialité.

A ces obligations, conformes aux valeurs morales, qui incombent au courtier matrimonial, certaines obligations, répondant aussi aux exigences morales, incombent au client. Ce que le droit israélien défend au titre de la réciprocité contractuelle.

b- La bonne foi du client

Selon les contrats de courtage matrimonial israéliens, le client du courtier matrimonial a pour obligation d'être loyal et d'avoir un comportement conforme aux bonnes mœurs. Le droit israélien insiste donc davantage sur une certaine réciprocité entre les obligations des contractants. Ceci, néanmoins, dans le but d'assurer une meilleure protection du client du courtier. En respectant cette obligation, ce dernier aura la certitude de rencontrer des personnes loyales, respectant les bonnes mœurs, aussi.

En effet, l'article 2 du contrat de 1958 insiste sur l'objectif du cabinet qui est de mettre en relation les personnes en vue d'un mariage et non de relations illégitimes. Il oblige, à ce titre, le client à se comporter de manière honorable : « je m'engage dès lors, à ne pas habiter avec le ou la candidat(e) sans le mariage et de me comporter de façon honorable avec le ou la candidat(e) que je rencontrais via votre cabinet »⁷¹⁶.

De même, l'article 8 du contrat de 2010, insiste aussi sur cette obligation de comportement honorable incombant au client : « le/la client (e) s'engage à se comporter de façon honorable et convenable envers le/la candidat(e) qui lui sera présenté(e) par le cabinet et est informé et consent qu'en défaut d'un tel comportement le contrat sera réputé inexécuté »⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Art. 8 du contrat de courtage matrimonial de 1958, annexe n° 2.

⁷¹⁷ Art. 8 du contrat de courtage matrimonial de 2010, annexe n° 3.

Les trois droits s'accordent, effectivement, sur le fait que le consentement libre et éclairé est le critère essentiel pour qu'un contrat soit considéré comme valable.

Il est, par conséquent, intéressant de constater que, bien que le contrat de courtage matrimonial soit un contrat de droit commun, une tendance à constater le besoin de créer des textes spécifiques, comme en droit français, se fait ressentir.

Le droit rabbinique a solutionné ce problème en admettant quelques spécificités à ce contrat de droit commun, mais le droit israélien est limité à des solutions jurisprudentielles prévoyant quelques spécificités.

Section 2 : Un contrat extraordinaire en droit français

Le contrat de courtage matrimonial est, pour le droit français, un contrat particulier qui fait l'objet d'une réglementation qui lui est propre avec des exigences spécifiques complémentaires au droit commun (Sous section 2), car, comme tous les contrats, il doit respecter ces principes bien qu'ils soient insuffisants pour ce type de contrat (Sous section 1). Ce que les droits rabbinique et israélien admettent également, bien que ce type de contrat reste un contrat de droit commun dans leur législation.

Sous section 1 : Des règles de droit commun insuffisantes

Pour être licite, le contrat de courtage matrimonial doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs conformément à l'article 6 du Code Civil.

Or, comme il s'agit d'un contrat spécial, la question de la licéité de cet acte a longtemps été discutée⁷¹⁸.

Comme pour tout contrat, l'obligation essentielle du contrat de courtage matrimonial constitue le noyau dur et intangible du contrat. Comme l'indique le Professeur JESTAZ: « Ce qui caractérise l'obligation fondamentale, c'est que la

⁷¹⁸ HAUSER (J) « Le courtage matrimonial », Editions du Juris-classeur 2003. Op. cit. p. 6

convention des parties peut en restreindre un peu l'étendue, mais non la priver de tout contenu »⁷¹⁹. Dans ce sens, au regard de l'article 1108 du Code Civil, le critère de validité du contrat n'est juridiquement établi que si le contrat satisfait quatre conditions essentielles : la validité du consentement (1), de la capacité à contracter (2), de l'objet (3) et de la cause (4).

1. Un consentement valable

Élément essentiel de tout contrat, dégagé par la doctrine de l'autonomie de la volonté, le consentement existe lorsque les volontés libres et concordantes de deux ou plusieurs parties se rencontrent. Il suppose la rencontre d'une offre de contracter avec son acceptation par l'autre partie.

Ainsi, les parties au contrat de courtage matrimonial doivent être consentantes et leur consentement doit être éclairé.

Pour produire des effets juridiques, le consentement doit, dans ce sens, être exempt de tout vice.

En effet, l'article 1109 du Code civil énonce « qu'il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Trois vices sont donc susceptibles d'altérer la qualité du consentement et d'entraîner la nullité du contrat.

La signature du contrat de courtage matrimonial ne doit donc être consentie par erreur, sur la qualité substantielle ou sur la personne, à cause d'une tromperie provoquant l'erreur (le dol) ou d'une contrainte physique ou morale (violence).

La jurisprudence a notamment rappelé dans son arrêt de principe de 1944 : le courtage matrimonial est licite « dès lors que l'intermédiaire n'a eu recours à aucune manœuvre frauduleuse pour faire aboutir le mariage et fausser le consentement »⁷²⁰.

Par ailleurs, le consentement ne peut être valable que s'il est donné par une personne capable.

⁷¹⁹ JESTAZ (P), « L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale », Mélanges P. RAYNAUD, 1985, pp. 273 et ss.

⁷²⁰ Req, 27 décembre 1944, S. 1945, 1 32 Gaz.Pal. 1945 1 77, D. 1945, 121.

2. La capacité à contracter

La capacité juridique d'une personne physique est un élément important en droit des contrats. Elle consiste en l'aptitude de cette personne à être titulaire de ses droits et obligations et à les exercer elle-même.

Que ce soit le client ou le courtier matrimonial, ces deux parties au contrat doivent être capables juridiquement. A défaut, le contrat de courtage matrimonial est illicite.

Le contrat de courtage matrimonial, comme tout autre contrat est soumis à cette règle de validité visant à protéger les personnes les plus faibles.

3. L'objet

Il faut distinguer trois types d'objet :

- Celui du contrat, qui consiste en l'opération juridique à réaliser. En l'occurrence ici, il s'agit de courtage matrimonial. Les parties peuvent le varier à l'infini à condition de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs.
- celui de l'obligation, qui est la prestation promise. Il peut s'agir d'une obligation de faire ou de ne pas faire, ou, d'une obligation de donner. En ce qui concerne le courtage matrimonial, il s'agit, pour le courtier, de rechercher des personnes à présenter en vue d'une union stable. Il s'agit donc d'une obligation de faire.
- celui de la prestation, qui est le bien sur lequel porte la prestation. En matière de courtage matrimonial, il s'agit des informations, données, coordonnées des personnes qui ont des profils compatibles.

Selon les articles 1108, 1126 et suivants du Code Civil, l'objet (du contrat et de l'obligation) doit, sous peine de nullité, exister, mais aussi être déterminé et licite.

Le contrat n'est valablement formé que si son objet existe au moment de sa conclusion.

A l'impossible nul n'est tenu. Le contrat de courtage matrimonial ne saurait être valable si son objet ne peut matériellement exister. (Ex : un courtier matrimonial promettant de faire rencontrer une star de cinéma célèbre à son client, dans l'optique d'une union durable).

Cependant, un contrat peut porter sur une chose qui n'existe pas encore, mais qui va exister. L'article 1130 du Code civil, prévoit, effectivement, que le contrat peut porter sur une chose future.

Beaucoup de contrats portent ainsi sur des choses futures, ce qui est le cas du contrat de courtage matrimonial dont l'objet est la rencontre avec plusieurs personnes dans le futur.

Pour que le contrat soit valable, il faut que le contractant sache à quoi il s'engage. C'est pourquoi la détermination de l'objet est une condition essentielle.

Ainsi, les contractants doivent savoir pourquoi ils s'engagent et à quel prix.

Selon l'article 1129 du Code civil, il faut que l'obligation ait pour objet une chose déterminée au moins quant à son espèce.

Autrement dit, les parties doivent pouvoir déterminer la chose ou le service qui forme la matière de l'engagement. À défaut les engagements seront réputés nuls comme ayant un objet inexistant. En revanche, il n'est pas indispensable que la chose ou le service soient déterminés dès la formation du contrat. Ils doivent pouvoir être déterminables, à condition que la détermination ultérieure de l'objet ne dépende plus de la volonté des parties mais de considérations objectives. Ce qui n'est pas le cas des contrats de courtage matrimonial dont l'objet de l'engagement est déjà déterminé, ne serait-ce que par la nature de ce type de contrat : le courtier s'engage à faire rencontrer plusieurs personnes, désireuses d'établir une relation stable, au client qui s'engage à payer la prestation.

Comme vu précédemment, la détermination du prix est une condition de validité du contrat, en ce qui concerne les contrats de courtage matrimonial.

Par ailleurs, selon l'article 1128 du Code Civil, pour être valable, le contrat doit porter sur un objet licite, c'est-à-dire se trouvant dans le commerce juridique.

En pratique, dans notre domaine, c'est la licéité des stipulations contractuelles à travers la théorie des clauses abusives dont il est surtout question. Plus précisément, la législation relative à la protection des consommateurs contre les clauses abusives s'applique ici aux courtiers professionnels.

Le régime spécifique, applicable au contrat de courtage matrimonial sera développé ultérieurement.

Bien que licite l'objet ne peut, par ailleurs, suffire à rendre le contrat valable. Pour cela, la cause doit elle aussi être licite.

4. La cause

Selon l'article 1131 du Code Civil, pour être valable, un engagement doit avoir une cause, c'est-à-dire une raison réelle. « L'obligation sans cause (...) ne peut avoir aucun effet » (article 1108 du Code Civil). Ainsi l'absence de cause ou son illicéité emportent l'anéantissement du contrat.

Il faut distinguer deux types de causes :

- L'objective, qui est « le but immédiat et direct » conduisant « le débiteur à s'engager »⁷²¹. C'est-à-dire la raison pour laquelle toute personne contracte le même type de contrat (Ex : le client d'une agence matrimoniale contracte un contrat de courtage, parce qu'il veut rencontrer des personnes) ;
- la subjective, dite cause du contrat ou motif déterminant. C'est-à-dire, la raison personnelle qui amène la partie à contracter (ex : le client de l'agence matrimoniale contracte un contrat de courtage, car il vient de rompre avec sa compagne et ne peut vivre seul).

Aujourd'hui, la tendance jurisprudentielle va vers une subjectivisation de la cause. Aussi, seule la cause subjective est visée par ces conditions d'existence et de licéité. L'absence de cause et la fausse cause sont des motifs d'annulation du contrat.

La cause s'apprécie au moment de la formation du contrat et c'est, en principe, à celui qui demande la nullité de l'engagement pour défaut de cause d'établir qu'elle n'existe pas (article 1135 du Code Civil).

En effet, le contrat doit présenter un intérêt réel pour celui qui s'oblige et le juge contrôle si l'obligation a un fondement juridique.

Ainsi, le client d'une agence matrimoniale doit avoir un réel intérêt à recevoir la prestation du courtier matrimonial. Il faut qu'il sollicite le courtier afin qu'il lui fasse rencontrer une personne en vue d'établir une union stable. Sa motivation doit être réelle.

La cause de l'obligation doit être licite et conforme aux bonnes mœurs.

⁷²¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz.

Afin de savoir si la cause est ou non licite ou morale, les juges entendent la cause dans son sens subjectif comme étant le mobile déterminant du consentement des parties.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'autre partie ait connaissance du fait que la cause de son cocontractant est illicite pour que le contrat soit nul.

Dans ce sens, la Cour de cassation a annulé un contrat pour cause illicite ou immorale alors que le motif (illicite) qui avait déterminé l'une des parties à conclure ce contrat n'était pas connu de l'autre partie⁷²².

Depuis cet arrêt, la cause illicite ou immorale ne doit donc pas nécessairement être connue des deux parties pour que l'action en nullité soit mise en œuvre⁷²³.

Par conséquent, la cause de la convention de courtage n'est licite que si l'agence matrimoniale exerce une activité qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs et si les motifs de l'adhérent ne sont, eux-mêmes, pas illicites ou immoraux.

Ainsi, selon la jurisprudence, un contrat de courtage matrimonial repose sur une cause illicite, lorsqu'il est conclu par un client encore engagé dans les liens du mariage⁷²⁴.

Selon la Cour d'appel de Paris : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend »⁷²⁵.

« Ce qui est susceptible d'engendrer la nullité de la convention, c'est la présence d'une condition dont la réalisation est impossible. Tant que l'adhérent est marié, il ne peut s'engager valablement à conclure un autre mariage ou une autre union durable »⁷²⁶.

Reste à savoir ce qu'on entend par une union durable?

Le mariage certainement, mais qu'en est-il du PACS et du concubinage ? Comment vérifier si une personne est en concubinage ou est pacsée ?

⁷²² Cass. civ., 7 oct. 1998 : D. 1998, jurispr. p. 563, concl. Sainte-Rose ; JCP 1998, II, 10202, note Malville.

⁷²³ V. not. Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1989 : *Bull. civ. I*, n°292.

⁷²⁴ Dijon, 22 mars 1996 : JCP G 1997, II, n° 22774, obs. DOUCHY (M), RTD civ. 1996, p. 880, obs. HAUSER (J); Paris, 1^{ier} déc. 1999 : RTD civ. 2000, p. 296, obs. HAUSER (J).

⁷²⁵ Paris, 1^{ier} déc. 1999 : RTD civ. 2000, p. 296, obs. HAUSER (J).

⁷²⁶ HAUSER (J), observation sur : Paris, 1^{ier} déc. 1999 : RTD civ. 2000, p. 296.

Cette problématique met les agences matrimoniales dans une situation délicate quant à leur devoir de vérification (sujet développé ultérieurement).

Bien que le devoir de fidélité ne soit plus, aujourd'hui, considéré comme une obligation d'ordre public⁷²⁷, le fait d'être déjà engagé rend donc impossible la souscription à un contrat de courtage matrimonial.

Par ailleurs, certains contrats de courtage matrimonial peuvent tomber sous le coup de l'article 4 §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, interdisant l'esclavage et la servitude des êtres humains.

Définie comme « Un état de dépendance complète de quelqu'un envers quelqu'un d'autre »⁷²⁸ par la doctrine, la notion de servitude est, selon la Commission européenne des droits de l'Homme, « L'obligation de vivre et de travailler sur la propriété d'autrui tout en lui fournissant certains services, rémunérés ou pas, étant entendu que le changement de condition est impossible »⁷²⁹.

Les motivations des auteurs de ses atteintes, effectuées par l'intermédiaire d'un contrat de courtage matrimonial, sont donc, à l'évidence, des causes illicites, mais plus que ça encore. La simple annulation du contrat ne constitue pas une sanction à la hauteur de ce type d'acte.

Bien que les textes nationaux et internationaux le sanctionnent, la création d'une infraction pénale spécifique au courtage matrimonial découragerait sans doute plus efficacement.

« La moralisation du courtage matrimonial (), nécessiterait désormais de développer une autre branche et peut-être la création d'infractions pénales spécifiques. En réalité, le contrôle de certaines officines, souvent virtuelles, se situerait alors dans le cadre du pur et simple trafic d'être humains »⁷³⁰.

⁷²⁷ Cass, 1^{re} civ, 3 fév. 1999 : D. 1999, somm. p. 307, obs. GRIMMALDI (M), p. 377 : N'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité consentie afin de garder une relation adultérine ; Cass., Ass. Plé., 29 oct. 2004 : LPA, 7 juin 2005, n° 112, jsp. MIKALEF-TOUDIC (V) ; Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004 : Gaz. Pal., 2 déc. 2004, n° 337, p. 11.

⁷²⁸ RENUCCI (J-F) « Introduction générale à la Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis et mécanismes de protection », éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 20.

⁷²⁹ Comm. eur. DH, 5 juill. 1979, *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, DR 17/59.

⁷³⁰ HAUSER (J) « Courtage matrimonial », Juris-classeur, 2, 2003. Fasc. 30, p. 223 et s

Bien que conforme aux règles de droit commun, le courtage matrimonial est un contrat particulier pour lequel le droit français a dû définir des règles spéciales répondant aux besoins des cocontractants.

Sous section 2: Des règles dérogatoires nécessaires

S'agissant du droit français, des règles spécifiques au courtage matrimonial ont été déterminées par la loi du 23 juin 1989, relative à l'information et la protection des consommateurs ainsi qu'à divers pratiques commerciales⁷³¹.

Inspiré par la recommandation de la commission des clauses abusives⁷³² créée à cet effet, ce texte présente trois volets essentiels : le contrat de courtage matrimonial, dont il prévoit les mentions obligatoires (1), les petites annonces et la publicité (2), les obligations qui en découlent (3), puis la mise en place de sanctions (4).

1. Des mentions obligatoires strictement encadrées

En plus de définir le contrat de courtage matrimonial, le texte de 1989 précise ses conditions de forme (a), aux fins d'informations au consommateur, et ses conditions de fond (b).

a- Les conditions de forme

La loi de 1989 règlemente les contrats de courtage matrimonial tant pour la forme que pour le fond.

S'agissant de la forme, selon le premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 6 de la loi, ces contrats doivent :

- Etre écrits ;
- Rédigés en caractères lisibles ;
- Etre remis au consommateur en un exemplaire original.

⁷³¹ Loi 23 juin 1989 : JO 29 juin 1989 ; JCP G 1989, III, 62881.

⁷³² Recommandation de la Commission des clauses abusives concernant les contrats proposés par les cabinets matrimoniaux, du 15 mai 1987. B. O. C. C. R. F, 1987, n 20, p. 233.

« Conformément au formalisme habituellement requis en droit de la consommation, le législateur impose en matière d'entremise matrimoniale l'exigence d'un écrit dont la forme et le contenu sont réglementés pour protéger le contractant le plus faible, le consommateur »⁷³³.

Comme le contrat de mariage, le contrat de courtage matrimonial doit être solennel.

En effet, sa formation nécessite un accord de volontés et doit être constatée dans un acte écrit, sous peine de nullité.

A la différence du contrat de mariage, le contrat de courtage matrimonial n'est pas un contrat solennel notarié. Il n'est pas nécessaire qu'il soit authentifié par un officier public, il est signé entre les deux parties seulement : sous seing privé. C'est un contrat solennel simple.

En revanche, ce contrat est devenu un contrat type, un contrat d'adhésion, c'est-à-dire un contrat dont le contenu n'est pas discuté par les parties (surtout par le client), mais imposé par un contractant puissant (le courtier matrimonial).

Les stipulations contractuelles sont non négociables, ce qui explique l'intervention du législateur pour protéger le client.

Le client doit pouvoir lire facilement le contrat afin de comprendre ce à quoi il s'engage.

La loi exige que la convention soit d'une grande clarté pour permettre un consentement éclairé du consommateur de sorte à ce qu'il puisse réfléchir sur son engagement et, le cas échéant, comparer avec d'autres agences matrimoniales⁷³⁴.

Comme pour tout contrat synallagmatique, la loi exige qu'un exemplaire original du contrat soit remis au client consommateur, lors de la conclusion du contrat⁷³⁵.

⁷³³ HIEDSIECK (G), Op. cit p. 11

⁷³⁴ HIEDSIECK (G) Op. cit-11

⁷³⁵ Selon l'article 1325 du Code Civil : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc..., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès ».

En général, la preuve de la remise résulte de la signature du client sous une formule par laquelle il reconnaît avoir reçu un exemplaire du contrat.

A la différence du contrat de cautionnement, la loi n'imposant pas que cette formule soit manuscrite, la jurisprudence considère que la signature au bas d'une mention imprimée suffit⁷³⁶.

La jurisprudence ne peut pas se permettre d'en faire autrement, car cela conduirait à la remise en cause de la sécurité juridique de tous les contrats où la signature est apposée au-dessous de mention pré-imprimée.

Bien que les consommateurs signent souvent « sans avoir lu des formules auxquelles, la plupart du temps, ils ne comprennent pas grand-chose () il faut bien, même dans le monde des affaires, « faire confiance » »⁷³⁷.

D'autre part, cette obligation de remise garantit les droits du client.

En effet, elle garantit notamment au client l'exercice de son droit de rétractation dans un délai de sept jours. Le compte à rebours démarre à compter de cette remise.

Selon l'article 6-II de la Loi de 1989 : « dans un délai de sept jours à compter de la signature du contrat, le cocontractant du professionnel () peut revenir sur son engagement, sans être tenu au paiement d'une indemnité ».

Il faut toutefois préciser que, bien que la signature du contrat fasse démarrer le temps du délai, la jurisprudence considère qu'il ne comprend pas le jour même de la signature du contrat⁷³⁸.

Ce droit permet au client un délai de réflexion.

La jurisprudence le défend farouchement et va jusqu'à condamner tout paiement du courtier, quel qu'il soit, avant l'expiration de ce délai : un gérant d'une agence matrimoniale a, notamment, été condamné pour avoir fait payer à un client, avant l'expiration du dit délai, une analyse graphomorpho-psychologique⁷³⁹.

⁷³⁶ Cass. 1^{re} civ. 13 fév. 2007 : Juris-Data n° 2007-037391.

⁷³⁷ RAYMOND (Guy), « Validité du contrat de courtage matrimonial », cont.conc.cons n° 4, avr. 2007, comm. 106

⁷³⁸ Cass. 1^{re} civ. 6 fév. 1996 : Juris-Data n° 1996-000409.

⁷³⁹ Cass. crim. 20 mars 2001 : Bull. crim. 2001, n° 74. Dr. Famille 2001, comm. 104, note LECUYER (H).

Il faut savoir que la Cour de cassation estime que le contrat de courtage matrimonial englobe l'ensemble des prestations fournies par le professionnel. Ce qui explique qu'aucun paiement ne peut intervenir avant l'expiration du délai de rétractation⁷⁴⁰.

b- Les conditions de fond

S'agissant du fond, la loi prévoit que les contrats de courtage matrimonial doivent :

- Préciser le but de la convention: La loi exige que le contrat de courtage matrimonial indique expressément qu'il a pour objectif la réalisation d'un mariage ou d'une union stable. Cette indication est déterminante, car c'est elle qui permet de qualifier de contrat le courtage matrimonial. Sans cette indication, la preuve que le but du contrat est une recherche en vue de réaliser un mariage ou une union stable doit être apportée. Dans ce sens, la Cour de cassation a décidé, en 2008⁷⁴¹, de casser et annuler le jugement du juge de proximité qui avait requalifié un contrat en contrat de courtage matrimonial. Dans cette affaire, pour condamner une société au remboursement du prix de sa prestation, le juge avait requalifié le contrat intitulé « Contrat de loisirs et de rencontres souscrit sans le but de réaliser un mariage ou une union stable ». La juridiction suprême privilégiait l'intitulé original du contrat aux motifs que la preuve que la cause du contrat était bel et bien une recherche en vue de réaliser un mariage ou une union stable n'avait pas été apportée.
- Indiquer les données personnelles du professionnel: La loi prévoit également, dans son article 6, la nécessité pour le contrat de préciser le nom du professionnel et son adresse ou celle de son siège social.
- Mentionner les informations nécessaires sur les prestations fournies: Le contrat doit mentionner la nature des prestations fournies, leur prix et les modalités de paiement. Cette obligation va dans le sens des jurisprudences condamnant les procédés de rémunération en fonction de la réussite ou de l'échec.

⁷⁴¹ Civ 1^{re}, 13 nov. 2008, Jus Luminum n°J539564

En étant bien définies dès la conclusion du contrat, elles ne peuvent pas en dépendre. La validité de la convention « est reconnue dès lors () que la rémunération du courtier est « fonction uniquement des diligences, soins et démarches effectuées et non de la réalisation du mariage »⁷⁴² »⁷⁴³.

- Comporter une annexe: Le contrat doit comporter une annexe indiquant les « qualités de la personne recherchée par le cocontractant du professionnel ».

L'article 1^{er} du décret du 16 mai 1990 précise que « l'annexe au contrat doit mentionner la catégorie d'âge, la région de résidence, la situation familiale et professionnelle ainsi que les autres qualités estimées essentielles par le cocontractant du professionnel de la personne qu'il recherche »⁷⁴⁴. Bien que la loi ne prévoit pas de sanctionner nullité du contrat ne comportant pas cette annexe, la jurisprudence la considère comme essentielle au contrat et sanctionne son non respect. Pour la Cour de Cassation, en matière de contrat de courtage matrimonial, les préférences présentent « un caractère impératif ». Lorsque le créancier a indiqué ses « préférences impératives », s'il rapporte la preuve que tous les moyens n'ont pas été mis en œuvre pour les réaliser, le contrat de courtage peut être résolu⁷⁴⁵. L'absence de preuves empêche sa résolution pour faute du courtier matrimonial (débitur). Cependant, le fait, pour un courtier matrimonial, de ne pas tenir compte de certaines données évidentes et de mettre en contact des personnes à des kilomètres les unes des autres ne constituerait-il pas une faute ? On peut, effectivement, se demander si « certains critères, notamment géographiques, ne sont pas implicites, de telle sorte qu'ils existeraient toujours »⁷⁴⁶. L'absence des qualités recherchées peut aller jusqu'à entraîner un vice du consentement : celui de l'erreur. Cette condition de forme peut donc aller jusqu'à toucher les conditions de fond du contrat. Ce qui n'est pas sans rappeler l'affaire de l'époux musulman qui avait fait annuler son mariage car sa femme n'était pas vierge

⁷⁴² Trib. Inst. Dijon, 20 janv. 1983, Gaz. Pal., 1981-1, somm. 186. Cité par FEUERBACH-STEINLE (Marie-France), dans « Le courtage matrimonial », PA. 27 juil. 1994, n° 89.

⁷⁴³ FEUERBACH-STEINLE (M-F), « Le courtage matrimonial », PA. 27 juil. 1994, n° 89.

⁷⁴⁴ J. O. du 22 mai 1990.

⁷⁴⁵ Cass.1^{re} civ. 14 déc 2004. RLDC 2005/13, n° 536 ; comm. DECOUX (A), « Mention de préférences impératives pour l'annulation d'un contrat de courtage matrimonial », Lamy dr. pers et famille, n° 304-35.

⁷⁴⁶ BAKOUCHE (D), note Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008, Lexbase hebdo n° 151, 22 janv. 2005.

comme elle le prétendait⁷⁴⁷. Une question se pose donc quant au contenu de ces qualités essentielles recherchées : « Si certaines qualités jugées essentielles par le conjoint s'avèrent inopérantes ou même contraires à l'ordre public en matière de mariage, peuvent-elles être prises en compte dans le contrat de courtage matrimonial ? »⁷⁴⁸. Question essentielle, car il est ici question de la remise en cause de principes fondateurs de la république.

- Etre établi pour une durée déterminée: Le contrat de courtage matrimonial est un contrat à durée déterminée. Sa durée est limitée à un an sans possibilité de renouvellement par tacite reconduction. La jurisprudence a déduit de la prohibition du renouvellement par tacite reconduction du contrat de courtage matrimonial que celui-ci ne pouvait être renouvelé, fût-ce à titre gratuit, que pour une durée déterminée et de manière expresse⁷⁴⁹. Selon une réponse ministérielle, « une prorogation du dossier par le professionnel, à l'échéance du contrat de courtage matrimonial initial, ne serait acceptable que dans la mesure où elle n'entraînerait véritablement aucune contrepartie, de quelque nature que ce soit, pour le consommateur, pendant toute la durée de cette prorogation. Dans le cas contraire, tout engagement du consommateur devra faire l'objet d'un nouveau contrat dans les formes prescrites par l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 »⁷⁵⁰.

- Prévoir une faculté de résiliation: Le contrat de courtage matrimonial doit prévoir une faculté de résiliation, pour motif légitime, offerte aux deux parties⁷⁵¹. Cependant, la loi ne prévoit pas ce qui constitue un motif légitime. Ce sont donc les travaux préparatoires qui les énumèrent : maladie grave, accident, changement de résidence⁷⁵², ou encore « la non présentation par l'agence de personnes

⁷⁴⁷ CA Douai. 17 nov. 2008. Dr. Famille 2008, comm. 167.

⁷⁴⁸ LARRIBAU-TERNEYRE (V), « Courtage matrimonial : Sur la nécessité de préciser les qualités attendues de la future épouse pour caractériser le contrat de courtage matrimonial », note sur Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008, Dr. Famille. Fév 2009, p. 23.

⁷⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997 : Juris-data numéro 003091

⁷⁵⁰ RM numéro 37314 : JOAN Q. 22 avril 1991, p. 161 (in article HUGOT (J), « le contrat de courtage matrimonial » Semaine juridique notariale et immobilière numéro 17., 30 avril 1990-721)

⁷⁵¹ Loi 23 juin 1989, art. 6-1, dernier alinéa. Op.cit.

⁷⁵² J. O. Déb. Ass. Nat. C. R. 26 novembre 1988, p. 2809-1.

correspondant aux caractéristiques souhaitées ou le fait d'avoir rencontré un candidat au mariage par ses propres moyens »⁷⁵³.

Cette réglementation stricte des contrats de courtage matrimonial a pour principal objectif de protéger les consommateurs, considérés comme la partie la plus faible.

Pourtant cette nécessité d'assurer la sécurité des contrats bénéficie aussi bien au professionnel qu'au consommateur.

C'est dans cette optique que la loi de 1989 exige, également, de la part du professionnel des indications le concernant.

Ces dernières protègent le consommateur, en l'informant, mais aussi la profession de courtier est moins envahie par des charlatans.

2. Une publicité encadrée

La raison d'être de la publicité est de faire vendre. Pour cela, les professionnels usent de tous les moyens de persuasion possible (médias, magazines, internet...). Et les dérives sont nombreuses.

On ne peut pas tout promettre pour attirer la clientèle et le législateur s'en assure par une réglementation stricte des secteurs les plus susceptibles de voir apparaître des publicités trompeuses (mensongères).

Tel est le cas dans le domaine du courtage matrimonial, ce qui explique que la loi prévoit des mesures de protection du consommateur (a) et responsabilise le professionnel (b).

a- La protection du consommateur contre les publicités mensongères

Une publicité est dite mensongère, lorsqu'elle contient des éléments faux ou conçus pour induire en erreur.

Le législateur a mis en place des mesures réglementaires, assurant la sincérité des publicités, afin de protéger les consommateurs de manière générale, mais aussi pour les consommateurs-clients de courtage matrimonial.

Les mesures de protection du consommateur, contre les publicités mensongères, ont également pour objectif de maintenir un climat de saine concurrence entre

⁷⁵³ Hiest (J-J), Commission des lois, Ass. Nat., projet de loi 1988 numéro 367. P. 19

commerçants, en les empêchant d'user de promesses fallacieuses pour attirer le consommateur.

Le Code de la Consommation condamne donc, dans son article L121-1, toutes les publicités contenant des « allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur () : l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; les caractéristiques essentielles du bien ou service (), le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement (), l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ; le traitement des réclamations et les droits du consommateur (). Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable »⁷⁵⁴.

Ainsi, une agence matrimoniale a été condamnée pour une publicité comportant de fausses allégations sur l'accès à son service télématique. Cette publicité était de nature à induire en erreur, car elle annonçait l'adhésion à partir d'un certain prix, mais ne précisait ni l'existence ni le montant de la prestation corrélative à l'utilisation du service télématique (coût de la redevance d'utilisation du service) auquel le contrat proposé donnait en réalité accès⁷⁵⁵.

Toutes les publicités trompeuses sont répréhensibles, quelque soit le support sur lequel elles apparaissent ou par lequel elles sont véhiculées : affichage mural, petites annonces, internet, messages radiophoniques ou télévisuels, documents remis par un démarcheur à domicile, distribution de tracts et de manière générale toutes pièces ou supports généralement utilisés dans le monde commercial et industriel pour informer le consommateur, y compris les messages parlés.

La forme de la publicité peut suffire à la rendre répréhensible. Tel est le cas des astérisques renvoyant, à la suite de mentions attractives, à des inscriptions discrètes, restrictives ou contradictoires.

Enfin, la publicité trompeuse est une infraction et elle constituée que le professionnel ait l'intention de tromper le consommateur ou non.

⁷⁵⁴ Art. L121-1 C. cons (loi 2008-776 du 4 août 2008).

⁷⁵⁵ Cass. Crim. 28 sept. 1994 (N° de pourvoi: 92-84302). Bull.crim. 1994 N° 308, p. 748. BICC 1994 n° 1199.

En effet, depuis 1973, le législateur a supprimé l'exigence de la mauvaise foi pour sanctionner les annonceurs. Il suffit que la publicité incriminée soit en infraction au regard de l'article L.121-1 précitée pour être sanctionnée, et ce sans considération de la volonté du professionnel de tromper le public ou d'avoir été simplement négligent dans la présentation de la publicité⁷⁵⁶.

Le courtage matrimonial étant un domaine propice à l'information trompeuse et aux promesses fallacieuses, un régime spécial de publicité est apparu comme une nécessité.

La loi de 1989 prévoit que l'annonceur, agence matrimoniale, doit fournir des indications précises sur lui-même ainsi que sur les prestations qu'il fournit⁷⁵⁷.

Elle stipule, dans son article 6, paragraphe III, que : « toute annonce personnalisée diffusée par l'intermédiaire d'un professionnel pour proposer des rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable doit comporter son nom, son adresse ou celle de son siège social ainsi que son numéro de téléphone ».

La loi poursuit en stipulant que « lorsque plusieurs annonces sont diffusées par le même professionnel, son adresse peut ne figurer qu'une seule fois, à condition d'être parfaitement apparente »⁷⁵⁸.

Chaque annonce doit aussi indiquer : le sexe, l'âge, la situation familiale, le secteur d'activité professionnelle et la région de résidence de la personne concernée, ainsi que les qualités de la personne recherchée par elle.

Cette technique consiste à imposer par avance un contenu à une catégorie de publicité et la transforme en « publicité informative » proche de l'étiquetage⁷⁵⁹. Elle est notamment utilisée pour réglementer la publicité par les prix (annonces de rabais, publicités relatives à certaines opérations de nature financière) et de certains services comme ceux des agences de voyage.

Le cabinet matrimonial doit, par conséquent, préciser dans son message publicitaire son identité professionnelle ainsi que les coordonnées essentielles du client, assorties du descriptif de l'objet de ses attentes matrimoniales.

⁷⁵⁶ Loi, dite « Loi Royer », n° 73-1193 du 27 décembre 1973, J.O. du 30 décembre 1973.

⁷⁵⁷ HIEDSIECK (G), « Le marché de la solitude et le droit », Op. Cit. numéro 14

⁷⁵⁸ Loi du 23 juin 1989. Op. cit

⁷⁵⁹ Ibid.

Cette exigence résulte du souhait du rapporteur, dans son amendement, afin d'éviter les annonces vagues ou fictives destinées à attirer des clients dans les bureaux de l'agence ». ⁷⁶⁰

Cette sévérité reflète la méfiance pesant sur les cabinets matrimoniaux sur lesquels pèse maintenant une responsabilité professionnelle accrue.

b- La responsabilité du professionnel

Le texte de 1989 prévoit aussi les responsabilités professionnelles des courtiers en lien avec la publicité.

Le professionnel doit « pouvoir justifier de l'existence d'un accord de la personne présentée par l'annonce sur le contenu et la diffusion de celle-ci ».

Ainsi, la nécessité d'une information claire, objective et loyale pour le consommateur du « marché de la solitude » est un impératif non négligeable pour le législateur.

L'agent matrimonial, lié par un contrat de courtage a donc, à l'égard de son client, un devoir d'information et il est tenu de vérifier les renseignements élémentaires concernant son client et les personnes dont il propose la rencontre (si une personne prétend être médecin, l'agent doit le vérifier).

Ainsi, il ne pourra pas échapper à la sanction s'il prétend ne pas avoir eu connaissance des mensonges de la personne concernée.

En effet, les sanctions pour publicité trompeuse sont pénalement prévues, dans les conditions que nous avons évoquées, mais il faut aussi savoir que toute violation aux règles de forme ou de fond, propres aux contrats de courtage matrimonial, est punie pénalement.

3. Des rapports contractuels spécifiques

Qu'il soit de droit commun ou spécial, le courtage matrimonial est un contrat induisant des droits et obligations spéciales.

Ces droits et obligations, qui répondent à des exigences morales (a) ou servent à préserver les libertés de chacune des parties (b), consistent en quatre obligations : d'information, de conseil, de prix juste et de trouver le (la) futur(e) époux(se) ou de

⁷⁶⁰ Hiest (J-J), Op. cit. p. 20

permettre le rapprochement avec une autre personne, mais aussi le droit de rétractation.

a- Les exigences de la morale

Les obligations de prix juste (1), puis de trouver l'époux(se) ou de permettre un rapprochement de deux individus (2), sont des obligations spécifiques aux courtiers matrimoniaux que la morale exige.

1) *L'obligation de prix juste*

Contrairement au droit israélien qui laisse les parties libres de leur choix quant au prix et pour lequel seule la détermination d'un prix n'est nécessaire (2), les droits rabbinique et français encadrent la détermination du prix de la prestation d'un courtier. Pour le droit français, le prix doit être juste.

La loi française de 1989, qui fut une des lois transposant la Directive Européenne du 20 décembre 1985⁷⁶¹, sur la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, détermine les obligations spécifiques du professionnel afin de définir la protection du client. Parmi ces obligations figure celle d'indiquer les prestations fournies et leur prix. Cette obligation est complétée par celle de faire payer le juste prix au client qui bénéficie ainsi d'une garantie.

La notion de juste prix laisse, comme en droit israélien, les parties libres quant à la détermination du prix, mais sous une certaine limite. En effet, sachant que les contrats de courtage matrimonial sont généralement, en France, des contrats d'adhésion, le client ne peut, à priori pas, discuter le prix. Il est, néanmoins, libre de refuser le prix qui lui est proposé, mais le courtier, en tant que professionnel, a l'obligation de proposer un prix juste. Ce qui veut dire, un prix qui ne sera ni trop élevé ni trop bas et qui correspondra (sera proportionnel) à la prestation fournie.

Comme l'indique le titre, le client du courtier est garanti, selon la loi, de ne pas avoir à payer des sommes exorbitantes ou disproportionnées pour la prestation qui lui est fournie.

⁷⁶¹ Directive n°85/577/CEE, 20 déc. 1985 : JOCE n° 372, 31 déc. 1985, p. 31.

Le prix doit être raisonnable et juste. Cependant, on peut se demander comment cela peut s'évaluer.

La loi ne donne pas de barème et n'impose pas de limites, l'évaluation du prix sera donc soumise à l'interprétation discrétionnaire du juge.

Ainsi, le client peut être sûr qu'il ne paiera pas un prix disproportionné à la prestation fournie qui consiste avant tout à trouver l'âme sœur du client ou du moins lui permettre un rapprochement avec une autre personne.

2) *Obligation de permettre un rapprochement entre deux personnes*

La prestation de service du courtier français est, contrairement au droit rabbinique, de permettre le rapprochement d'individus en vue d'une union stable.

La jurisprudence française a, en application de la loi de 1989, déterminé l'obligation du courtier matrimonial de permettre le rapprochement de deux individus en vue d'une union stable⁷⁶². Ce qui donne au client la garantie spéciale d'avoir pour finalité une union durable.

Comme vu précédemment, le courtage matrimonial ne peut être qualifié comme tel que s'il s'agit d'une prestation de service dont l'objectif est de faire se rencontrer les personnes en vue d'une union stable. Ce qui différencie le courtage matrimonial d'autres prestations de service que sont celles d'un club de loisir par exemple et qui ne sont pas aussi encadrées.

A ces obligations conformes aux valeurs morales qui incombent au courtier matrimonial, certaines obligations, répondant aussi aux exigences morales, incombent au client.

La loi de 1989 oblige les courtiers à présenter des personnes envisageant une union stable et durable. Ainsi, le client est protégé contre les professionnels malhonnêtes n'exécutant pas correctement leur prestation de service en présentant de faux célibataires ou des personnes professionnelles (prostituées, employés du cabinet ne recherchant pas de relation etc.).

La notion d'union stable ou durable est, toutefois, périlleuse car il est difficile de distinguer une union simple et une union durable.

⁷⁶² Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007 : Cont. Conc. Consom., n° 10, 2007, comm. 264, note RAYMOND (G).

Selon CARBONNIER, « l'intention de stabilité n'est pas plus contrôlable que la stabilité elle-même n'est susceptible d'être garantie »⁷⁶³.

D'autre part, il faut préciser que cette condition d'union stable ou durable distingue les agences matrimoniales des clubs de rencontres ou de loisirs qui ne sont pas concernés par la loi de 1989.

Selon la Cour de Cassation, le contrat souscrit avec un club de loisirs réservé aux célibataires, veufs, divorcés ou séparés officiellement, ne constitue pas un contrat de courtage matrimonial. Le contrat avec ce type de club n'a, effectivement, pas pour objet la recherche d'une personne, dont les qualités essentielles sont précisées, en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union durable⁷⁶⁴.

De même, le contrat spécifiant expressément que l'offre présentée par la société ne porte pas sur des rencontres ayant pour but une union stable ou un mariage, ne constitue pas un contrat de courtage matrimonial⁷⁶⁵.

Selon HEIDSIECK, « une telle exclusion réduit d'autant, (), la portée du dispositif légal, tout en créant (), une distorsion de concurrence entre les agences matrimoniales () et les clubs de rencontre qui bénéficient d'une totale liberté contractuelle »⁷⁶⁶.

Cependant, certains clubs de rencontres sont considérés comme des courtiers matrimoniaux, il suffit pour cela que soit établie la recherche d'une union stable ou durable.

La Cour Suprême estime, effectivement, que l'offre permettant d'accéder par minitel à un fichier national et régional, moyennant paiement d'une somme d'argent au centre-serveur, sur lequel les annonces ne comportent pas toutes les mentions requises, tombe sous le coup de la loi de 1989⁷⁶⁷.

Toutes ces obligations, incombant au courtier, sont donc dictées par l'éthique que doit avoir la profession de courtier matrimonial ou par les bonnes mœurs, mais d'autres obligations existent afin de préserver les libertés de chacune des parties.

⁷⁶³ CARBONNIER (J), « Droit civil, tome III. La famille », Puf. Coll. Thémis, 20^e éd., 1999, p. 387.

⁷⁶⁴ Civ.1, 21 février 1995: Bull. 1995, I, n° 98, p. 70 ; CA. Versailles, 22 janvier 1999 : N° 99-491.- Société Partner Plus c/ M. Traineau.

⁷⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2010, pourvoi n° 08-21.139, Inédit (non publié au bulletin).

⁷⁶⁶ HEIDSIECK (G) « Le marché de la solitude », JCP n°8, 1990, p. 9.

⁷⁶⁷ Cass. crim., 28 sept. 1994 : Contr. Conc. Consom., 1995, comm., n° 44, obs. RAYMOND.

b- Les impératifs de la liberté

La liberté des uns s'arrête où commence celle des autres. Afin de garantir les droits du client qui choisit en toute conscience, le courtier a donc l'obligation de l'informer, de le conseiller et de garder confidentielles les informations personnelles recueillies.

L'obligation d'information incombe aussi, sous une certaine mesure, selon les droits, au client.

Comme en droit israélien, le droit français considère que les obligations propres à la profession de courtier matrimonial sont des obligations de moyens (1). Pour le droit français, il s'agit, plus précisément, d'une obligation d'information et de conseil. Ainsi, qu'elles soient d'information ou de conseil, les courtiers français et israéliens doivent donc mettre tous les moyens à leur disposition pour les exécuter au mieux, alors que les courtiers rabbiniques doivent aboutir au résultat escompté pour espérer être payé.

Par ailleurs, afin de préserver la liberté du consommateur de se dédire, ce dernier dispose d'un droit de rétractation (2).

1) *Les obligations d'information et de conseil : obligations de moyens*

La loi de 1989 impose aux contrats de courtage matrimonial l'indication de la nature des prestations fournies, mais elle ne donne aucune précision quant aux moyens à mettre en œuvre par le courtier pour l'exécuter.

La jurisprudence a donc dû compléter le texte, en cette matière, en déterminant la force des obligations du courtier et en déduisant de la nécessité d'information du consommateur deux obligations : d'information et de conseil.

En effet, en plus de son obligation dite de droit commun, concernant un contrat de prestation de service, le courtier a des obligations allant au-delà de l'exécution du service offert. La loi de 1989 lui impose des obligations, en tant que professionnel face à un consommateur non averti, ayant pour objectif de rééquilibrer la balance en informant le client.

Obligations dont la preuve de l'exécution doit être apportée par le courtier, en cas de litige, et ce, bien qu'il s'agit d'une obligation de moyens.

Selon GARAUD, les obligations du courtier matrimonial, qu'elles portent sur l'information, le conseil ou la prestation de service, sont des obligations de moyen pour trois raisons :

- Son activité n'est que de l'ordre du conseil. Il ne peut donc pas être responsable de plein droit si « le candidat recommandé se révèle indigne » ;
- l'objectif de sa mission dépend d'un aléa : le mariage ou pas du client ;
- le client a « un rôle actif dans l'exécution du contrat. Son concours est indispensable »⁷⁶⁸.

Par conséquent, le courtier doit déployer ses meilleurs efforts afin de non seulement atteindre l'objectif visé par le contrat, mais aussi d'informer au mieux le client.

Il découle de la loi de 1989 que le courtier matrimonial a l'obligation, quelque-soit les dispositifs prévus au contrat de courtage, de renseigner son client sur la prestation de service et son déroulement.

Exécutée par la remise d'un document écrit, conforme aux dispositions de la loi suscitée, au consommateur et tout au long de la relation contractuelle, cette obligation est une simple déclinaison de l'article L111-1 du Code de la Consommation.

En effet, l'article prévoit, dans son alinéa 1, que « Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ». Or, l'obligation d'information du courtier matrimonial consiste à mettre son client en mesure de connaître les caractéristiques essentielles de la prestation de service.

Dans ce sens, selon RAYMOND, cette obligation consiste à informer le client sur : ses engagements, « les circonstances particulières dans lesquelles se dérouleront les relations entre le client et les éventuelles personnes rencontrées »⁷⁶⁹.

La Cour de Cassation précise que le courtier doit également informer sur les personnes qu'il propose de rencontrer⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ GARAUD (E), « De l'inexécution contractuelle en matière de courtage matrimonial », note sur arrêts Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007 : LPA, 25 juil. 2007, n° 148, p. 14.

⁷⁶⁹ RAYMOND (G), note sur Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007 : Cont. Conc. Consom., n° 10, 2007, comm. 264.

A ce titre, il doit vérifier tous les renseignements qu'il donne, tels que la qualité de la personne, son état civil, son âge etc⁷⁷¹.

« Comme tout courtier professionnel expérimenté, une agence matrimoniale doit donc informer ses adhérents, ce qui suppose, en amont, qu'elle se soit elle-même renseignée sur leur sérieux »⁷⁷². Et bien que le courtier ne puisse pas matériellement enquêter et vérifier toutes les informations, il doit au moins demander des justificatifs : « en sa qualité d'intermédiaire et au titre du devoir d'information qu'il a à l'égard de l'adhérent, le professionnel était tenu de vérifier les renseignements les plus élémentaires concernant ses adhérents et notamment leur âge »⁷⁷³.

Le client du courtier matrimonial étant un profane, ce dernier doit : le conseiller dans l'établissement du profil de la personne recherchée, l'éclairer sur « l'opportunité du comportement envisagé au regard du but poursuivi »⁷⁷⁴, mais aussi, et surtout, attirer son attention sur les exigences des personnes qui lui seront éventuellement présentées.

Le devoir de conseil se distingue donc de celui d'information précédemment énoncé : « L'information vise à fournir un renseignement neutre, objectif. Le conseil entend davantage d'une information pertinente, adaptée aux besoins exprimés par le cocontractant et suppose une appréciation en terme d'opportunité orientant la décision de ce dernier »⁷⁷⁵.

Généralement, pour toutes les obligations de moyens, en cas d'inexécution totale ou partielle, c'est au créancier qu'incombe la charge de la preuve.

En effet, pour engager la responsabilité contractuelle du débiteur, et obtenir des dommages et intérêts, il doit rapporter la preuve de l'inexécution ou de l'exécution partielle.

⁷⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999 : Bull. Civ 1999, I, n° 132; JCP G 1999, IV, 2060.

⁷⁷¹ TI Douai, 7 juil. 1982 : D. 1982, inf. rap., p. 491.

⁷⁷² LEMOULAND (J-J) « Mariage-Concubinage », jsp., som. Com., D. 1999, n° 42, p. 371.

⁷⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999 : Bull. Civ 1999, I, n° 132; JCP G 1999, IV, 2060.

⁷⁷⁴ MISTRETTA (P), « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle. Application et implication d'une jurisprudence évolutive », LPA, 5 juin 1998, n° 67, p. 4 et s.

⁷⁷⁵ MALEVILLE (M-H), « La responsabilité des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », JCP G 2000, n° 17, I, 222.

Cependant, s'agissant des obligations du courtier matrimonial, la jurisprudence est mitigée. La Cour de Cassation renverse, effectivement, le rapport entre le créancier et le débiteur, en ce qui concerne l'obligation d'information du courtier. Elle précise, qu'en cas de manquement à l'obligation de moyen d'information, la victime peut engager la responsabilité contractuelle du courtier sans en apporter la preuve. C'est au courtier de prouver qu'il a bien exécuté son obligation⁷⁷⁶.

La Cour se fonde sur l'article 1315, alinéa 2, du Code Civil, selon lequel « Celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

C'est donc au débiteur de l'obligation d'information de prouver qu'il a bien exécuté son obligation. On peut en déduire que l'obligation d'information du courtier est une obligation de moyens renforcée, car bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation de résultat, puisqu'il n'est exigé de lui que de mettre tout en œuvre pour exécuter son obligation, c'est sur lui que pèse la charge de la preuve.

En revanche, le mode de preuve n'étant pas imposé par la loi, la jurisprudence admet qu'elle soit apportée par tous moyens⁷⁷⁷.

Pourtant, s'agissant de la mission de prospection du courtier, la Cour Suprême fait peser, dans deux arrêts de 2007, la charge de la preuve sur le créancier⁷⁷⁸.

La Cour précise que lorsque le courtier matrimonial est l'auteur d'un manquement et que le client en apporte la preuve, sa responsabilité contractuelle est engagée.

« Le professionnel doit tout mettre en œuvre pour satisfaire les souhaits définis et, (), seule la preuve que la prospection maritale a été mal conduite permet au client de faire abolir le lien contractuel et d'être remboursé des honoraires versés »⁷⁷⁹.

Les juges du fond sont, pour leur part, également allés dans ce sens : si le contrat de prestation de service du courtier matrimonial précise les moyens qu'il doit mettre en œuvre pour exécuter sa mission, le client ne peut obtenir annulation du contrat

⁷⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 25 fév. 1997 : Cont. Conc. Consom. 1997, comm. 76 ; RTD civ. 1997, p. 434, obs. TOURDAIN (P) et p. 924, obs. MESTRE (J) ; Cass. civ. 1^{re}, 29 fév. 1997 : Cont. Conc. Consom. 1997, comm. 111, note. LEVENEUR (L).

⁷⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1997: Bull. n° 278 et 20 juin 2000, Bull. n° 193; JCP 1997, éd. G., II, rapport P. Sargos.

⁷⁷⁸ Arrêts : Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007 : LPA, 25 juil. 2007, n° 148, p. 14, note. GARAUD (E).

⁷⁷⁹ GARAUD (E) « De l'inexécution contractuelle en matière de courtage matrimonial », note sur arrêts Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007 : LPA, 25 juil. 2007, n° 148, p. 14.

ou des dommages et intérêts que s'il apporte la preuve d'un manquement à cette obligation de moyen⁷⁸⁰.

Il est donc possible de déduire de ces jurisprudences que : les obligations propres au courtier matrimonial, découlant de la loi de 1989, sont des obligations de moyens renforcées, alors que son obligation d'exécution du contrat (concernant la prestation de service) n'est qu'une obligation de moyen simple à laquelle le client est également tenu s'il ne s'est pas rétracté dans le délai légal dont il dispose.

2) Le droit de rétractation du client

Comme vu précédemment, en droit français, le client dispose d'un délai de 7 jours, après la signature du contrat de courtage, pour se rétracter.

Le droit de rétractation est une des particularités du droit de la consommation française. C'est un des droits dont bénéficient tous les consommateurs prévu à l'article L121-20 du Code de la Consommation, selon lequel : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour ».

Toutefois, il présente une particularité établie par la jurisprudence, en ce qui concerne le courtage matrimonial : le client est donc garanti de ne rien avoir à payer avant 7 jours.

Le non respect par le courtier ou l'exercice discrétionnaire par le client de ce droit, qui est une condition résolutoire, provoquent l'anéantissement du contrat. Ce qui garantit le choix éclairé de ce dernier.

Au titre du droit de rétractation du client, il est interdit au courtier d'exiger le paiement total ou partiel de la prestation, sous quelque forme que ce soit, avant l'expiration de ce délai.

La Cour de Cassation précise que le jour de la signature du contrat n'entre pas dans le délai. Ainsi, elle a décidé que la remise d'une lettre de change, 7 jours après la signature du contrat, permettait la résolution judiciaire de ce dernier⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ CA. Riom, 28 sept. 2006, Fouquet c/ Guillon : Juris-Data n° 2006-314464.

Le délai court à compter du lendemain de la signature, car le jour même n'est pas compris dans le calcul⁷⁸².

Au-delà de ce délai, le client ne peut plus se rétracter, il doit alors payer.

Ainsi, la Cour suprême précise que lorsque la faculté de rétractation est utilisée plus de huit jours après la conclusion, le contrat de courtage matrimonial doit être exécuté⁷⁸³.

Ce droit permet au consommateur « de faire dépendre l'exécution de son obligation de son propre pouvoir ». Ce qui donne au consommateur, durant ces 7 premiers jours, un ascendant sur le courtier matrimonial professionnel et déroge donc à la règle de la théorie générale des obligations.

Dans ce sens, le client peut exercer son droit de rétractation à tout moment, durant le délai, sans avoir à : démontrer qu'il a été influencé ou manipulé, à payer une contrepartie et motiver sa décision. Ce qui constitue véritablement un pouvoir discrétionnaire et gratuit⁷⁸⁴.

Certains auteurs considèrent ainsi que ce droit porte atteinte au principe de l'autonomie de la volonté⁷⁸⁵.

En effet, en principe, en droit commun des contrats, le consentement produit son effet de manière immédiate. Le contrat est formé dès l'accord des parties.

Cependant, ce pouvoir donné au consommateur n'est que pour seul objectif d'assurer son consentement éclairé.

Bien qu'il ne soit pas obligatoire que le droit de rétractation soit mentionné dans le contrat, on peut l'envisager comme une condition.

En effet, la loi n'impose pas une mention manuscrite, mais le client doit reconnaître avoir reçu un exemplaire du contrat de courtage matrimonial, en apposant sa

⁷⁸¹ Civ. 1^{re}, 6 fév. 1996 : JCP G 1996, IV, 730 ; LPA, 14 août 1996, n° 98, p. 32 et s, note FEUERBACH-STEINLE (M-F) ; Cont. Conc. Consom., avr. 1996, p. 14, n° 65, note RAYMOND (G) ; D. 1996, inf. rap., p. 71 ; JCP G 1996, IV, 73.

⁷⁸² Civ. 1^{re}, 6 fév. 1996 : Ibid.

⁷⁸³ Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, pourvoi n° 09-12.750, Inédit (non publié au bulletin).

⁷⁸⁴ Voir : BERNARDEAU (L), « Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble ? A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel c/ aff. C. -423/97 », JCP G 2000, n° 14, I, 218.

⁷⁸⁵ BERNARDEAU (L) Ibid ; ROUHETTE (V-G), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in « Etudes offertes à R. RODIERE », Dalloz, Paris, 1982, p. 247-278 ; FRANCON « Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXIV : La protection des consommateurs », Paris, 1973, p. 124 ; DOLL (J-P) et GUERIN (H) « Le démarchage et la vente à domicile », JCP G 1973, I, 2524.

signature sur une formule imprimée, pour satisfaire aux exigences de la loi de 1989⁷⁸⁶.

En revanche, sa qualification a suscité, et suscite encore, quelques divergences dans la doctrine et la jurisprudence.

Plus précisément, c'est la qualification de l'anéantissement du contrat, résultant du non respect ou de l'utilisation par le consommateur du droit de rétractation, qui pose problème.

Le contrat ainsi anéanti, est-il par une nullité ou une résolution ?

Question qui n'est pas sans importance, car les régimes appliqués sont différents :

- Pour la nullité, il s'agit d'une sanction pour « l'observation de l'une des conditions prescrites par la loi pour la formation » du contrat, c'est-à-dire « une irrégularité commise au moment » de cette formation⁷⁸⁷.
- Pour la résolution, il s'agit d'une sanction appliquée à un contrat régulièrement conclu, du fait de l'exercice d'un droit d'un des co-contractants.

La jurisprudence penche pour la résolution : « il ne peut être reçu de paiement ou de dépôt sous quelque forme que ce soit avant l'expiration du délai de 7 jours, à compter de la signature du contrat de courtage matrimonial, dans lequel le cocontractant du professionnel peut rétracter son accord; () c'est donc à bon droit que le Tribunal a retenu que cette remise, intervenue dans le délai de 7 jours, (), contrevient aux dispositions d'ordre public (); que, par ce seul motif, le jugement attaqué, qui a prononcé la résolution du contrat () est légalement justifié »⁷⁸⁸.

Ce que certains auteurs réproouvent : « La résolution doit être exclue, car bien que déjà valablement formé, le contrat n'est pas immédiatement exécutable. L'instauration du délai de repentir a pour conséquence de suspendre l'exécution de la convention, de geler le contrat. Le professionnel qui, malgré l'interdit législatif, commence à exécuter le contrat porte en réalité atteinte à sa validité »⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ Civ.1^{re}, 13 févr. 2007 : Cont. Conc. Consom., 4 avril 2007, 106.

⁷⁸⁷ FLOUR (J) et AUBERT (J-L), « Les obligations, *Lectionnaire juridique* », 7^e éd., Armand Colin, Paris, 1996, n° 320.

⁷⁸⁸ Civ. 1^{re}, 6 fév. 1996 : précité.

⁷⁸⁹ FEUERBACH-STEINLE (M-F), « Courtage matrimonial et droit de repentir », note sur : Civ. 1^{re}, 6 fév. 1996, LPA, 14 août 1996, n° 98, p. 32 et s.

Toutefois, d'autres auteurs excluent la nullité et considèrent qu'il y a résolution mais à des conditions particulières : « Le droit de rétractation permet au consommateur de résoudre, pendant un délai déterminé, certains contrats auxquels il a consenti. C'est, à notre sens, une véritable condition résolutoire purement potestative, prévue par la loi au bénéfice du consommateur, qui déroge ainsi à l'article 1174 du Code civil »⁷⁹⁰.

L'auteur précise que ce droit ne peut pas être une simple condition résolutoire car le consommateur n'a pas à se justifier.

Une conception mixte semble, à mon sens, être plus appropriée : le droit de rétractation est bien une condition résolutoire purement potestative, qu'il soit exercé ou non. Cependant, lorsqu'il n'est pas respecté, il s'agit d'une violation d'une règle d'ordre public qui ne peut être sanctionnée que par la nullité.

De manière générale, les sanctions pour irrespect de toutes ces obligations incombant au courtier peuvent être la nullité du contrat mais aussi le paiement d'indemnités voir même d'amendes, car elles peuvent être civiles ou pénales.

4. Des sanctions sévères

Lorsqu'un client est victime de manquements, qu'il soit en litige avec son cocontractant courtier ou qu'une des règles édictée par la loi ne soit pas respectée, plusieurs possibilités s'offrent à lui.

D'une part, il peut obtenir des sanctions civiles (a), afin de recevoir des dédommagements et voir la situation se rétablir tel qu'elle était avant la signature du contrat.

D'autre part, il peut obtenir des dédommagements après la condamnation de son cocontractant devant une juridiction pénale (b).

a- Les sanctions civiles

Comme tous les contrats, le contrat de courtage matrimonial est frappé de nullité lorsqu'il est invalide, soit parce qu'il n'est pas conforme au formalisme imposé par la loi qui l'encadre, soit parce qu'il lui manque un élément essentiel.

⁷⁹⁰ BERNARDEAU (L) : précité.

Le droit civil prévoit aussi la résolution, voir la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive (ce qui est le cas du contrat de courtage matrimonial), du contrat lorsque les clauses de ce dernier ne sont pas respectées.

La loi de 1989 prévoit, dans le paragraphe IV de son article 6, qu'« un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article, notamment les modalités de restitution des sommes versées en cas de résiliation du contrat ».

Lorsque le contrat est résilié, les parties se restitueront les trop perçus et la partie « victime » pourra éventuellement obtenir des dommages et intérêts.

La nullité sanctionne, donc, les conditions de formation d'un contrat alors que la résiliation sanctionne l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation.

b- Les sanctions pénales

Les sanctions pénales sont naturellement prévues par le Code Pénal, mais certaines apparaissent aussi dans le Code de la Consommation.

La loi de 1989 consacre le paragraphe V, de son article 6, aux sanctions en cas de non respect de la réglementation et dans les hypothèses de présentation de personne utilisée comme appât afin de s'attirer de nouveaux clients.

La loi prévoit que, commet une infraction, le professionnel qui, sous prétexte d'une présentation de candidats en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable :

- Met en présence ou fait communiquer des personnes dont l'une est rémunérée par lui ou se trouve, directement ou indirectement, sous son autorité ou n'a pas effectué de demande en vue d'un mariage ou d'une union stable ;
- Promet d'organiser des rencontres avec une personne fictive.

Le texte de 1989 considère ces manquements comme des escroqueries et prévoit qu'ils seront punis des peines prévues aux articles 313-1 à 313-3 du Code pénal.

Ainsi, l'escroquerie est puni de :

- Cinq ans d'emprisonnement et 375 000 d'amende⁷⁹¹ ;
- Sept ans d'emprisonnement et 750 000 d'amende, lorsqu'elle est réalisée par une personne : dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de

⁷⁹¹ Art. 313-1 C. Pénal.

service public, qui prend indûment la qualité d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou qui fait appel au public en vue de l'émission de titres ou de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale ; ou lorsqu'elle est réalisée au préjudice d'une personne vulnérable⁷⁹². C'est l'hypothèse qui concerne le sujet ici étudié;

- dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 d'amende, lorsqu'elle est réalisée en bande organisée⁷⁹³ ;

Et la tentative de escroquerie est punie des mêmes peines⁷⁹⁴.

Par ailleurs, est puni de 1 500 euros d'amende, le fait :

- D'omettre de faire figurer dans l'annexe au contrat de courtage matrimonial l'indication des qualités de la personne que recherche le client ;

- De ne pas remettre au client, au moment de la conclusion du contrat, un exemplaire de celui-ci accompagné de son annexe ;

- De recevoir, avant l'expiration du délai de renonciation, un paiement ou dépôt sous quelque forme que ce soit ;

- De diffuser une annonce personnalisée non conforme à la réglementation mentionnée ci-dessus.

La publicité mensongère n'est pas oubliée pour autant, elle est considérée comme un délit et est, à ce titre, sanctionnée.

Le Code de la Consommation prévoit effectivement que le délit de publicité trompeuse ou mensongère est puni de :

- Deux ans d'emprisonnement maximum et/ou 37 500 d'amende⁷⁹⁵. Montant qui peut être porté à 50 p. 100 des dépenses de la publicité constituant le délit ;

- L'interdiction définitive, ou pour une durée de 5 ans maximum, d'exercer l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise et de 187 500 d'amende, lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est retenue⁷⁹⁶.

Depuis l'arrêt Barsac⁷⁹⁷, le courtier peut aussi être poursuivi pour tromperie sur la prestation de service.

⁷⁹² Art. 313-2 C. Pénal.

⁷⁹³ Art. 313-2 C. Pénal.

⁷⁹⁴ Art. 313-3 C. Pénal.

⁷⁹⁵ Art. 213-1 C. Pénal.

⁷⁹⁶ Art. 213-6 C. Pénal.

Cet arrêt a, en effet, incité le législateur à étendre la Loi du 1^{er} août 1905, relative aux fraudes et falsifications, à deux nouveaux domaines :

- les prestations de services reposant sur les biens corporels ;
- les activités intellectuelles, telles que celles pratiquées par les courtiers.

Dans cette affaire, Madeleine X... dirigeait l'entreprise personnelle " Europe Investissement " (EIV), dont l'activité consistait à : recueillir les offres de vendeurs d'immeubles ou de fonds de commerce, rechercher grâce à une diffusion appropriée des éventuels acquéreurs et rapprocher les parties. Dans cette optique, elle avait recours à des annonces dans la presse et faisait souscrire aux vendeurs y répondant un contrat aux termes duquel elle s'engageait à des prestations de publicité contre versement d'une somme dont le montant variait selon l'ampleur de la diffusion convenue. Plusieurs clients, considérant que les prestations fournies n'étaient pas conformes aux stipulations du contrat, portaient plainte pour publicité de nature à induire en erreur et tromperie sur le résultat à attendre de la prestation de service offerte.

Madame X... a été condamnée pour les deux chefs d'accusation. S'agissant de celui qui nous intéresse, la tromperie, la Cour de Cassation considérait, sur le fondement des articles 1er, 5 et 16 de la loi du 1er août 1905 (593 du Code de Procédure Pénale), que « les prestations fournies étaient loin de correspondre à celles qui étaient prévues au contrat » et confirmait donc sa condamnation pour le délit de tromperie.

Par conséquent, les tribunaux ont le choix de poursuivre les cabinets matrimoniaux malhonnêtes parmi trois chefs d'accusation.

Le délit de escroquerie étant plus sévèrement puni que les autres, les magistrats y ont recours plus souvent.

⁷⁹⁷ Crim. 9 juillet 1987 : JCP 1989, Éd. E., II, 15601 note J.-H. Robert

En conclusion, les trois droits ont pour point commun d'appliquer à tous les contrats, qu'ils soient spéciaux ou ordinaires, des règles communes à tous.

La laïcisation des droits permet, par ailleurs, de constater que le courtage matrimonial est un contrat spécial ou ayant des spécificités répondant aux exigences de la morale et respectant le principe de la liberté contractuelle.

La question est de savoir ce qu'il advient de la promesse de mariage dans ces trois droits qui ont pour point commun de devoir composer avec l'évolution de la société qui, pour les sociétés occidentales, va vers une libéralisation des mœurs.

Chapitre 2 : La promesse de mariage, entre bonnes mœurs et libéralisation des mœurs

Comme nous l'avons vu, les fiançailles sont passées d'un statut de « mariage à l'essai » à une phase préparatoire du futur mariage qui ne constitue que de simples préparatifs pour les droits laïcs, mais est un véritable pré-requis pour le droit rabbinique.

Le silence du Code Civil français ne les condamnait pas pour autant à l'invalidité juridique, mais renvoyait aux règles des contrats pour la condamnation à des dommages-intérêts en cas de rupture de la promesse de mariage.

Certes, la solution actuelle du droit français refuse d'accorder une nature contractuelle aux fiançailles, car elles n'ont pas de force juridique, mais elles revêtent une valeur morale.

Parallèlement, le droit israélien admet sa nature contractuelle et sa valeur morale, mais se trouve en difficulté pour appliquer les principes de laïcité, alors que le droit rabbinique, qui est un droit ancien et sans Etat, doit s'intégrer au droit national et composer avec sa laïcité.

Longtemps instrument de l'ordre moral (Section 1), le statut juridique de la promesse de mariage, qu'il soit contractuel ou délictuel, pose donc des difficultés car il peut constituer une entrave à la liberté plus ou moins importante (Section 2). La question est donc de savoir quelle situation est la plus juste et équilibrée.

Section 1 : Un instrument de l'ordre moral

Pendant longtemps l'individu n'occupait pas la place principale, son existence était soumise à celle de la famille. Cette dernière offrait, effectivement des repères plus solides et pouvait, mieux que l'individu, respecter des engagements.

L'engagement pris par la promesse de mariage engageait donc toute la famille et était considérée comme pleinement morale.

Effectivement, la promesse de mariage était « clairement une affaire familiale ayant pour enjeu le contrôle d'une alliance »⁷⁹⁸. L'importance de ce préliminaire au mariage résidait, en droit rabbinique, dans le fait qu'il préparait les membres du couple au changement à venir de leur statut et représentait une certaine pudeur dans la relation homme-femme. Ce qui explique qu'il existe toujours aujourd'hui et est toujours défendu par le législateur rabbinique pour lequel l'acte reste toutefois toujours obligatoire pour pouvoir se marier.

En revanche, elle servait véritablement de outil de préservation des bonnes mœurs dans les sociétés traditionnelles, avant de perdre ce rôle lors de la libéralisation des mœurs : protection de la victime de rupture séduite ou dont le cœur était brisé (Sous section 1), en droit israélien, elle servait de preuve d'une séduction dolosive ou d'une paternité (Sous section 2), en droit français.

⁷⁹⁸ PUGEAULT-CICHELLI (C) « Les fiançailles : affaires conjugales, affaires familiales », chap 1. *in* Actes du colloque « Les transformations de la conjugalité : Configurations et parcours », Dossiers d'études n° 127, dirigé par DAUPHIN (S), Cnaf, avr.2010, p.12.

Sous section 1: De la sanction d'une "séduction masculine" à la réparation d'un "cœur brisé"

Longtemps la promesse de mariage était liée aux bonnes mœurs. Lorsqu'elle était utilisée à des fins de séduction dolosive des sanctions étaient mises en place afin de protéger la femme séduite (1). L'éthique des promettants permettait, par ailleurs, de déterminer si la victime de rupture devait être indemnisée et l'importance de ces indemnités (2). Ce qui était contradictoire avec le principe d'objectivité des jugements garantissant des sanctions proportionnés au préjudice réel (3), posait le problème du fondement légal de la mise en œuvre des principes moraux par la jurisprudence (4) et a été abandonné pour laisser place à la conception de cœur brisé⁷⁹⁹ admettant que l'homme pouvait être victime (5). Ainsi, la notion de séduction dolosive en la matière, fut abandonnée et l'éthique des promettants n'est plus en ligne de compte pour évaluer le préjudice. Seule compte la rupture en elle-même et ses circonstances.

1. La fin d'un archétype: la femme séduite

De 1950 à 1980, la jurisprudence israélienne concevait l'action pour rupture de promesse comme un outil de protection des femmes naïves pour lesquelles rapports intimes rimaient avec mariage et qui avaient été dupées par les promesses de mariage d'hommes malhonnêtes qui, une fois leur objectif atteint, rompaient⁷⁹⁹. Ces femmes, dont la volonté première était d'associer le mariage aux relations intimes, étaient considérées comme des femmes ayant une conduite conforme aux bonnes mœurs. Cette volonté bafouée, elles étaient en droit d'exiger une indemnisation devant le juge. Leur préjudice moral était considéré comme plus important que pour d'autres femmes plus libertines. La honte⁸⁰⁰ dont elles souffraient était considérée être bien plus grave dans la mesure où elles bénéficiaient d'une bonne réputation avant les faits⁸⁰⁰. Selon le juge KISTER, « la honte et la peine » étaient « bien plus importantes lorsqu'une jeune fille » était « tentée par son homme à avoir des rapports sexuels pour la première fois dans le

⁷⁹⁹ GROSSEF ET HALAVI : Op. Cit. P. 136.

⁸⁰⁰ SHOHETMAN (E) : « A propos de l'obligation d'indemnisation en matière de rupture de fiançailles » Isr. Law. Rev. Vol 9 p. 109 1979.

cadre d'une promesse de mariage et que l'homme » rompait ensuite la promesse de mariage, plutôt qu'une fille qui en avait déjà fait l'expérience avant et dont « la promesse pouvait lui sauver son honneur, voire donner un nom à son futur bébé »⁸⁰¹. Le juge avait maintenu cette position lorsqu'il était devenu président de la Haute Cour de justice⁸⁰².

Paradoxalement, cette position était bien enracinée à cette époque et était commune aux juges laïques et pratiquants⁸⁰³. Ainsi, le président de la Cour Suprême, le juge BERENSON (laïque) déclarait dans l'affaire Shaked⁸⁰⁴ : « il va de soi qu'une femme, qui a été séduite et tentée d'avoir des rapports sexuels avec l'homme suite à une promesse de mariage, mérite une plus grande indemnisation »⁸⁰⁵.

L'arrêt du Tribunal régional de Beer Sheba, dans l'affaire Ben Harosh v. Hazan, illustre bien cette position de la jurisprudence⁸⁰⁶ dans la première moitié des années soixante. Dans cette affaire, le couple s'était rencontré dans le but de se marier et s'était fiancé. La demanderesse avait quitté son fiancé à partir du moment où elle le soupçonnait de ne plus vouloir l'épouser. Ce n'est qu'une fois convaincue du sérieux de « son intention de l'épouser »⁸⁰⁷ qu'elle était revenue. La Cour constatait que la demanderesse ne souhaitait avoir de rapports sexuels qu'avec son époux et que son consentement à ces rapports avant le mariage n'était que « le fruit d'une violence morale voire une séduction », car son fiancé lui avait promis

⁸⁰¹ Cour Suprême Arrêt Atia v. Barda 4.3.1955 JP 9 1205 421/54. P. 445.

⁸⁰² Cour Suprêmes Arrêt Marom v Marom 19.6.1967 JP 21 (1) 673 401/66: Il est important de souligner que si à l'occasion d'une promesse de mariage il y a eu une tentation à des rapports intimes, cette tentation donne droit à une action délictuelle dans des cas où l'action contractuelle est impossible, soit elle donne droit à l'obtention de dommages-intérêts pour le préjudice moral au même titre qu'une promesse.

⁸⁰³ SHOHETMAN (E):Op. Cit. P.113: En matière de préjudice tels « la honte, préjudice moral, et la perte de chance de se marier », on ne peut pas comparer une femme qui s'est préservé d'avoir des rapports sexuels hors mariage avec une femme qui entretient librement des rapports intimes avec des hommes même sans promesse de mariage.

⁸⁰⁴ Cour Suprême Arrêt Shaked v Zilberferb 5.9.1974, JP 29 (1) 58/73. P. 154

⁸⁰⁵ Cour Suprême Arrêt Nathan v Abdallah 19.4.1970 JP 24 (1) 617 609/68 P. 466: En cas d'action en justice de cette nature, l'atteinte portée à la réputation et aux sentiments d'une femme qui a fait l'objet de séduction de l'homme qui lui a promis faussement mariage et qui l'a ensuite quittée, est un préjudice principal, comme il a déjà relevé mon cher collègue, le juge Kister.

⁸⁰⁶ Trib. Reg. Beer Sheba. Ben Harosh v. Hazan 2068/62 JP 46 150.

⁸⁰⁷ Ibid. P. 152.

mariage⁸⁰⁸. Elle relevait, par ailleurs, que durant la période où ils s'étaient quittés « la demanderesse s'était abstenue de tous rapports sexuels avec d'autres hommes »⁸⁰⁹. Ce qui confirmait l'état d'esprit de la fiancée. La Cour condamnait donc le défendeur à verser la somme de 5,000 IL en tant que dommages-intérêts à la fiancée victime de séduction dolosive.

Ce qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence française de la seconde moitié du XIXe siècle qui estimait qu'il y avait séduction dolosive lorsqu'un homme séduisait une femme par des manœuvres dont la promesse de mariage. Tout comme la jurisprudence israélienne, la jurisprudence française ne parlait que de femme victime⁸¹⁰ et d'homme séducteur, sans pour autant aller jusqu'à nommer le délit de « séduction masculine » comme en droit israélien. Les juges français émettaient la condition de preuve, à la charge de la victime, de la contrainte et de la résistance à cette contrainte. Les juges israéliens insistaient sur la nécessité, pour la victime, de prouver sa bonne morale et son sérieux.

Ces similitudes n'étaient pas partagées avec le droit rabbinique qui ignorait, et ignore toujours, la notion de « séduction dolosive » mais appliquait la notion de préjudice du fait de la honte.

Cette action avait donc pour but, en droit israélien, de protéger la femme qui succombait à la séduction dolosive parce qu'un homme lui promettait un mariage et rompait la promesse une fois les faveurs obtenues. Cependant, lorsque la femme était déjà mariée ou commettait l'adultère la position du tribunal était différente. Même lorsqu'il tranchait en faveur de la demanderesse, il ne le faisait pas de plein gré et ne s'empêchait pas de lui reprocher son comportement indécent. Cela pouvait avoir des répercussions sur les indemnités reçues. L'arrêt Badash, rendu en 1966 par la Cour suprême, en est une bonne illustration⁸¹¹. Dans cette affaire, la demanderesse était mariée et mère de deux filles lorsqu'elle entretenait une relation avec le défendeur, qui était célibataire. Ce dernier lui avait promis de l'épouser à condition qu'elle divorce, mais lorsque ce fut chose faite, il ne respecta

⁸⁰⁸ Ibid. P. 157-158.

⁸⁰⁹ Ibid. P. 153.

⁸¹⁰ AMBLARD (J). Précité : « toute espèce d'artifice qui a pour but de tromper la fille séduite et de la faire consentir à des relations intimes qu'elle refuse de nouer », p. 121.

⁸¹¹ Haute Cour. Arrêt Badash Op. Cit.

pas sa promesse et épousa une autre femme. Partagé entre compassion et réticence, le juge KISTER déboutait la demanderesse de sa demande à des dommages-intérêts, mais confirmait la décision du tribunal régional quant à la condamnation du défendeur à verser la somme de 7,000 IL en tant que dommage général causé par ses manœuvres frauduleuses (car il n'avait pas l'intention de l'épouser). Selon lui, au regard du droit israélien, la promesse était « contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, car faite à une femme mariée » et au regard du droit rabbinique, la femme adultérine était « interdite à son mari et à son amant »⁸¹². Les juges JOSMAN et BERNSON, quant à eux, rejetaient les conclusions du juge KISTER et octroyaient des indemnités à la demanderesse pour rupture de la promesse de mariage. En revanche, ils ne se prononçaient pas sur les questions de valeurs et de bonnes mœurs. En effet, la décision du juge KISTER était infirmée pour un motif technique de procédure. Les juges ne manquaient cependant pas de rappeler à la demanderesse que la somme d'indemnisation à laquelle elle avait droit était modique et ne lui était due que pour le remboursement des frais engagés⁸¹³.

Par conséquent, pour pouvoir bénéficier du statut de « demandeur exemplaire », dans le cadre d'une demande en réparation pour séduction dolosive, la demanderesse devait prouver, en plus du fait qu'elle était bien victime de séduction dolosive, qu'elle avait une conduite conforme au modèle conservateur. A défaut, les indemnités étaient faibles.

Dans l'affaire Ron v Hazan⁸¹⁴, l'arrêt illustre également parfaitement cette position de la jurisprudence à l'époque. Dans cette affaire, que nous évoquerons davantage ultérieurement, le juge avait diminué les indemnités dues à la victime pour son comportement immoral.

2. Une indemnité subordonnée à la conduite

A partir de 1950, la jurisprudence israélienne s'intéressait surtout aux événements qui précédaient la conclusion de la promesse de mariage. Elle insistait sur la pudeur,

⁸¹² Interdiction de commettre l'adultère. Dix commandements.

⁸¹³ GROSFEF ET HALAVI : Op.Cit. P. 142.

⁸¹⁴ Cour Suprême Ron v Hazan 14 septembre 1976 473/75 JP 31 (1) 40 1976.

le comportement et l'inconduite sexuelle de la femme. Ainsi, un retour sur le passé sexuel de cette dernière, avant sa rencontre avec le fiancé auteur de la rupture, permettait de constater si au moment de leur rencontre elle était vierge. Dans l'arrêt Boukris v Ben-Haim⁸¹⁵, le juge emploie les propos suivants : « Même si on suppose que la demanderesse n'avait pas une bonne réputation et qu'elle entretenait des rapports sexuels avec d'autres hommes, cela n'affecte en rien la rupture de la promesse de mariage »⁸¹⁶.

Dans une autre affaire, le juge rappelait que « lors de la conclusion de la promesse, la demanderesse était célibataire (même si elle n'était pas vierge) »⁸¹⁷. Dans ce sens, l'arrêt de la Cour suprême Ron v Hazan⁸¹⁸ a fait couler beaucoup d'encre et a conduit la doctrine à se demander si « il existe un fondement légal permettant aux juges de réduire les indemnités pour comportement immoral ? »⁸¹⁹. Dans cet arrêt, le juge attirait, effectivement, l'attention sur « l'inconduite et l'immoralité » de la fiancée, qui avait des mœurs légères, afin de justifier la réduction des indemnités qui lui étaient dues : « la défenderesse, qui n'a jamais été mariée, a commencé à avoir des relations sexuelles à l'âge de 17-18ans, () a entretenu ensuite des rapports sexuels avec le demandeur qui était marié à l'époque () a accepté les rapports sexuels avec le demandeur seulement quelques semaines après leur première rencontre, sans même qu'une promesse de mariage ne lui soit faite () ce qui démontre clairement l'inconduite de la défenderesse »⁸²⁰.

La jurisprudence mettait donc l'accent sur la conduite et la moralité de la femme et surtout sur le moment à partir duquel elle consentait aux rapports sexuels. Cette information constituait, en effet, un élément déterminant pour la décision. Si ces derniers avaient commencé avant toute promesse de mariage, cela signifiait que la

⁸¹⁵ Précité.

⁸¹⁶ Trib. Reg. Boukris v Ben-Haim du 1055/65 JP 59 263.

⁸¹⁷ Trib. Reg. Tel-Aviv Barghuiz v Zilver 15.10.1955 1279/54 JP 10 380.

⁸¹⁸ Haute Cour, 14 sept.1976, Ron v Hazan 473/76 JP 31(1) P.40.

⁸¹⁹ GABISON (R) : Application de la morale, indemnités pour rupture de la promesse de mariage et obligation de motiver les décisions de jurisprudence Revue de droit israélien MISHPATIM Vol.8. déc. 1977.P.287.

⁸²⁰ Ibid. P. 47.

femme se conduisait avec peu de moralité et justifiait plus d'indulgence vis-à-vis du fiancé qui était l'auteur de la rupture⁸²¹.

Cette tendance s'explique par le fait que parmi les juges qui présidaient les sessions de la Haute Cour de justice israélienne il y avait des juges religieux qui imposaient davantage leur conception que les juges laïcs dont la présence n'était toutefois pas négligeables.⁸²²

Les justifications du Juge Zilberg de la Cour Suprême, dans l'arrêt Rizenfeld v Jacobson en date du 15 mai 1963, illustrent bien cette tendance de la jurisprudence: « Je n'ai pas le moindre doute sur le fait que les principes moraux connus du peuple juif, en Israël et à l'étranger, condamnent les rapports sexuels hors mariage comme quelque chose d'immoral et honteux () que la femme soit une simple prostituée, une maîtresse ou une *Hetaera* qui signifie en hébreu : prostituée de luxe. La pureté familiale était et est restée un des principes les plus sacrés pour la fondation du foyer juif et les rapports sexuels avec une prostituée ou une maîtresse n'ont jamais contribué à la création d'un tel foyer (). Il est vrai que de nos jours on constate un affaiblissement de la morale familiale et on ne condamne plus ce type de comportement comme on le faisait dans les générations passées, mais personne n'osera dire que le fait d'avoir des relations sexuelles hors mariage est rentré dans les normes et est désormais bien vu. Je suis certain que les sentiments de honte et de culpabilité hantent ces personnes qui agissent de la sorte »⁸²³.

⁸²¹ Haute Cour 7 oct. 1974, Shaked v Zilberfeld JP 29 (1) 151-152 58/73: le juge relevait que la défenderesse enceinte de son fiancé avait consenti à des rapports sexuels avec ce dernier très tôt : « la défenderesse a divorcé en octobre 1962 et a rencontré le demandeur un mois après. Peu de jours sont passés et ils ont commencé à entretenir des relations sexuelles suite auxquelles la défenderesse est tombée enceinte c'est seulement après avoir pris connaissance de la grossesse que les parties se sont inscrites au consistoire pour une date de mariage » ; Cour Suprême, 27 sept.1976, Haik v Victoria 149/75, JP 31 (1) 90 : « Peu de temps après sa rencontre avec le défendeur- et selon ce dernier le soir même- ils ont eu des rapports intimes ».

⁸²² Dans l'affaire Ron v Hazan, du 14 sept.1976, précité, le juge représentant l'avis de la minorité (laïc) n'approuvait pas le motif de son collègue religieux relatif à l'inconduite de la défenderesse, mais il ne s'est pas prononcé sur le principe directeur selon lequel l'inconduite des parties pouvait servir de facteur pour déterminer la hauteur des indemnités.

⁸²³ Cour Suprême, Rizenfeld v Jacobson 337/62 JP 17 1009. Voir aussi les propos du juge Kister dans l'arrêt Badash v Sadé JP 20(1)617 lorsqu'il compare l'action en matière de prostitution telle que décrit dans la Torah à l'action pour rupture de promesse de mariage.

3. Réparation ou sanction ?

Selon la doctrine, cette tendance jurisprudentielle met l'accent sur une contradiction entre le principe interdisant aux juges de condamner les parties à des indemnités-sanction⁸²⁴ et le principe selon lequel l'inconduite des parties doit être prise en compte pour la détermination de la hauteur des indemnités. En effet, selon le premier principe l'objectif unique des indemnités, que ce soit en droit contractuel ou délictuel, est de remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. Ce qui veut dire que le rôle de la Cour se limite à estimer le préjudice subi et à condamner à des indemnités adéquats. Ce qui leur interdit d'augmenter ou de diminuer ces indemnités. Or, selon le deuxième principe, les juges ont la compétence, à titre exceptionnel, de ne pas appliquer le premier principe afin de condamner un comportement immoral⁸²⁵. Ainsi, le juge SHORSHEVSKI va jusqu'à motiver sa décision par un principe issu du droit rabbinique « Hakol lefi hamevayesh vehamitbayesh »⁸²⁶, ce qui correspond à la règle relative à l'estimation des préjudices en cas de honte et calomnie. Et ce alors que de nombreux arrêts⁸²⁷ ont jugé qu'une action pour rupture de promesse de mariage ne relève pas du statut personnel (application exclusive du droit Rabbinique), mais plutôt de la compétence du droit des contrats israélien.

Dans cet arrêt Ron v Hazan, le fiancé avait mis fin au projet de mariage suite à l'opposition de ses parents, mais maintenait sa promesse de mariage sans jamais la tenir pour garder une relation avec la jeune femme. Ils se séparent alors que la femme est enceinte de quatre mois. Considérant le comportement de la femme libertin et contraire aux bonnes mœurs, le juge SHORSHEVSKI avait condamné le fiancé mais avait diminué de moitié le montant des indemnités fixée par le tribunal régional (de 20,000 IL à 10,000 IL) : « La demanderesse n'a pas eu un comportement digne d'une femme pudique, elle a consenti à une relation sexuelle hors mariage. D'autre part son passé démontre aussi un comportement très libertin avec un homme marié avec lequel elle avait eu des rapports sexuels ».

⁸²⁴ SHORSHEVSKI (B) : *Le droit de la famille* Ed. Shakmona. Vol II.1967. P. 19.

⁸²⁵ GABISON (R) : Op. Cit. P. 285.

⁸²⁶ Encyclopédie Talmudique. Vol. III. P.46. *Honte*

⁸²⁷ Arrêt de principe Barghuiz v Zilver précité.

4. Un pouvoir judiciaire ...censorial

Un fondement légal permet-il au juge d'agir ainsi. Si il peut se servir des indemnités comme d'un outil au service de la morale⁸²⁸. Et si oui, quelle morale ? Existe t-il des idéaux moraux [objectifs]?

L'augmentation du montant des dommages et intérêts, par rapport à ceux habituellement prévu compte tenu du préjudice subi, a déjà été appliqué en Israël. En effet, lorsque l'auteur du dommage a eu l'intention de causer le préjudice⁸²⁹ il y a aggravation. De même, lorsque le comportement de la victime elle-même était préjudiciable, il y a exonération totale ou partielle. Ce qui justifie la condamnation au paiement de dommages et intérêts supérieurs ou inférieurs, selon les cas, à ceux prévus par le texte.

Cependant, s'agissant de l'arrêt Ron v Hazan, la demanderesse n'avait pas trompé le défendeur, elle ne lui avait pas manqué de respect et n'avait pas profité de lui. La seule chose qui lui était reprochée était qu'elle avait eu des relations sexuelles hors mariage avec d'autres hommes et le demandeur lui-même avant la promesse de mariage. Pourtant, le Président de la Cour avait décidé que bien qu'elle ait subi un préjudice elle obtiendrait des indemnités inférieures à celles prévues. Il semblerait donc que ce dernier avait fait recours à ses propres valeurs morales juives-religieuses et avait outrepassé ses pouvoirs en allant au-delà de ce que la loi prévoyait en la matière.

L'intervention de la société dans la conduite de l'individu n'est, d'ailleurs, pas recommandé dans une démocratie⁸³⁰. Elle ne devrait être possible que si elle cause un préjudice.

En effet, selon HART et MILL, la limitation de la liberté doit être exclue et dans les cas exceptionnels où elle pourrait se produire, elle doit être justifiée. Le fait qu'un comportement soit considéré immoral n'est pas une raison suffisante pour la limiter directement (par interdiction) ou indirectement (par réduction des indemnités dues, par exemple).

⁸²⁸ MAYNE & McGregor : *On Damages* London. 12^e Ed. 1951. 207.

⁸²⁹ Arrêt Shneider v Glik 1955 216/54 JP 9 1331, 1335.

⁸³⁰ HART (H. L.A.): *Law, Liberty and Morality* Staford U.P., 1963.

Selon DEVLIN, la société peut recourir au système de droit afin de protéger ses propres valeurs morales⁸³¹. Ce qui veut dire que des condamnations peuvent avoir lieu en fonction des mœurs propres à la société. Cependant, cela n'est envisageable que si le législateur en a donné le pouvoir au juge.

Dans la société moderne de l'État d'Israël, une partie de la population est très attachée au droit rabbinique ou aux principes conservateurs de la morale sexuelle et une autre partie, tout aussi importante, adopte des règles morales différentes⁸³². La question est donc de savoir quelles mœurs appliquer ?

Bien que le juge SHORSHEVSKI était conscient que sa conception ne représentait pas la majorité de la population israélienne de l'époque, il était passé outre en appliquant des principes de morale juive, considérant que la jeune femme était concernée car elle faisait partie de la population conservatrice⁸³³.

Cependant, la doctrine israélienne⁸³⁴, qui critiquait cette décision, relevait qu'il était impossible pour un juge de ne condamner que l'inconduite sexuelle de la femme sans en faire autant avec l'homme, car, dans ce cas, il y aurait rupture de l'égalité des sexes.

Cet arrêt, et bien d'autres du même type, recevait de vives critiques⁸³⁵, ce qui conduisait la jurisprudence, guidée par la morale religieuse du juge, à abandonner l'usage de l'indemnité proportionnée au comportement éthique de l'auteur du préjudice ou de la victime.

5. La reconnaissance de l'homme victime au nom de l'égalité

Conformément à l'évolution socio-juridique de la société⁸³⁶, la jurisprudence israélienne ne cherche plus à défendre des femmes naïves victimes de la séduction

⁸³¹ DEVLIN (S): *The Enforcement of Morals* Oxford U. P., London, 1965.

⁸³² GABISON (R) : Op. Cit. P. 295.

⁸³³ Le juge relève le fait que la défenderesse est une femme juive. Or, selon la Halacha, toute femme juive doit posséder les vertus suivantes; la retenue et la pudeur, à défaut elle ne mérite pas qu'on s'allie à elle. Talmud. Yebamot. 71a.

⁸³⁴ GABISON (R) : Op. Cit. P. 298.

⁸³⁵ Le Professeur Gabison critiquait sévèrement la décision rendue par le juge Shorshevski lors de l'affaire Ron, lorsqu'il prenait en considération le comportement général contraire aux bonnes mœurs de la demanderesse pour décider de son droit à être indemnisée des dommages qu'elle a subis suite à la rupture de la promesse de mariage (GABISON .R. Op. Cit. P. 293).

⁸³⁶ GROSFEF ET HALAVI. Op. Cit, P. 117

masculine. Cette figure mythologique disparaît de l'anthologie juridique pour laisser place à une autre figure : celle du demandeur ou de la demanderesse ayant le cœur brisé.

Le demandeur d'une action pour rupture de promesse de mariage n'a plus d'identité sexuelle, il peut être un homme ou une femme. Ils sont égaux et ont choisi librement leur relation, ils sont, donc, « tous les deux au même titre victimes de la rupture de promesse de mariage »⁸³⁷. Ces changements dans la conception juridique de l'action pour rupture de promesse de mariage reflètent la mise en avant par la jurisprudence d'un traitement égalitaire entre l'homme et la femme. A l'exception de l'arrêt Plonit⁸³⁸, pour lequel la figure de *gold digger* est utilisée - c'est-à-dire la figure de la femme qui séduit puis profite de façon manipulatrice et ironique de ces actions afin de ruiner l'homme - la jurisprudence israélienne n'utilise plus la notion de *réduction* et ne pointe plus du doigt le fait d'avoir une intimité avant le mariage.

Selon un arrêt démonstratif de cette conception moderne : « contrairement au passé, aujourd'hui les couples qui se connaissent depuis quelque temps ont pour habitude de s'installer ensemble, soit pour leurs propres confort, soit pour mieux se connaître afin d'envisager éventuellement un avenir commun »⁸³⁹.

La jurisprudence met donc l'accent sur le fait que les relations solides sont les fondements d'une vie heureuse à deux. La seule rupture ne peut donc pas représenter la majorité de la peine de la personne quittée : elle fait le deuil de l'amour qui n'est plus, alors que la promesse n'est que la conséquence de cette perte et pas la cause principale de son préjudice. Il se pourrait très bien que cette

⁸³⁷ Haute Cour. Triki v Maman 416/91 JP 47(2)659.

⁸³⁸ Haute Cour. Plonit 6050/97 JP 98 (1) 176 : « À supposer qu'il y a eu de la part du défendeur une promesse de mariage qu'il a ensuite rompue, il n'a pas été prouvé que la demanderesse ait subi un préjudice moral telle la honte ou la déception. Les parties ont eu des rapports sexuels durant six ans avant la grossesse et bien avant que le défendeur lui ait fait la promesse de mariage. Le couple vivait en concubinage, dès lors quelle honte il peut y avoir dans la rupture de la promesse de mariage alors que les parties avaient déjà eu des rapports sexuels et la demanderesse attendait même un enfant. Et arrêt Ben Haros v Susan 18.9.2002 118/02 : « la demanderesse n'a pas été blessée de cette rupture car elle était déjà mariée dans le passé et avait eu un enfant ».

⁸³⁹ Haute Cour. Karny v. Hadjaj 54611/93 JP 97(3) 3252.

rupture de la promesse de se marier soit celle qui a émis l'espoir chez le demandeur d'une possible vie heureuse et lui aurait évité un mariage sans amour⁸⁴⁰.

La nouvelle conception utilise deux nouvelles figures, valables pour l'homme comme pour la femme : la personne souffrant d'un chagrin d'amour et ayant le cœur brisé ou la personne ruinée (financièrement) suite à la rupture de promesse de mariage.

Le préjudice principal diffère selon la situation, pour la première figure le demandeur subit une souffrance sentimentale, ce qui est irréparable en justice. Pour la deuxième figure, le demandeur subit une perte financière, ou un préjudice matériel, ce qui est réparable. Par conséquent, les seuls préjudices réparables juridiquement sont le préjudice matériel, celui des dépenses avancées pour le mariage projeté ou des cadeaux de fiançailles, ainsi que le dommage moral (la déception) suite à l'annulation du mariage.

La vision de la femme délaissée par son fiancé comme « marchandise de second choix qui ne trouve pas sa place dans la société après la rupture »⁸⁴¹, est, par conséquent, abandonnée. En raison de cette suppression du préjudice social dont l'objectif était d'indemniser la honte de la femme-victime, le préjudice moral (la déception), pour lequel les dommages-intérêts ont toujours été très modestes, est effectivement resté une composante principale du préjudice général en cas d'action pour rupture de promesse de mariage⁸⁴². Ce qui n'est pas sans similitudes avec le droit français qui, après une période durant laquelle la promesse de mariage était gardienne des mœurs, écartait la notion de séduction dolosive pour laisser place à la possibilité d'engager la responsabilité (délictuelle) de l'auteur de la rupture de la promesse pour les dommages causés.

⁸⁴⁰ GROSFEE ET HALAVI : Op.Cit. P. 147.

⁸⁴¹ Arrêt Boukris v Ben-Haim précité JP 59 263 1055/65.

⁸⁴² GROSFEE ET HALAVI : Op. Cit. P.126.

Sous section 2 : La désuétude d'un instrument de l'ordre moral

Définie comme « un fait juridique orienté vers le mariage civil par une promesse, mais soumis à la liberté matrimoniale »⁸⁴³, les fiançailles sont toujours susceptibles de ruptures. « Tant qu'on n'est pas marié, on peut renoncer »⁸⁴⁴.

C'est à l'évolution de la jurisprudence que l'on doit le fait que les promesses de mariage soient considérées comme des actes sans valeur juridique, mais dont la rupture est susceptible de donner droit à réparation. Ce qui était d'un grand secours, entre le XIXe et le XXe siècle, pour les jeunes mères séduites et abandonnées (1) avec un enfant pour lequel la possibilité de faire établir la filiation de leur père, en utilisant notamment la promesse en tant que preuve, changeait selon les époques (2).

1. Une manifestation de la sollicitude du juge pour la fille-mère

En cas d'inexécution d'une promesse de mariage, la mère séduite pouvait demander réparation du préjudice qu'était la grossesse et/ou l'enfant. Deux fondements à sa demande s'offraient à elle : celui de l'inexécution d'une obligation et celui de la séduction dolosive.

Sur le fondement de l'article 1142 du Code civil, la jurisprudence considérait effectivement que l'inexécution d'une promesse de mariage causait un préjudice surtout lorsque la jeune femme était enceinte. Le préjudice réel étant la grossesse. Ainsi, la Cour impériale de Nîmes soutenait que « l'inexécution volontaire de toute promesse obligatoire » donnait droit à l'ouverture d'une action en réparation et que le principe devait « être surtout observé en matière de promesse de mariage, où les infractions de cette nature » avaient « pour ordinaire des conséquences plus fâcheuses »⁸⁴⁵.

⁸⁴³ PUGEAULT-CICCHELLI (C) « Les fiançailles : affaires conjugales, affaires familiales », chap 1. *in* Actes du colloque « Les transformations de la conjugalité : Configurations et parcours », Dossiers d'études n° 127, dirigé par DAUPHIN (S), Cnaf, avr.2010, p.13.

⁸⁴⁴ Ibid.

⁸⁴⁵ C. imp. Nîmes, 6 août 1806, aff. Rey c/ Brigitte Magalon : S. 1805-1806, II, 476. Même solution pour Colmar, 29 juil. 1806 : S. collec. Nll. t.1, II, 200.

La Cour de Cassation confirmait, par son arrêt du 21 décembre 1814, cette admission du préjudice de la mère.

Elle précisait que cette action exigeait l'aveu de paternité du séducteur et l'allocation d'une indemnité, puis qu'elle était réservée à la mère.

En effet, si l'aveu n'était pas un acte authentique, il ne pouvait en aucun cas donner lieu au versement d'une pension alimentaire pour l'enfant, car cela revenait à une action en recherche de paternité. Ce qui était en contradiction avec les articles 334 et 340 du Code civil de l'époque (sur lequel nous reviendrons ultérieurement).

La jurisprudence privilégiait donc la prééminence de la promesse de mariage.

La séduction, seule, suivie d'une grossesse ne suffisait pas à justifier une demande en dommages et intérêts. La grossesse était considérée comme un élément secondaire.

La Cour impériale de Paris soutenait, en effet, que la recherche de paternité était interdite et que donc « il ne restait pour justifier la demande, que la promesse de mariage »⁸⁴⁶.

Cependant, cette dernière devait être prouvée par un écrit, un commencement d'écrit, voir des « présomptions graves, précises et concordantes »⁸⁴⁷.

Toutefois, la même année, la Cour impériale de Nancy admettait le principe de la responsabilité sans qu'il y ait nécessairement de promesse de mariage, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁸⁴⁸.

Ainsi, quelque-soit le fondement sur lequel la jeune mère s'appuyait, l'article 1142 ou l'article 1382 du Code civil, si le séducteur lui avait fait une promesse de mariage qu'elle pouvait prouver, elle était admise à demander réparation du préjudice qu'était sa grossesse et/ou l'enfant.

La jeune femme séduite pouvait se fonder sur l'article 1382 du Code civil, pour séduction dolosive.

Sous la pression des faits, la jurisprudence était, effectivement, contrainte d'introduire le concept de "*séduction dolosive*".

La femme pouvait intenter une action contre son amant qui :

⁸⁴⁶ C. imp. Paris, 19 janv. 1865 : S. 1865, II, 6.

⁸⁴⁷ Ibid.

⁸⁴⁸ C. imp. Nancy, 25 fév. 1865 : S. 1865, II, 1865.

- l'avait séduite par des manœuvres dolosives ;
- avait eu recours à une promesse de mariage fallacieuse ;
- avait abusé de la supériorité due à son âge, de sa position sociale, de son influence.

La jurisprudence estimait qu'il y avait là un délit dont la victime avait le droit de demander réparation, si elle pouvait prouver conjointement la contrainte et sa résistance à cette contrainte.

Ce type de manœuvres dolosives était défini comme :

- « toute espèce d'artifice qui a pour but de tromper la fille séduite et de la faire consentir à des relations intimes qu'elle refuse de nouer »⁸⁴⁹.
- « tous artifices ou manœuvres employées pour surprendre son consentement ou vaincre sa résistance »⁸⁵⁰.

Le premier délit reconnu, et celui qui était le plus souvent invoqué et nous intéresse avant tout, était la promesse de mariage « employée comme moyen de séduction, de mauvaise foi, avec intention de ne pas la tenir, et uniquement comme ultime moyen d'arriver à ses fins »⁸⁵¹.

Ainsi, lorsqu'une jeune femme était, notamment, séduite par une promesse de mariage non tenue, elle pouvait, selon un arrêt de la Cour de cassation en 1845, réclamer le paiement de dommages et intérêts pour séduction dolosive lui ayant causé un préjudice matériel et moral : l'enfant naturel. Ce dernier constituait le dommage⁸⁵².

Toutefois, cette action était toujours réservée à la mère : En 1852, la Cour de Bordeaux accueillait la demande d'une jeune femme séduite suite à une promesse de mariage. La Cour lui allouait des dommages et intérêts, mais rejetait sa demande visant au paiement d'une indemnité pour l'enfant fruit de cette séduction⁸⁵³.

Les magistrats disposaient que « lorsqu'un fait de séduction certain, incontestable, avouée » venait « se joindre le fait également certain d'une

⁸⁴⁹ AMBLARD (J). Précité, p. 121.

⁸⁵⁰ DABERT (J) « De la responsabilité civile du séducteur », Thèse. Faculté de droit de Paris, Imp. de H. Jouve, 1908, p.44.

⁸⁵¹ AMBLARD (J). Précité, p. 122.

⁸⁵² Cass. civ., 24 mars 1845, aff. Labia c/ Baysse : S. 1845, I, 539.

⁸⁵³ Bordeaux, 23 nov. 1852 : S. 1853, II, 246.

promesse de mariage, employée comme séduction, ayant agi avec efficacité et amené la faute et la grossesse », il pouvait y avoir réparation.

Cette jurisprudence fut constante jusqu'au XXe siècle.

Encore en 1963, la Cour de Cassation estimait que la rupture de la promesse de mariage faite à la mère de son enfant, après avoir appris sa grossesse, revêtait un caractère fautif⁸⁵⁴.

De même, la doctrine considérait que le père qui n'exécutait pas sa promesse de mariage, faite à la mère de son enfant, méritait condamnation afin de réparer le préjudice⁸⁵⁵.

Par conséquent, si l'amant promettait faussement le mariage, la séduction devenait une faute, en vertu de l'article 1382 du Code civil, et la victime pouvait obtenir des dommages et intérêts.

Cependant, la jurisprudence se fondait sur l'article 1341 du Code civil pour exiger que cette dernière fasse la preuve de la promesse, au moyen d'écrits.

La Cour de cassation exigeait, en effet, que la preuve par écrit ou que la promesse soit rendue vraisemblable par un commencement de preuve par écrit.

Dans ce sens, la Cour suprême déboutait une jeune femme séduite au motif que : « si l'articulation formulée avait pour objet la preuve d'un acte dolosif, elle tendait en même temps à établir l'existence d'un engagement, laquelle portait donc à la fois sur un fait pur et simple et sur un fait juridique et qu'en raison de cette complexité elle ne pouvait, vu l'importance du litige, être déclarée recevable qu'autant qu'il eût existé un commencement de preuve par écrit ou que la demanderesse eût démontré qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de se procurer un document de cette nature »⁸⁵⁶.

Toutefois, les Cours d'appel autorisaient la preuve par témoins, car la demande en réparation était fondée sur l'article 1382 du Code civil⁸⁵⁷. Ce qui pouvait faire échapper aux règles de la preuve littérale.

⁸⁵⁴ Civ 1^{re}, 7 juin 1963, Bull. civ. I, n° 292 ; D. 1964.621, n. J. Pradel.

⁸⁵⁵ DE BERMOND DE VAULX (J-M) « La promesse de épouser sa maîtresse », chron. XXVII, 1966, n° 8, p. 138.

⁸⁵⁶ Civ. 2 déc. 1907 : D.P. 1908, 1, 201. Dans le même sens : Civ. 3 déc. 1924 : D.P. 1925, 1, 124.

⁸⁵⁷ Nancy, 22 déc. 1921 : Gaz. Pal. 1922, 1, 367 ; Poitiers, 28 mars 1927 : Gaz. Pal. 1927, 2, 227 ; Poitiers, 29 oct. 1928 : D.P. 1929, 2, 19, note. VOIRIN.

Par ailleurs, il faut rappeler que la séduction par manœuvres dolosives ne consistait pas seulement en une promesse de mariage fallacieuse. Bien qu'elle facilite la constatation des manœuvres, la responsabilité du séducteur pouvait être admise sans qu'il y ait promesse de mariage : « la mère, au contraire, sans porter atteinte à l'article 340, et en dehors de la recherche de la paternité » pouvait « invoquer le principe général de l'article 1382, et trouver la cause de justes dommages et intérêts dans des circonstances » qui établissaient que sa volonté avait pu être « entraînée ou dominée par des manœuvres (), ayant permis à l'homme d'abuser de sa faiblesse () et de lui causer ainsi un préjudice dont il devrait réparation »⁸⁵⁸. « Le seul fait de la séduction » n'était pas « une faute engageant la responsabilité de son auteur ». Cela n'était possible que lorsque l'amant avait « recours à des manœuvres dolosives pour séduire »⁸⁵⁹.

La séduction avouée par écrit pouvait donc suffire à condamner le séducteur au paiement de dommages et intérêts, voire une pension pour les enfants, résultats de cette séduction, pour lesquels le père avait promis à la mère de subvenir à leurs besoins⁸⁶⁰.

Jurisprudence confirmée par les Cours impériales de Metz⁸⁶¹ et de Nîmes.

Cette dernière soutenait que « pour admettre une action en dommages et intérêts, la doctrine et la jurisprudence » n'exigeaient pas « qu'il y ait eu promesse de mariage », qu'il suffisait « qu'il y ait séduction exercée sur une fille jeune et naïve par une personne d'un âge plus avancé »⁸⁶².

La Cour allait jusqu'à condamner l'homme à verser des indemnités à la jeune mère « tant en son nom personnel que comme tuteur de sa fille mineure ».

Ces jurisprudences de la fin du XIXe siècle, confirmées⁸⁶³ par la suite, annonçaient l'arrivée imminente d'un texte autorisant la recherche de paternité.

⁸⁵⁸ Bordeaux, 23 nov. 1852 : S. 1853, II, 246.

⁸⁵⁹ CAPITANT (H) « Le permis de séduire », D. 1933, n°1, chron., p. 1 à 4.

⁸⁶⁰ Cass. civ., 26 juil. 1864 : S. 1865, I, 33 à 40.

⁸⁶¹ C. imp. Metz, 20 avr. 1866, aff. Rouyer c/ Bérault : S. 1866, II, 176.

⁸⁶² C. imp. Nîmes, 2 janv. 1867 : S. 1867, II, 39.

⁸⁶³ C. imp. Dijon, 1 déc. 1868, aff. Leclerc c/ Vellut : S. 1869, II, 15.

2. L'effacement progressif de l'ordre moral par la vérité biologique

L'enfant n'avait pas le droit d'établir sa filiation paternelle jusqu'en 1912.

Toutefois, les mœurs ayant évoluées, dès 1993, il n'était plus nécessaire à la mère et l'enfant de se fonder sur la séduction dolosive pour obtenir réparation.

En effet, la société moderne n'est plus celle dans laquelle le mariage était le résultat d'une stratégie sociale et économique et où la rupture lors des négociations représentait une atteinte à la bonne foi.

Dans l'ancien droit, la paternité naturelle ne conférait ni droits ni obligations familiaux et surtout aucun droit de succession. La preuve par tous moyens était donc facilement admise. La règle *virgini praegnantis semper esse creditur* (c'est la fille enceinte que l'on doit croire lorsqu'elle désigne le père de son enfant) permettait de faire pourvoir le prétendu père ou sa famille, au moins à titre provisoire, aux besoins de l'enfant. Généralement, les premiers frais de la naissance et la fourniture des aliments.

Cette règle entraînait plusieurs dérives. Certaines jeunes femmes en profitaient pour attribuer mensongèrement la paternité de leur enfant aux personnes les plus riches et les plus considérées⁸⁶⁴.

En réponse à ces abus, sous la Révolution des droits successoraux étaient accordés à l'enfant naturel et la filiation paternelle n'était admise que par la seule volonté du père exprimée dans un acte authentique (L.12 Brumaire an II). Toute action en justice était donc interdite.

Au début du XIXe siècle, la filiation paternelle naturelle n'était admise que si le père naturel reconnaissait volontairement l'enfant. L'établissement des filiations adultérines ou incestueuses était totalement interdit.

⁸⁶⁴ Parlement de Grenoble, 1774. Affaire dans laquelle une jeune fille de 15 ans désignait un sexagénaire privé d'un oeil et estropié d'une jambe aisé, qu'elle avait rencontré trois fois, pour père de sa fille. Selon l'avocat général Servan: "*Sa seule présence réfute une grossesse; il suffit de le voir pour le croire innocent; Anne entre vierge chez F. et de son aveu, le troisième jour, elle sort enceinte ! Ce qu'on peut dire de plus honorable pour cette fille, c'est qu'elle ment... Quel est ce témoin à qui sont accordés des privilèges qui eussent honoré le vertueux Caton ? C'est une fille convaincue de faiblesse; on nous donne pour garant de sa conduite une pudeur qu'elle n'a plus*". SERVAN, « *Discours dans un procès sur une déclaration de grossesse* », Lyon, 1774, p.24.

En 1804, en vertu de l'article 340 du code civil, disposant que « *La recherche de paternité est interdite* », la recherche de paternité était inconcevable pour Napoléon, sauf dans le cas d'enlèvement de la mère.

Selon ce dernier : « *La société n'a pas intérêt ce que les bâtards soient reconnus* ».

Le législateur justifiait sa position en se fondant sur deux raisons :

- Le risque d'une déclaration mensongère de la femme ;
- La difficulté de la preuve : « *La loi n'a pas les moyens de vérifier ces faits et essayant des preuves, elle produirait plus de mal par le scandale de ses poursuites que la menace de la peine ne produirait d'avantages* »⁸⁶⁵.

Les hommes pouvaient ainsi refuser d'assumer une paternité hors mariage et étaient déresponsabilisés des conséquences de leurs relations sexuelles. Qu'il y ait promesse de mariage ou pas, séduction dolosive, voir même lorsque la grossesse était le résultat de relations intimes obtenues par la contrainte, toute demande en réparation était refusée.

Selon les rédacteurs du Code, le fait d'accorder des dommages et intérêts à la jeune femme revenait à admettre une recherche de paternité déguisée.

Par cet article, le législateur privait aussi tous les enfants, nés hors mariage, de leur droit de rechercher leur père.

Ainsi, seule la femme portait la responsabilité d'avoir été séduite.

Les femmes étaient donc considérées par les juristes et les magistrats comme les seules responsables. *Volenti non fit injuria*⁸⁶⁶.

Selon ZACHARIAE, dans un cours sur le code civil français, en 1856: « *On peut comparer toute personne nubile et non mariée à une forteresse. Celui qui fournit le dessein de la séduire et d'une manière générale, tous les célibataires peuvent être considérés comme formant l'armée du siège, à laquelle il arrive aussi que les hommes mariés fournissent leur contingent. Les femmes succombent, comme les forteresses, quand l'attaque est bien menée ou quand elles sont mal défendues. Il s'agit de savoir si elles se rendent le plus souvent par suite de la vigueur de l'attaque*

⁸⁶⁵ ROSSI (M.P), « Traité de droit Pénal », 1850, cité par DESIRE LEGRAND (L) « Le mariage et les m urs en France », Hachette, Paris, 1879. p.340-341.

⁸⁶⁶ *Volenti non fit injuria* = celui qui donne son consentement n'éprouve pas de dommages.

ou de la faiblesse de la défense. On a toutes raison de croire que citadelles féminines capitulent généralement faute de résistance assez énergique et prolongée ».

Il concluait, pour justifier la responsabilisation des femmes, que : « *Le moyen le plus propre à encourager (les femmes) à la résistance, c'est de leur rendre aussi redoutables que pesantes les conséquences de la capitulation* »⁸⁶⁷.

Ainsi, le Tribunal d'Aix, jugeait, en 1873, qu'il « *serait très dangereux pour la morale, que les jeunes filles dont le premier devoir est de défendre leur honneur et de le mettre à l'abri de toute atteinte, puissent espérer trouver une source de bénéfice dans une faute qu'elles doivent éviter à tout prix* »⁸⁶⁸.

Selon ce jugement, les femmes étaient coupables en dénonçant les hommes de « *trahir les devoirs liés à la réserve que leur sexe » leur assignait.*

Il faut préciser que cette impunité concernait aussi les rapports intimes avec des jeunes filles mineures.

Pour se justifier, le législateur affirmait « *pouvoir croire abandonner les jeunes personnes à la vigilance de leurs parents, à la garde de la religion, aux principes de l'honneur, à la censure de l'opinion* »⁸⁶⁹.

Par conséquent, « non seulement les pouvoirs sexuels des hommes » étaient donc « protégés par l'interdiction de recherche de paternité, par l'autorisation d'avoir une maîtresse hors du foyer conjugal, par la législation en matière de prostitution » qui conférait aux prostituées « l'entière responsabilité de leur "conduite", mais en outre, c'est - en toute justice - que les hommes » étaient « garantis dans leur droit à la possession sexuelle des jeunes filles, indépendamment de toute appréciation sur les moyens employés, ou sur les rapports de force en présence »⁸⁷⁰.

Ces impunités et déresponsabilisations des hommes avaient de très graves conséquences :

⁸⁶⁷ Cité dans POUZOL (A) « La recherche de paternité. Étude critique de sociologie et de législation comparée », Bibliothèque de sociologie internationale, Paris. V. Giard et Brière, 1902, p. 231.

⁸⁶⁸ Tbl. d'Aix, 11 août 1873. cité par AMBLARD (J) « De la séduction », Thèse, Faculté de Droit, Paris 1908, p. p. 217.

⁸⁶⁹ Cité par GIGOT (A), Ancien Préfet de police, « *La séduction et la recherche de paternité* », in « La Réforme Sociale », 1er février 1902.

⁸⁷⁰ LOUIS (M-V) « La séduction dolosive par abus d'autorité : Les débats juridiques », chap. VII. in « Le droit de cuissage, France 1860-1930 », Ed. de l'Atelier, Paris, 1994, p. 178 à 204.

LE PLAY, notait la progression, de 1810 à 1833, du nombre d'enfants abandonnés de 55 800 à 130 945⁸⁷¹.

DAUBIE relevait, pour sa part, que de 1825 à 1836, le nombre d'attentats à la pudeur sur les enfants avait doublé, puis triplé de 1836 à 1850. Elle ajoutait que, depuis 1850, la progression était si ascendante que ces délits représentaient plus de la moitié des accusations contre les personnes en 1869⁸⁷².

Ce qui ne s'était pas arrangé à la fin du siècle, en dépit de toutes les restrictions posées par la suite. La Cour d'assises de Paris, à la fin du XIXe siècle, avait même deux sections pour juger des attentats à la pudeur ou les viols⁸⁷³.

Par conséquent, la justice ne répondait plus aux besoins de la société qui l'accusait de laxisme. Beaucoup d'injustices provoquaient la colère des citoyens qui considéraient que la notion d'égalité était ignorée.

Dans le cadre de sa thèse de droit, AMBLARD, en 1908, jugeait sévèrement la législation de l'époque dans ce domaine : « *Notre loi est injuste et mal faite. La justice amène sur le banc d'infamie celle qui a eu tous les ennuis, qui a couru tous les dangers et laisse libre celui qui a eu tous les plaisirs et ne veut point en assumer la responsabilité.*

Le vrai coupable, c'est le séducteur ; il est la cause déterminante, quand il n'est pas le complice, et malgré cela il peut aller la tête haute, comme conquérant, fier de victoires à la Pyrrhus qu'il a remportées sur un ennemi incapable de se défendre, sur une victime que sa misère sociale et sa détresse morale mettaient à sa discrétion»⁸⁷⁴.

Le pouvoir des hommes était ainsi devenu, dans ses excès « porteur d'une remise en cause () de l'institution dont ils devaient être les garants »⁸⁷⁵.

Cette situation amenait certains auteurs à considérer que les responsabilités étaient partagées. Ils estimaient que bien que « *la femme séduite* » ne pouvait pas « *se dire innocente* », la responsabilité de l'homme devait néanmoins être posée⁸⁷⁶.

⁸⁷¹ LE PLAY (F) « L'organisation du travail selon la coutume des ateliers et la loi du décalogue », Ed.Tours A. Mame et fils, Paris, 1870, p. 196.

⁸⁷² DAUBIE (J) « La femme pauvre au XIXe siècle », Guillemin, Paris, 1866, p.181.

⁸⁷³ GHIO (A) « Essai Sur la condition de la femme en Europe et en Amérique », Paris, 1882, p. 410.

⁸⁷⁴ AMBLARD (J). Précité, p. 177

⁸⁷⁵ LOUIS (M-V). Précité.

POUZOL déplorait, pour sa part, que la société protégeait davantage les biens que les individus et que ce désintérêt pour l'humain concernait plus précisément les femmes : « *On condamne l'individu qui voulant se faire remettre de l'argent fait usage d'une fausse qualité, emploie des manœuvres frauduleuses et l'on ne pourrait condamner ces escrocs de l'hyménée qui séduisent leur fiancée et l'abandonne* »⁸⁷⁷.

La suppression des actions téméraires par le Code Napoléon mettait l'enfant naturel et sa mère en situation de victimes. Ce qui explique la réintroduction dans le Code Civil en 1912 de la possibilité d'ententer une recherche en paternité. En effet, la loi du 16 novembre 1912, modifiait l'article 340 du Code civil, afin de permettre aux enfants naturels d'effectuer une action en recherche de paternité naturelle dans cinq cas limitatifs :

- enlèvement ou viol, les faits s'étaient produits à l'époque de la conception ;
- séduction par manœuvres dolosives ;
- aveu écrit et non équivoque du père ;
- concubinage du père et de la mère à l'époque légale de la conception ou relations stables et continues ;
- participation du père à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père.

Les fiançailles étaient donc également réintroduites via l'ouverture de la recherche de paternité naturelle et la publication au début du XXe siècle de quelques travaux liant espaces liturgique et juridique⁸⁷⁸.

La doctrine s'interrogeait, notamment, sur la bivalence de l'expression légale « promesse de mariage ou fiançailles », pour un des cas d'ouverture de l'action.

Le texte entendait-il deux cas d'ouverture ou un seul, considérant que les deux ne faisaient qu'un. Selon la chambre des requêtes de la Cour de cassation, la promesse n'avait pas à revêtir le cérémonial traditionnel⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ DE LA JONQUIERES (A) « De la preuve de la filiation en droit romain et de la recherche de paternité en droit français », Thèse, Faculté de droit de Paris, Imp. Goupy et Jordan, 1878, p. 78.

⁸⁷⁷ POUZOL (A). Précité, p. 318.

⁸⁷⁸ COULMONT (Baptiste), « « Politiques de l'Alliance », les créations d'un rite des fiançailles catholiques », Archives de Sciences sociales des religions, juillet-septembre 2002, n°119, pp.5-27.

⁸⁷⁹ Req., 5 juil. 1917 : D. 1919, I, 21 ; Gaz. Pal., 1916-1917, 864.

Seul l'enfant pouvait agir ou sa mère, durant sa minorité (dans un délai de deux ans après l'accouchement, la cessation du concubinage ou de l'entretien). Dans le cas d'une promesse de mariage ou de fiançailles, mais aussi dans les cas de manœuvres dolosives et abus d'autorité, la tromperie ou l'abus devait être prouvé.

Selon la Cour suprême, pour exercer cette action, il fallait que la promesse ait été délivrée dans le but d'aboutir à des relations sexuelles ou en ait été la cause déterminante⁸⁸⁰.

La loi de 1912 imposait, par ailleurs, comme pour l'action de la mère pour séduction dolosive, la production d'un commencement de preuve par écrit de la promesse de mariage, des manœuvres etc.

Ce qui nous intéresse ici est la promesse de mariage. La Cour de cassation exigeait, notamment, qu'elle soit prouvée par écrit ou rendue vraisemblable par un commencement d'écrit.

La Cour de cassation refusait, en effet, d'appliquer la liberté de la preuve de l'engagement. Selon elle, l'engagement devait nécessairement être prouvé par un écrit ou un commencement de preuve écrite⁸⁸¹.

Cependant certains auteurs précisait que la recherche de paternité n'était pas une sanction de la promesse de mariage non tenue, mais permettait la responsabilisation des pères naturels dont l'identité était notamment présumée par leur promesse de mariage : « l'oubli des noces ne doit pas être sanctionné par la recherche de paternité. Il existe pour cela l'article 1382 (). L'existence d'une promesse doit être perçue comme un indice de paternité »⁸⁸².

Toutefois, le statut des enfants naturels n'était pas égal à celui des enfants légitimes, ce qui, comme nous le savons, a changé aujourd'hui.

Plusieurs lois ont suivi celle de 1912 sans pour autant revenir sur ce point et ce jusqu'en 1993. La loi du 11 juin 1925 précisait que l'action en réclamation de l'état

⁸⁸⁰ Req., 5 janv. 1925 : D. H. 1925, 41 ; Req., 9 déc. 1930 : Gaz. Pal., 1931, I, 122 ; Civ. 1^{re}, 29 juin 1933 : D.H. 1933, 474 ; Civ. 1^{re}, 19 mai 1936 : Gaz. Pal., 1936, II, 291 ; RTD civ. 1936, 854, ob. LAGARDE ; Civ. 1^{re}, 13 mai 1967 : D. 1967, II, 631.

⁸⁸¹ Civ. 25 oct. 1948 : JCP. 1948, II, 4634, note CAVARROC. Dans le même sens: Civ. 1^{re}, 9 nov. 1954 : JCP. 1955, II, 8516, note SAVATIER (J).

⁸⁸² NICOLEAU (P) « Le rôle de la faute dans la preuve judiciaire de la paternité naturelle », Thèse, Bordeaux, 1991, p. 49.

n'appartenait qu'à l'enfant et devait être intentée dans les deux années suivant l'accouchement. Elle énonçait également les cas d'irrecevabilité de l'action en reconnaissance de paternité. Ainsi, l'action était irrecevable lorsque la mère était, durant la période légale de la conception, d'une conduite notoire ou avait eu commerce avec un autre individu; ou lorsque le prétendu père était, pendant la même période, dans l'impossibilité physique d'être le père du fait de son éloignement ou d'un accident.

Bien que la loi du 3 janvier 1972 provoque de grands bouleversements en droit de la famille, elle ne modifiait rien en matière de recherche de paternité naturelle et maintenait les limites et cas d'irrecevabilité précédemment déterminés.

Cette action était donc limitativement admise afin d'éviter qu'un enfant ne soit rattaché à tout prix à une famille qui n'en voulait pas.

En revanche, aucun argument sérieux ne s'opposait à ce que l'enfant demande à son auteur des aliments jusqu'à sa majorité. C'est pourquoi la loi de 1972 ouvrait à tout enfant naturel, dont la filiation paternelle n'était pas établie, le droit de réclamer des "subsides" à celui qui avait eu des relations sexuelles avec sa mère durant la période légale de la conception (art.340-7 C.civ.).

Ce qui explique le système dualiste qui existait en France jusqu'en 1993.

La loi du 8 janvier 1993 modifiait, en effet, conséquemment l'action en recherche de paternité naturelle qui n'est plus que naturelle aujourd'hui mais aussi légitime. Elle abrogeait tous les cas d'ouverture prévus par la loi de 1912.

Le système était celui de la liberté de la preuve. L'article 340 du Code civil en prescrivait le régime. La paternité hors mariage pouvait être judiciairement déclarée, mais la preuve ne pouvait en être rapportée que s'il existait « *des présomptions ou indices graves* ».

Ainsi, la promesse de mariage et la séduction dolosive n'étaient plus nécessaires pour l'ouverture d'une recherche en paternité naturelle. Dans un souci de vérité, la loi de 1993 limitait donc beaucoup l'action en recherche de paternité naturelle et faisait de l'action alimentaire, dite "action à fins de subsides", une action très largement ouverte.

Toutefois, afin de ne pas bloquer l'action de l'enfant pour faire établir son lien de filiation, la loi abrogeait l'article 340-1 concernant les trois fins de non recevoir qui, en plus d'être invocables en matière de recherche de paternité naturelle, pouvaient aussi être invoquées pour l'action à fins de subsides.

La fin de non recevoir tirée de l'inconduite, notamment, disparaissait car la pluralité d'amants ne justifiait pas l'irrecevabilité de l'action.

Par conséquent, la loi du 8 janvier 1993 « révolutionnait » le régime de l'action en recherche de paternité naturelle et allégeait le régime de l'action à fins de subsides. Ce qui n'était pas sans conséquences sur les fiançailles. « La loi de 1993, en supprimant les conditions d'ouverture à l'action en recherche de paternité, a supprimé toute référence à la promesse de mariage et celle-ci n'est plus qu'un lien très distendu avec la preuve de la filiation naturelle »⁸⁸³.

D'autres lois et les progrès scientifiques ont, par la suite, encore modifié la recherche en paternité. Et, comme vu précédemment, aujourd'hui cette action, réformée en 2005 puis 2009, n'est plus limitée à cinq cas d'ouverture et nécessite des preuves solides et non de simples soupçons, tels que la promesse de mariage peut installer.

Cette dernière perd, en effet, en partie de sa portée pratique de preuve avec l'existence des preuves quasi-parfaites que sont les tests génétiques.

⁸⁸³ HAUSER (J), « Mariage. Promesse de mariage. Fiançailles », *Juris-Classeur*. 2. 2003, *Notarial répertoire*, fasc. 20, p. 223 et s.

Section 2 : Une entrave à la liberté matrimoniale ?

Toujours d'actualité au XXI^e siècle, les fiançailles sont encore utilisées aujourd'hui.

Différents auteurs constataient, au début du XX^e siècle, que les fiançailles continuaient « à être usitées »⁸⁸⁴, qu'elles dérivait de la « nature humaine »⁸⁸⁵ ou qu'elles étaient le « prélude obligatoire », « plus que jamais nécessaire »⁸⁸⁶ du mariage.

Selon une enquête, en France, sur le choix du conjoint, réalisée dans les années cinquante, GIRARD observait que « la tradition, très générale », qui consistait « à célébrer les fiançailles par une cérémonie au cours de laquelle » était « offerte une bague », n'était « nullement en récession », et était même « respectée un peu plus souvent parmi les mariages célébrés depuis 1950 que parmi ceux de la génération précédente »⁸⁸⁷, mais il précisait également que les fiançailles religieuses ne pouvaient être estimées à plus de 2 % du total des mariages religieux.

De nos jours, en France, « bien que le phénomène soit difficilement quantifiable puisqu'il n'existe pas de contrat de fiançailles, certains chiffres mettent la puce à l'oreille. Près de 220 000 bagues de fiançailles ont été vendues par les bijoutiers en 2007 pour 273 500 mariages célébrés en 2008 (selon l'Insee) »⁸⁸⁸.

Ce qui doit être commun aux sociétés modernes occidentales, car il en est de même en Israël. Nombreux sont les jeunes gens qui passent encore par ce type d'engagement avant de se marier.

Tout le droit vivant s'adapte aux besoins et changements de mœurs de la société à laquelle il appartient. « Une démocratie ne vaut et ne dure que si elle sait refondre constamment dans la communauté nationale l'individualisme qu'elle fait naître »⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ COLIN (A), « Des fiançailles et des promesses de mariage », Thèse, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1887, p.125.

⁸⁸⁵ ROCA (Stanislas), « Les Fiançailles ou promesses de mariage », Thèse, Montpellier, Imprimerie Gustave Firmin, Montane et Sicardi, 1908, p.246.

⁸⁸⁶ DESVOUSGES (J), « Des Fiançailles et Promesses de Mariage dans le droit moderne », Thèse, Paris, Sirey, 1914, p.1.

⁸⁸⁷ GIRARD (Alain), « Le Choix du conjoint », Paris, INED travaux et documents, no 70, 1974 (1964), p. 131.

⁸⁸⁸ GALY-RAMOUNOT (M) « Vague de fiançailles », Figaro Madame, 18 août 2009. Selon les Chiffres communiqués par le Cerlis (Centre de recherche sur les liens sociaux).

⁸⁸⁹ DE LACRETELLE (J) « Idées dans un chapeau », éditions Le Rocher, Monaco, 1946.

Cependant, nombreuses sont les règles et droits fondamentaux se chevauchant en matière matrimoniale.

En effet, la promesse de mariage constitue un engagement à contracter mariage peut être considérée comme une entrave aux libertés matrimoniale et contractuelles. Le consentement au mariage doit être libre et éclairé et dans toute démocratie personne ne doit être forcé à contracter.

Les solutions sont variées selon les systèmes juridiques. Certaines législations requalifient la promesse de mariage en fait juridique, bien que ce choix semble inadapté aux situations pouvant se poser (Sous-section 3). D'autres maintiennent son statut contractuel parce que l'acte est ancré dans les mœurs depuis des siècles comme tel, en droit rabbinique (Sous section 1), ou pour respecter la promesse donnée tout en se confrontant à la liberté d'action, en droit israélien (Sous section 2).

Sous section 1 : Une tradition vivante en droit rabbinique: les shidoukchim

Le mariage, qui est considéré comme un événement fondamental dans la vie, est fortement réglementé en droit rabbinique. Les pratiques rituelles sont nombreuses et la tradition est présente à chaque étape. La manière dont il est préparé conditionne la vie du couple. Aussi, il est important de laisser un délai entre la décision de se marier et le mariage lui-même. En effet, avant le mariage, ce dernier doit être annoncé à la famille et les futurs époux doivent effectuer un certain nombre de démarches. Ces formalités sont notamment destinées à définir si l'homme et la femme qui se présentent sont aptes à se marier selon les préceptes de la loi juive. La femme et l'homme du couple doivent suivre plusieurs cours sur des sujets de pureté familiale selon la tradition juive, de la vie en couple et etc.

Les *Shidoukchin* jouent donc ce rôle. Véritables institutions (1), très strictement réglementées (3), elles facilitent de nos jours les rencontres des jeunes juifs et annoncent le projet de mariage. Cependant leur statut juridique pose des

problèmes dans la pratique car les droits nationaux sont compétents en la matière (2).

1. Un rite essentiel

Strictement, le *shidoukh* est l'acte par lequel on déclare qu'on est d'accord pour se fiancer puis se marier. Le *shidoukh* consiste donc aussi en une rencontre. Il est, effectivement, une recherche des affinités, et une sorte de reconnaissance de ces affinités pour réussir à construire.

Aujourd'hui, ce rite est toujours usité par les juifs pratiquants qui le considèrent comme essentiel, bien qu'il soit quelque-peu détourné de son objectif de départ qui se limitait à l'accord, la promesse, de mariage futur.

Les jeunes gens emploient le plus souvent l'expression au pluriel, les *Shidoukkhim*, tant -probablement- ils devront faire plusieurs rencontres avant de parvenir à trouver ou à être satisfait.

Ainsi, si le contrat se conforme aux exigences du droit rabbinique, énoncées en troisième point, sa rupture sera sanctionnée par le droit rabbinique. Cette coutume reste, par conséquent, bien encrée dans les usages contemporains des juifs pratiquants, qu'ils soient en France ou en Israël.

2. La compétence des tribunaux rabbiniques limitée

Le droit rabbinique a la particularité d'être un droit sans Etat. Aussi, il est confronté aux droits des terres d'accueil des juifs et doit s'adapter.

En Israël, la loi de 1953 donne une compétence exclusive au droit rabbinique en matière de droit de la famille. Ainsi, les tribunaux rabbiniques bénéficient d'une compétence exclusive en matière de mariage et de divorce, à l'égard de tous les juifs domiciliés sur le territoire d'Israël. Cependant, cela n'inclut pas la promesse de mariage. En effet, c'est par une série d'arrêts que la jurisprudence a décidé que, ne faisant pas partie du mariage, la promesse de mariage n'influence pas le statut personnel des parties⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ Arrêts *Sidis v. Sidis* 1/55, et *Marom v Marom* 401/66 précités

Par ailleurs, cette dernière n'étant qu'une simple promesse synallagmatique de changer dans l'avenir le statut juridique actuel des parties, elle ne peut se voir appliquer que le droit des contrats. Or, la conclusion et la rupture des contrats⁸⁹¹ sont régies, en Israël, par le Code des obligations de 1970 (partie générale) et la loi relative aux remèdes en cas d'inexécution du contrat⁸⁹². Toutefois, si les parties le stipulent expressément dans leur contrat, le droit rabbinique des Shiddoukhim s'applique.

De même, depuis la loi de 1980, relative aux fondements du droit, le droit israélien doit recourir au droit rabbinique en cas de lacunes. Ce dernier considère la promesse de mariage comme un contrat dont les conditions de validité sont strictes.

3. Les conditions de validité

Le terme «contrat» ne paraît pas dans les sources halakhiques⁸⁹³. La loi rabbinique parle d'affaire pour décrire le contrat. Toutefois, la question essentielle ne porte pas sur la terminologie mais sur la reconnaissance ou pas d'une obligation d'exécuter un contrat par la loi rabbinique/la Halakha. Des indemnités pour une inexécution du contrat sont-elles octroyées ?

Contrairement aux droits français et israélien, le droit rabbinique ne pose pas un principe général décrétant que tout engagement doit être respecté, mais répond au cas par cas. Il s'agit donc de savoir comment la loi rabbinique donne une validité à la promesse de mariage qui est une obligation dans le futur⁸⁹⁴. Afin d'y répondre, nous nous intéresserons aux conditions de forme (a) et de fond (b) des contrats en droit rabbinique.

a- Les conditions de forme

⁸⁹¹ Arrêt 129/42 PLR, 52/29

⁸⁹² Avant l'entrée en vigueur de ces deux lois en droit israélien, la loi applicable était la loi de procédure Ottomane articles 64 et articles 109-111, ainsi que la Loi 46 du mandat britannique de 1922.

⁸⁹³ A l'exception d'une seule fois : yeshayahou 28.

⁸⁹⁴ BAS (D). Op. Cit. p. 36.

Comme dit précédemment, la promesse de mariage constitue un acte solennel. L'acte est donc écrit (1) et est suivi d'un transfert de propriété ou d'un troc (2), puis doit être confirmé par un serment (3).

1) *Un acte écrit devant témoins*

La promesse de mariage, en droit rabbinique, est écrite et rédigée en deux exemplaires en présence de témoins (généralement deux). Les parties signataires ne sont pas limitées aux fiancés, mais les parents sont aussi parties et signent. C'est pourquoi un exemplaire est remis au père du fiancé et l'autre au père de la fiancée⁸⁹⁵.

2) *Le Kynyan : Transfert de propriété ou troc*

Suite à la rédaction de l'acte et sa lecture devant les invités, la *Kabalat Kynyan* a lieu. Il s'agit des formalités du *Kynyan*. En effet, selon les coutumes juives, le contrat écrit est parfois suivi ou précédé d'autres titres de propriété non écrits.

La Halakha fixe différentes formes d'actes d'acquisition de la chose. La forme la plus répandue et la plus utilisée dans le droit des contrats rabbinique est le *Kynyan Souddar* connu aussi sous l'appellation de *Kynyan Halifin* (qui signifie le troc). Ce transfert de propriété, qui date de l'époque de la Bible⁸⁹⁶, s'effectue par le troc de la chose achetée en échange d'un autre objet, souvent un foulard ou un habit, du nom de *Souddar* (qui signifie linge). Généralement, l'objet est restitué à ses propriétaires après le rituel. Ce dernier se déroule en présence de deux témoins qui soumettent, tour à tour, aux parties (les fiancés et leurs parents) le foulard qui est saisi par chacun. Par ce rituel, s'effectue un changement de propriété sur la chose. Comme déjà expliqué précédemment, il est possible de joindre à cet acte des obligations pécuniaires pour garantir l'exécution du contrat, afin que la promesse de mariage acquière force exécutoire. Afin d'éviter toute rétractation éventuelle, il

⁸⁹⁵ Dans la communauté orthodoxe Ashkénaze lorsque les parties se sont accordées sur toutes les conditions du mariage projeté et après la rédaction des *Tnaim*, on fête en petit comité cet événement qu'ils nomment, le *Nivort* qui signifie en yiddish, la résolution, la promesse, la parole.

⁸⁹⁶ Hagiographes. Ruth. Ch. 4 V. 7 : « Or, jadis en Israël, quand il s'agissait de rachat ou d'échange, tel était le procédé pour rendre définitif un contrat: l'un des contractants retirait sa sandale et la donnait à l'autre. Voilà quelle était la règle en Israël. »

est préconisé d'intégrer au contrat un double aveu des parties qui attestent de la validité du transfert de propriété (קנין) pour le contrat en cours et toutes ses conditions. Toutes contestations à venir sur la validité du קנין⁸⁹⁷ sont ainsi évitées.

3) Un serment

Un autre moyen pour garantir qu'une personne respecte son obligation de faire ou de ne pas faire est le serment. La promesse de mariage renforce donc sa validité par le serment. Cependant, bien qu'il soit admis que le serment est valide lorsque les parties se serrent les poignets (קייאת כפים)⁸⁹⁸, avec l'intention de faire un aveu (à l'exception d'un serment entre deux commerçants⁸⁹⁹).

Conformément à la Torah⁹⁰⁰, une personne doit respecter l'engagement sur lequel porte le serment, que ce soit une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose. Cela a une signification de droit et de fait : un tribunal rabbinique fera son maximum pour forcer une personne à honorer son serment.

Par ce moyen, il est, également, possible de résoudre la problématique du Kinyan Dvarim et de garantir l'exécution de tout contrat de ce genre⁹⁰¹. Bien que le serment n'ait pas pour but de donner une validité au contrat, à la demande de la partie victime de l'inexécution, le tribunal forcera la partie adverse à exécuter son contrat.

La personne, auteur du serment, peut, toutefois, annuler le contrat en cas de vices du consentement, tels l'erreur ou le dol, ou de justes motifs de rupture.⁹⁰²

La forme la plus simple pour faire le serment est de dire « je fais le serment de faire telle chose » sans pour autant dire le nom de Dieu. En matière de contrat, le

⁸⁹⁷ (D) BAS. Op. Cit. p. 63

⁸⁹⁸ BAS(D). Op. Cit. p. 54

⁸⁹⁹ CHOULHANE AROUKH. Yore Dea. Ch. 239, 2

⁹⁰⁰ Le Pentateuque , Les Nombres , Matot - Ch. 30 V. 3 : « Si un homme fait un vœu au Seigneur, ou s'impose, par un serment, quelque interdiction à lui-même, il ne peut violer sa parole: tout ce qu'a proféré sa bouche, il doit l'accomplir ».

⁹⁰¹ A l'exception du divorce.

⁹⁰² Une personne a fait le serment de donner sa fille pour épouse à x dans y temps. Sauf que x a eu un comportement indécent entre temps. Par conséquent, le serment fait par le père s'annule, de même si la sœur de x s'est convertie à une autre religion, elle porte atteinte à la réputation de la famille.

serment vaut pour l'avenir⁹⁰³. Ce qui fait qu'un contrat futur peut être valide en droit Rabbinique sous cette forme.

Ces conditions de forme doivent être accompagnées de conditions de fond permettant à la promesse de mariage de constituer un contrat ayant une force exécutoire en droit rabbinique.

b- Les conditions de fond

Comme vu précédemment, pour qu'un contrat soit valable au regard du droit rabbinique, il doit porter sur un droit réel. Ce principe a été étendu à la promesse de mariage, par analogie, comme il l'a été pour le mariage même, à partir de la conception mariage-contrat.

Par conséquent, pour que ces contrats soient valides au regard du droit, ils doivent, tout d'abord, préciser les lois qui leur sont applicables (1). Par ailleurs, les parties doivent avoir recours à des solutions indirectes : la clause de dommages-intérêts (2) puis l'engagement financier des parents (3).

1) *L'indication des lois applicables*

Les parties doivent convenir à l'avance du choix de loi applicable en cas de litige : loi rabbinique ou loi civile israélienne.

Les parties précisant dans le contrat qu'en cas de litige, ils seront jugés devant un tribunal civil israélien peuvent, toutefois, fixer des conditions contractuelles conformes à la loi rabbinique. Cela est possible s'ils rédigent les conditions du contrat :

- de façon précise et ne se soumettent à la loi israélienne que pour certains points ;
- en mentionnant que les parties acceptent de se soumettre à toutes les indications incluses dans certaines lois.

⁹⁰³ Selon le professeur SHOHETMAN dans son article « les contrats de divorce », Revue Annuelle de droit hébraïque 1992-1993. P. 473 et s. « le serment fait pour l'avenir est valide et est utile, car a pour but de dépêcher la personne à exécuter sa promesse et même si le tribunal n'a pas la compétence de la faire exécuter de force, de toutes les façons, pèse sur le contractant un devoir moral de l'exécuter, d'où le serment a pour but de garantir l'exécution du contrat.

Le fait de se soumettre à un droit ou une loi exige aussi que soit fait un *hinyan*. La soumission des parties à telle ou telle loi implique qu'ils acceptent les droits et devoirs stipulés par la loi⁹⁰⁴.

2) *La clause pénale*

Le droit rabbinique suggère une solution indirecte afin de rendre valide juridiquement tout engagement de faire ou de ne pas faire en joignant au contrat une amende pécuniaire qui devra être versée en cas d'inexécution contractuelle. Cette amende a un but dissuasif, dans la mesure où la somme prévue est si importante que la personne qui en est débitrice préférera exécuter le contrat. En effet, la partie manquant à son engagement devra payer la somme indiquée dans la clause de dommages-intérêts (ou pénale) en cas de rupture injustifiée.

Bien que très ancien, le droit rabbinique s'est adapté à l'évolution de la société et a modifié ou incorporé de nouvelles règles afin de ne pas être en contradiction avec les lois du pays démocratique où il s'applique. Ainsi, le droit rabbinique s'exerce en bonne entente avec le droit israélien.

La mention, dans le contrat, que la clause pénale n'est pas une alternative à l'obligation d'exécuter le contrat mais s'ajoute à cette obligation, est devenue obligatoire afin d'éviter de porter atteinte à la validité du contrat et au droit israélien. De même, conformément au Code des Contrats, le contrat doit mentionner que lorsque les parties respectent les conditions du contrat, l'amende pécuniaire ne s'applique pas ou qu'elle ne sera pas due, en cas de justes motifs de rupture, d'inexécution de l'autre partie ou de vices du consentement. Enfin, l'amende pécuniaire s'annulera, vis-à-vis des deux parties, lorsqu'elles bénéficient d'indemnités conformément aux conditions du Code israélien des contrats pour éviter l'obtention de double indemnité. Ces précautions ont également pour avantage de s'appliquer en conformité avec tout système juridique laïc, comme celui de la France où certains justiciables pratiquants peuvent appliquer le droit rabbinique sans être contraire aux lois de leur pays.

⁹⁰⁴ Commentaires sur le Code de codification dans le « Sefer meir einaim », p. 22 D. BAS, p.106.

Toutefois, contrairement au droit israélien⁹⁰⁵, le droit rabbinique, exige, afin de s'assurer du sérieux et de la détermination des consentements des parties, en plus de la promesse orale, un acte de cession appelé en hébreu *ḥinyan*⁹⁰⁶. Ainsi, pour servir de base à une action en dommages-intérêts, le contrat de promesse de mariage (*ḥatar Tenaim*)⁹⁰⁷ doit être conforme aux conditions de forme prévues par la loi⁹⁰⁸ et doit être confirmé par le serment appelé *ḥinyan parfait* qui constitue une acceptation formelle des clauses du contrat par les parties.

3) *Les engagements financiers des parents*

Dans la majeure partie des cas, aucune obligation pécuniaire n'est prévue dans une promesse de mariage, seule une promesse de contracter mariage est faite. Ce qui, en droit rabbinique, pose des problèmes quant à l'indemnisation de la victime d'une rupture unilatérale. Le droit français prend le parti de résoudre ces litiges par le biais de la responsabilité délictuelle, alors que les droits rabbinique et israélien appliquent la responsabilité contractuelle, mais se prémunissent aussi davantage.

Le droit rabbinique a, en effet, intégré à cette promesse la nécessité d'une promesse de transfert de propriété ou de dons. Ainsi, la famille, plus exactement les parents des fiancés promettent de remettre ou de donner des biens ou de l'argent au jeune couple en cas de mariage, pour les aider à commencer leur vie de couple.

En effet, quelle soit de la compétence du droit civil ou du droit rabbinique, la promesse de mariage est, selon les deux droits, un contrat dont la particularité est que les deux parties ne se limitent pas aux futurs mariés. Les parents, obligatoirement présents, sont également des parties à la promesse, s'agissant des obligations pécuniaires des futurs époux. Ce qui est très différent de la conception du droit français, selon laquelle seuls les futurs époux sont concernés par un acte

⁹⁰⁵ Code des Contrats 1973 articles 2 et 5 : exige seulement un fait qui témoigne de la rencontre des volontés des parties ; la volonté libre et éclairée des deux suffit à créer un état de droit concret.

⁹⁰⁶ BAS(D) P. 60. Pour le professeur Z. Verhafting, « Enquêtes dans le droit Hébraïque », p. 113, le rôle dans le fait du *ḥinyan* n'est pas seulement de témoigner des volontés des parties, mais de provoquer à la détermination de ces volontés.

⁹⁰⁷ Voir exemplaire en annexe.

⁹⁰⁸ Even Haezer.Ch.50, 5

qui n'est pas un contrat, mais dont les parties ne sont que les acteurs principaux de l'événement promis (le mariage).

Des clauses pécuniaires sont ainsi prévues dans le contrat en cas de rupture, mais aussi pour les sommes ou biens, versés ou transmis par les familles, pour l'avenir du couple.

Il existe, donc, deux sortes de promesses⁹⁰⁹ en droit rabbinique :

- La promesse de mariage entre l'homme et la femme, à la date qu'ils ont fixée ou qu'ils fixeront par la suite. Ainsi que les pénalités en cas de rupture de cette promesse ;
- la promesse pécuniaire qui constitue les engagements financiers de chacune des parties ou de leurs parents. Ces derniers peuvent faire l'objet de procès devant le tribunal, même si le mariage a eu lieu⁹¹⁰.

Cette seconde promesse est le résultat d'une réflexion du législateur rabbinique afin de résoudre une hésitation quant à la validité juridique du contrat de promesse de mariage. En effet, en droit rabbinique, l'engagement de se marier ne constitue qu'une simple obligation de faire, appelée *Kinyan Dvarim* (sans titre de propriété), et ne peut donner lieu à un contrat. Ce qui est très différent des droits français et israélien pour lesquels un acte peut constituer un contrat quant bien même il ne porte pas sur un droit réel. Le droit français admet même les contrats oraux. C'est le principe du consensualisme.

Au regard de la loi rabbinique, il n'y a aucune validité juridique à l'obligation d'une personne de faire ou de ne pas faire : « La promesse de faire dans l'avenir n'a pas de force exécutoire dans le droit rabbinique »⁹¹¹. Il est vrai que la Halakha (loi rabbinique) ordonne aux personnes d'honorer leur parole et promesses⁹¹², puis de ne pas revenir sur leurs promesses. Toutefois, elle ne conditionne pas leur exécution par des sanctions juridiques⁹¹³, sûrement pour ne pas porter atteinte à la

⁹⁰⁹ SHORSHEVSKI (B) anciennement président de la Haute Cour de Justice : « Les lois applicables à la promesse de mariage en droit Rabbinique ». Extrait de son livre « le droit de la famille » 3^e édition, Jérusalem.

⁹¹⁰ Sidis v Sidis 1/55 Précité

⁹¹¹ LIFSHITS (B) « Employé et entrepreneur-entre propriété et engagement » p. 24

⁹¹² Rambam.Loi de vente.Ch.7,8

⁹¹³ Encyclopédie Talmudique.Vol.11 *Hithayvout*

liberté individuelle. Ainsi, lorsqu'un engagement ne porte pas sur une chose déterminée, la personne qui s'est engagée peut revenir sur sa promesse sans que la partie adverse puisse exiger son exécution forcée.⁹¹⁴ « Les choses non matérielles ne peuvent pas faire l'objet d'une vente, car l'objet n'est pas concret ni connu, cela s'appelle KYNAN DVARIM »⁹¹⁵. Ce qui explique pourquoi les parties à la promesse de mariage rédigent des contrats portant sur leurs obligations mutuelles de donner de l'argent et/ou des biens. Il donne à la promesse de mariage une validité au regard de la loi Rabbinique. Dans la littérature Halachique⁹¹⁶ ce contrat est appelé TENAIM, par conséquent, le contrat de promesse de mariage est appelé lui-même parfois Tenaim. Chaque partie fait l'acte de KYNAN sur ce qu'il s'est engagé à donner et à faire dans l'avenir.

Selon la Halakha, généralement, en cas d'inexécution contractuelle, la victime n'obtient aucune indemnité ni d'exécution forcée du contrat. Fidèle à cette position depuis longtemps, la jurisprudence des tribunaux rabbiniques reconnaît, pourtant, une validité juridique pleine et entière à l'obligation des parties de payer une somme d'argent. Une personne qui s'est engagée à payer une somme d'argent sera obligée d'exécuter cette obligation. Il y a donc une obligation d'exécution pour une partie de la promesse, celle pécuniaire, mais pas pour la promesse de mariage. Ce qui explique la nécessité d'ajouter une promesse de paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution.

Selon la Mishna: « Une femme est consacrée à son mari de trois façons : par l'argent (keseph), par un acte écrit (Shtar) et par la cohabitation (biah) ». Certaines formalités doivent donc être accomplies pour servir de support matériel à la volonté des parties afin que le contrat puisse être valablement formé (nous développerons ce sujet ultérieurement).

Par conséquent, cette seconde promesse, incluse dans la promesse de mariage, permet de donner aux Shiddoukhim une force obligatoire puisque le contrat est

⁹¹⁴ GOULAK. A. Précité.

⁹¹⁵ RAMBAM : La notion de Kynan Dvarim nous vient du Talmud Babylonien *Baba Batra* 3, 1. Il est dit que tout contrat pour être valide doit porter sur une chose réelle et concrète. Le contrat ne peut avoir pour objet qu'une promesse portant sur un engagement personnel, encore faut-il un élément concret.

⁹¹⁶ VERHAFTING (Y). Op. Cit., p. 106.

ainsi un contrat réel. Seul type de contrat pour lequel le droit rabbinique sanctionne l'inexécution. Conception partagée un temps avec le droit français pour lequel l'acte sacré est devenu un fait désacralisé.

Bien que la conception du droit israélien soit similaire à celle du droit rabbinique en ce qui concerne la qualification juridique de la promesse de mariage, qui est un contrat de droit commun, cette dernière comporte des spécificités en droit israélien.

Sous section 2 : La réponse tranchée du droit israélien: *Pacta sunt servanda*

Dans un souci d'équilibre entre le respect de la promesse qui a été donnée et la liberté d'action dans un domaine sentimental, la promesse de mariage est, en droit israélien, un contrat grevé. En effet, les parties ne bénéficient pas d'une forte protection. Il n'y a pas de possibilité d'exécution forcée. Les indemnités, en cas d'inexécution, sont moins importantes et le contrat ne donne pas non plus droit à une protection contre les préjudices causés par les tiers.

Même partielle cette reconnaissance de l'acte en tant que contrat spécial de droit commun (1) a suscité de vives critiques au sein de la doctrine⁹¹⁷ et de la jurisprudence (2). Les problèmes engendrés par l'action en rupture de promesse de mariage sont, effectivement soulevés, et la suppression de ce statut est suggéré : « L'élément naturel des lois contractuelles est le terrain commercial. Le spirituel et le psychisme se trouvent en dehors du domaine moral des lois contractuelles. On ne peut pas contracter dans le domaine sentimental »⁹¹⁸. Ainsi, la promesse de mariage, qui est considérée comme « un contrat problématique qui se situe à la limite des sujets pouvant faire l'objet de procès »⁹¹⁹, ne devrait pas avoir de valeur contractuelle. Selon la doctrine, elle est contraire à la liberté

⁹¹⁷ Nombreuses critiques, dont celle du Professeur SCHIFMAN (P), « Promesse de mariage en droit israélien : un contrat générateur d'obligations ? », Jérusalem, 1983, que nous étudierons plus tard.

⁹¹⁸ SCHIFMAN (P). Op. Cit, p. 24-125.

⁹¹⁹ FRIDMAN (D) COHEN (N) : *Le droit des Contrats* Ed. Université Hébraïque. Vol 1.1991. p. 368-369.

d'agir, suscite d'importants problèmes de preuve, permet un chantage⁹²⁰ et est obsolète dans la mesure où les mœurs ont changé. La question de la pudeur de la femme a perdu de son importance⁹²¹.

Cependant, en dépit de ces critiques et interrogations, on observe un renouveau de l'action contractuelle de la promesse de mariage en Israël. En effet, la jurisprudence a reconfirmé le statut contractuel de la promesse de mariage dès le début des années 90 par deux arrêts de la Haute Cour de justice : *Shiperberg v Avtalion*⁹²², le 30 mars 1992, et l'arrêt *Maman v Triki*⁹²³, le 5 mai 1993. Toutefois, c'est par l'arrêt *Plonit v Plonit*, début juillet 2004, que la promesse de mariage a connu un important revirement jurisprudentiel⁹²⁴ renforçant définitivement son statut contractuel (3).

1. Un contrat "spécial" de droit commun

Depuis l'époque de Jacob, l'institution du mariage a beaucoup évolué. La jeune femme n'est plus le patrimoine de son père. Elle n'est plus, non plus, celui de son mari, car le lien sacré et éternel qui les unit peut être temporaire. Si dans le passé, le mariage était vu comme un arrangement patrimonial dans une société patriarcale, il en est tout autrement aujourd'hui.

En effet, avant, pour les Hébreux, l'objectif principal du mariage était la conception d'enfants et la protection financière et sociale de la femme. Aujourd'hui, en Israël, la bigamie n'est plus légale et le lien matrimonial est fondé sur l'égalité des sexes puis l'autonomie de la volonté des membres du couple⁹²⁵.

En revanche, contrairement à de nombreux pays, Israël n'a pas connu de processus de laïcisation⁹²⁶ du mariage qui reste de la compétence du droit rabbinique pour les justiciables qui le désirent. Néanmoins, bien que le droit de rétractation dans ce

⁹²⁰ Arrêt 461/64 p.131 dans lequel le demandeur n'a obtenu que des indemnités nominales.

⁹²¹ SCHIFMAN (P). Op. Cit., p. 118-125.

⁹²² Haute Cour de Justice, 30 mars 1992, *Shiperberg v Avtalion* 647/89 : www.takdin.co.il.

⁹²³ Haute Cour de Justice, 30 mai 1993 *Maman v. Triki* 416/91 www.takdin.co.il.

⁹²⁴ Arrêt *Plonit v Ploni* 5258/98 www.takdin.co.il.

⁹²⁵ LIFSHITS (S) : « De la contractualisation des liens affectifs dans le droit civil ». in « Des hauts et des bas dans la promesse de mariage », COHEN (N) *Revue de droit HAHMISHPAT* vol.21 février 2006. P. 13.

⁹²⁶ *Encyclopedia of Comparative Law* (Boston, vol. IX: Persons and Family. Ch. 3, M.A. Glendon ed, 1997)

domaine soit très limité, le législateur israélien a trouvé un moyen de reconnaître les couples concubins en tant que couples mariés de fait disposant de droits matrimoniaux⁹²⁷. Cette ouverture, qui constitue l'expression des droits de l'homme, de la liberté de conscience, du droit à l'autonomie de la volonté et à l'égalité, illustre la modernisation du droit dans ce domaine.

Cette modernisation permet aussi de distinguer ce qui relève du droit rabbinique, qui est limité au droit de la famille, de ce qui relève du droit israélien pour tous les autres domaines du droit. Ainsi, la promesse de mariage est considérée comme un contrat de droit commun qui, bien que comportant des spécificités, relève de la compétence du droit israélien (a). Ce qui explique que les conditions de validité de droit commun s'appliquent, comme pour tout autre contrat (b).

a- Un contrat de droit commun à caractère spécial

Comme vu précédemment, le droit israélien considère que la promesse de mariage ne relève pas du statut personnel et ne fait pas partie du droit de la famille. Cependant, ce contrat comporte un caractère spécifique du fait de son objet : la conclusion du mariage dans l'avenir. Ce qui déroge aux droits prévus dans le Code des Contrats.

C'est dans un arrêt de principe rendu en 1955, *Barghuiz v. Zilver* 1279/45, qu'il a été précisé que, contrairement au mariage et au divorce, le droit applicable à la promesse de mariage est le droit des contrats⁹²⁸ israélien. La conclusion ou l'inexécution de la promesse de mariage est, par conséquent, régie par : le Code des Contrats de 1973, le Code de procédure Ottoman (articles 64 109-111) et la loi anglaise 46 de 1922. Cependant, l'article 62 du Code des Contrats a supprimé la référence aux sources anglaises.

L'action pour rupture de promesse de mariage n'est donc pas régie, comme on pourrait être amené à le penser, par le droit du mariage⁹²⁹. C'est un acte qui a lieu

⁹²⁷ Arrêt 721/94 El-Al v. Danielovich. *Hamishpat* Vol. 7. 2001, p.195.

⁹²⁸ Arrêts 129/42 P.L.R (*Palestinian Law Review*) v. 9 p. 707, 2/43 PLR V. 11, p. 76, 52/29 *Rotenburg* p. 1254, 1279/54 JP 10 380, 1920/52 434-441.

⁹²⁹ Arrêt 1/55 *Sides v. Sides*.

avant le mariage et n'a pas de conséquences sur le statut personnel des futurs époux⁹³⁰, ce qui explique qu'elle soit régie par le droit civil général⁹³¹.

Comme expliqué précédemment, il en est de même en droit français, à la différence près que la promesse de mariage n'est plus considérée comme un contrat en France. Israël fait donc partie des pays où le système de droit considère la promesse de mariage comme un contrat de droit commun. Ainsi, à la différence du système français qui adopte une position intermédiaire en accordant des indemnités pour les préjudices matériels ou moraux au titre de la responsabilité délictuelle⁹³², le droit israélien n'envisage ce type de responsabilité que dans les cas exceptionnels de préjudices causés par des manœuvres frauduleuses⁹³³. Le principe étant le droit des contrats et donc l'engagement de la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution. En effet, depuis ses débuts, à l'époque du mandat britannique, la jurisprudence israélienne, est influencée par le droit anglais⁹³⁴ et considère la promesse de mariage comme un contrat de droit commun. La rupture sans justes motifs ouvre donc droit à réparation en dommages-intérêts pour tous les préjudices subis et surtout celui d'atteinte à la morale⁹³⁵.

Il est important de souligner que la position du droit anglais, à cette période, en matière de promesse de mariage s'est forgée sur l'exemple des anciennes lois catholiques qui ont attribué une connotation religieuse au consentement au mariage⁹³⁶ ainsi qu'une fonction économique associée à la promesse. Comme

⁹³⁰ Arrêt 401/66 Marom v. Marom, 19 juin 1967.

⁹³¹ Cependant, si les parties le prévoit dans le contrat, la promesse sera examinée au regard du droit de la famille Rabbinique : 31/55 Larar v. Strikovski ; Zilberg (M), « Le statut personnel en Israël », Jérusalem, 1960, p. 14-17.

⁹³² SCHIFMAN (P): « Promesse de mariage en droit israélien et un contrat générateur d'obligations », Jérusalem. 1983. P. 105

⁹³³ Article 56 relative a la responsabilité délictuelle. Exemple Nathan v. Abdallah 609/68 le promettant savait des le début qu'il n'exécuterait pas sa promesse

⁹³⁴ JOHNSON (E.L), Family Law (London, 1965) 15-28; White, « breach of promise of Marriage » L.Q.R 1894 Vol. 10 P. 135. Arrêt Badash v Sade 174/65 JP 20 (1) 617

⁹³⁵ SHORSHEVSKI : Droit de la Famille .Jérusalem. 2^e Ed. 1967. P. 17-22 et l'arrêt Barghuiz v. Zilver 1279/54

⁹³⁶ Les règles du droit canonique associaient une valeur religieuse sacrée aux consentements des futurs époux de se marier ; sponsalia per verba de praesenti, ce n'est que plus tard en 1563 (Reforme du Concile de Trente) on a exigé la présence d'un prêtre pour valider les fiançailles. Les tribunaux séculiers étaient compétents en la matière et avaient pouvoir de demander une exécution forcée de la promesse au promettant. Ce n'est que plus tard, qu'ils se contentaient à condamner en cas de rupture qu'en dommages-intérêts.

l'amélioration de la situation économique et sociale du fiancé issu d'une classe sociale plus faible⁹³⁷. En tout état de cause, le droit israélien a surtout été influencé par le droit Hébraïque qui a toujours reconnu les actions pour rupture de promesse de mariage⁹³⁸. Depuis le nouveau Code des Contrats Israélien de 1973, le droit israélien est indépendant du droit anglais (article 62 du Code).

Cette tournure du droit des contrats a permis au droit israélien d'adopter sa propre position concernant la promesse de mariage. Toutefois, les tribunaux israéliens⁹³⁹ ont poursuivi la position de la jurisprudence antérieure à l'adoption du Code des Contrats et n'ont pas cherché à revoir la position du droit sur la question. En dépit, de l'évolution d'autres systèmes de droit dans d'autres pays concernant la promesse de mariage⁹⁴⁰.

En droit israélien, la promesse de mariage est, par conséquent, toujours une action contractuelle, à distinguer d'une action délictuelle pour dol ou manœuvres frauduleuses. La victime peut être indemnisée sans avoir à apporter la preuve de l'intention du promettant du dol ou des manœuvres frauduleuses⁹⁴¹. La reconnaissance de la rupture de promesse de mariage en tant qu'action contractuelle est enracinée dans la jurisprudence qui précède la création de l'État d'Israël. Elle reflète les impératifs sociaux, moraux et juridiques de validité des promesses obligatoires entre deux personnes souhaitant créer un lien juridique pour des engagements relevant de l'ordre de l'affectif. Comme le précisait la présidente de la Haute Cour de Justice, lors de l'arrêt Plonit⁹⁴² en 2004 : « il n'y aurait aucune raison d'exclure la promesse de mariage du champ juridique et de permettre ainsi la conclusion de contrats en vue de mariage qui lient les parties mutuellement sans que ces engagements n'aient des conséquences juridiques lorsque la rupture a causé des préjudices, parfois difficiles à l'autre partie il arrive

⁹³⁷ SCHIFMAN (P): « Promesse de mariage en droit israélien est un contrat générateur d'obligations », Jérusalem. 1983. P. 106

⁹³⁸ Ibid. Encore fallait-il que la promesse de mariage soit conforme aux exigences de la loi Rabbinique. Par ailleurs, le droit Rabbinique contrairement au droit Moderne voyait dans la promesse de mariage un lien contraignant.

⁹³⁹ Arrêts Ploni v Plonit 545/77 JP 32 (2) 393 ; Shiperberg v Avtalion 647/89 JP 56 (2) 169

⁹⁴⁰ COHEN (N) : « L'affaiblissement et le renforcement de la promesse de mariage », revue Hamishpat Février 2006, p. 13.

⁹⁴¹ Arrêt Plonit v Plonit 5258/98 avis de la minorité, p. 24.

⁹⁴² Ibid. p. 24.

que les dommages matériels et les préjudices moraux causés par la rupture de promesse de mariage soient d'un impact et d'une gravité plus lourde que des préjudices causés par la rupture de contrats commerciaux ».

Le mariage relève donc de la compétence exclusive du droit Rabbiniq, alors que la promesse de mariage est régie dans son entier par le droit civil⁹⁴³. Ce qui peut avoir des avantages, car contrairement au statut juridique rigide du droit de mariage, le droit applicable à la promesse de mariage est donc plus souple. Il s'inspire des changements du droit relatif au mariage dans le monde occidental, surtout s'agissant de la liberté de sortie qu'il offre.

Toutefois, il ne faut pas occulter le fait que le contrat de promesse de mariage est spécial dans la mesure où : « il cherche à créer un équilibre entre la liberté individuelle et la liberté du mariage et reconnaît à l'homme une autonomie à se lier par contrat de part le principe général du droit ; la liberté de l'homme, face aux promesses de mariage et le droit pour la victime de rupture de promesse à être indemnisée »⁹⁴⁴.

Bien qu'une grande partie des règles du droit de la famille israéliennes soit régie par le droit rabbinique⁹⁴⁵, nous savons maintenant que la promesse de mariage n'en fait pas partie. Cependant, elle peut jouer un rôle afin de pallier aux problèmes suscités par cette compétence exclusive (2.1°).

La Haute Cour de Justice, à l'occasion de l'arrêt *Plonit v Ploni*⁹⁴⁶ a rappelé le caractère spécial de la promesse de mariage en précisant que : « la liberté du mariage n'accroît pas la liberté de causer dommage à autrui (), à la différence d'autres accords, la promesse de mariage est liée à des aspects financiers et sert d'acte préparatoire au mariage ». Ainsi, bien que spécial, la promesse de mariage est un contrat relevant du droit commun des contrats. C'est ce qui ressort de l'arrêt de principe, *Nahmani v. Nahmani* en date du 2 septembre 1976⁹⁴⁷. Dans cet arrêt, la Présidente de la Cour, Madame Shtersberg-Cohen, précisait que : « le système de droit israélien reconnaît la promesse de mariage comme relevant du droit des

⁹⁴³ Arrêts *Berghuiz v. Zilver* 1279/54 JP 10 380 et *Sidis V Sidis* 1/55 JP 12 1121, 1143.

⁹⁴⁴ Tribunal de la Paix Beer-Sheva *Hayut v Siri* 26.6. 2007.

⁹⁴⁵ SHIFMAN (P), "Droit de la famille", 2nd Ed. vol.1. 2005. P. 159

⁹⁴⁶ Arrêt *Plonit v Ploni* précité.

⁹⁴⁷ HC 2 septembre 1976 *Nahmani v Nahmani* 5587/93

contrats, à condition que les parties aient réellement eu l'intention de se lier juridiquement par la promesse et qu'il ne s'agissait pas que d'un engagement socio-moral.. ». Jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises ultérieurement⁹⁴⁸.

C'est donc le droit commun des contrats qui s'applique en la matière. Le droit israélien, contrairement au droit rabbinique, ne fait, en effet, pas de distinction entre la promesse de mariage et tout autre contrat. Les règles applicables sont, par conséquent, celles édictées par le Code des contrats, la jurisprudence et la doctrine en matière des contrats. A l'exception de certaines règles particulières du fait du caractère spécial de la promesse de mariage⁹⁴⁹. La partie victime de l'inexécution peut ainsi obtenir des indemnités pour le préjudice à venir, mais ne bénéficie pas d'une protection contre les tiers.

Le droit du divorce, également régi par le droit rabbinique, pose souvent des problèmes en Israël. Selon le droit rabbinique, cet acte personnel ne peut se réaliser que par le mari qui doit remettre en mains propres l'acte de divorce à sa femme (le guet). Par conséquent, si le mari fuit, disparaît, ne revient pas de guerre ou refuse de lui donner le guet la prononciation du divorce est impossible. Ce qui crée le problème de *ishah agounah* (femme abandonnée par son mari). La femme ne peut pas se remarier. Elle reste donc prisonnière du lien conjugal, car la liberté de rupture du mariage n'existe pas en droit israélien. Seulement deux cas sont prévus : celui de divorce par consentement mutuel ou du divorce pour faute⁹⁵⁰. Ce qui oblige celui qui n'a pas réussi à prouver la faute de l'autre époux, de lui demander son consentement comme condition de divorce. Cependant, ces dernières années certaines tentatives ont lieu afin de rédiger des actes pré matrimoniaux dans lesquels les parties s'engageront à payer des indemnités en cas de refus de divorce⁹⁵¹. Dans ce cadre la promesse de mariage peut jouer un rôle afin de préserver la liberté de divorce de chacun.

⁹⁴⁸ Exemples ; Arrêts *Shiperberg v Avtalion* 30.3.92 647/89, *Maman v Triki* 30.5.93 416/91, *Ayalon v Avei* 15.4.2004 5487/03, *Plonit v Ploni* 14.7.2004 5258/98 : www.nevo.co.il.

⁹⁴⁹ SHORSHEVSKI. Op. Cit. p. 14.

⁹⁵⁰ LIFSHITS (S) : *Les concubins dans le reflet de la théorie civile du droit de la famille* Ed. Nevo.2001.P.61

⁹⁵¹ NISHLOV (D) : *Contrats pré matrimoniaux* Rev. Dt.Thoumin.vol.21. 2001.P.288

Il s'agirait d'un contrat pré matrimonial afin de se promettre mariage et dans lequel une série d'obligations et d'indemnités seraient prévues. Certaines auraient pour objectif de prévoir des indemnités en cas de refus de divorce ou de donner le gage de sorte à ce que les époux ne soient pas prisonniers de leur mariage.

En effet, étant donné l'abondance de jurisprudence pour refus de divorce et indemnités, la doctrine a suggéré, comme c'est déjà le cas dans la société orthodoxe aux USA, de rédiger un acte pré matrimonial qui prévoirait des indemnités en cas de refus de divorce, ce qui désengorgera les tribunaux.

Relevant du pouvoir du législateur israélien et non du droit rabbinique, la promesse de mariage pourrait, par conséquent, permettre de mettre en place, officieusement, le mode de mariage souhaité en Israël et en être le précurseur. Paradoxalement, la Haute Cour israélienne a endurci le caractère contraignant de la promesse de mariage et de façon symbolique l'a mise dans l'ombre du droit au mariage pratiqué en Israël par le droit religieux⁹⁵².

Comment expliquer cette jurisprudence qui donne un statut contractuel à la promesse de mariage alors que cela semble être contraire à la liberté du mariage et des sentiments dans la mesure où le droit de se rétracter de la décision de se marier doit être total et ne pas comporter une obligation contractuelle d'exécuter sa promesse, ni l'obligation d'indemniser la victime de la rupture. Cette position s'explique notamment par la spécificité du droit de la famille israélien⁹⁵³.

Il semblerait, en effet, que le droit israélien soit resté attaché aux règles de droit religieuses : la promesse de mariage relève de sa compétence et c'est pourtant un contrat contraignant. Ce qui va dans le sens de la réglementation du mariage qui elle a été définie par le droit rabbinique.

Le caractère contraignant de la promesse est toutefois limité car il ne permet pas l'exécution forcée du contrat qui en cas d'inexécution sera sanctionné par la nécessité de payer des indemnités au copromettant.

Conformément aux règles générales applicables en droit des contrats, la conclusion d'un contrat octroie à chacune des parties le droit d'exiger de l'autre l'exécution de

⁹⁵² HC Plonit v Ploni 5258/98 JP 58 (6)209

⁹⁵³ BARAK (A), "Le système de droit en Israël- sa tradition et sa culture", Rev.Dt. Hapraklit 40. 2001. P. 197

son engagement initial⁹⁵⁴ et l'obtention d'indemnités en cas d'inexécution. Toutefois, compte tenu du caractère spécial de la promesse de mariage, l'exécution forcée est impossible car on ne peut contraindre une personne, contre son gré, à se marier. En dépit du fait qu'elle soit un contrat de droit commun, dans la mesure où son contenu et son but est une promesse de se marier, l'exécution forcée serait contraire à la liberté de mariage⁹⁵⁵ dictée en droit rabbinique et en droit israélien. Ainsi, bien que cela ne soit pas expressément indiqué, le droit israélien recourt au système de l'analogie⁹⁵⁶ afin de pallier au problème.

En effet, conformément à l'article 3 al. 2 et al.4 du Code des Contrats⁹⁵⁷ : « La victime d'un contrat rompu n'a pas le droit à l'exécution forcée dudit contrat lorsqu'il s'agit d'une inexécution d'une obligation de faire un travail de nature intime ou une prestation personnelle ». Cependant le Code des Moyens de droit de 1970 donne un fondement à l'obligation d'indemniser la victime pour les préjudices subis, en cas de refus d'exécution du contrat. L'article 13 du Code des Contrats stipule donc que : « la victime devra se contenter de son droit à une indemnisation pécuniaire pour les préjudices matériels et moraux consécutifs à l'inexécution »⁹⁵⁸.

Les indemnités dues en cas d'inexécution contractuelle⁹⁵⁹ sont donc des indemnités spécifiques. C'est-à-dire des dommages-intérêts équivalents à ce que la demanderesse aurait obtenu si le contrat avait été exécuté (si le promettant l'avait épousé). Ces indemnités sont différentes car elles ne restaurent pas la situation, elles ne replacent pas le demandeur dans la situation dans laquelle il se trouvait avant les pourparlers⁹⁶⁰. Elles anticipent les dommages subis.

Les parties d'une promesse de mariage ne bénéficient pas de la protection contre une tierce personne portant atteinte au contrat. Bien que, conformément à l'article 62 de la loi relative à la responsabilité contractuelle⁹⁶¹, cette protection soit

⁹⁵⁴ Code des Contrats. Art. 2 : « En cas d'inexécution contractuelle, la partie victime est en droit de réclamer son exécution forcée, soit son annulation, par ailleurs elle a droit à des indemnités ».

⁹⁵⁵ Kiddoushin 2b ; CHOULHAN AROUKH 42 1.

⁹⁵⁶ COHEN (N). Op. Cit. p. 17.

⁹⁵⁷ Code des Contrats 1973. Article 3. al. 2.

⁹⁵⁸ SHORSHEVSKI. Op. Cit. p. 13.

⁹⁵⁹ COHEN (N). Op. Cit. p. 16.

⁹⁶⁰ FRIDMAN (D) et COHEN (N)), « Contrats », 1990. Vol. 1, p. 621-642 remarque 24.

⁹⁶¹ SHALEV (G) : « Des contrats Gentlemans ». Revue de droit Mishpatim 32. 3. 2001.

accordée à tout contrat l'alinéa 2 de l'article apporte deux limitations au principe : en cas de mariage ou de grève dans le milieu du travail. En effet, lorsqu'un tiers empêche une grève ou un mariage, il ne s'agit pas d'une rupture de contrat. C'est pourquoi ces deux cas font exceptions.

Cette exception a été étendue à la promesse de mariage par analogie. Il serait absurde de protéger la promesse de mariage plus que le mariage lui-même, c'est pourquoi elle fait partie de l'exception de l'alinéa 2. Ainsi, en 1974, le tribunal Régional⁹⁶², a rejeté la demande en indemnisation d'une jeune femme qui avait intenté une action contre les parents de son fiancé pour avoir dissuadé leur fils de se marier avec elle. Les juges ont raisonné par analogie et sur le fondement de l'article 62, alinéa 2, ont étendu l'exception à la promesse de mariage: « Si cet article protège un tiers au contrat de mariage contre toute action qui serait intentée par les parties, cette protection est d'autant plus applicable au tiers au contrat de promesse de mariage »

Le caractère sentimental du mariage et la volonté de permettre aux parties de sortir facilement des contrats de ce type à tout moment justifient cette exception au droit des contrats.

Cette position du droit israélien entraîne des incohérences au regard du statut juridique de la promesse de mariage ; alors que sur le plan contractuel-interne entre les membres du couple, la promesse est considérée comme un contrat, sur le plan délictuel vis-à-vis des tiers au contrat, la promesse ne bénéficie pas de la même protection que les autres contrats.

b- Les conditions de validité

Comme le contrat de courtage matrimonial, la promesse de mariage se voit appliquer les règles de droit commun du droit des contrats. Ainsi les conditions de forme (1) et de fond (2) traitées dans le cadre du courtage matrimonial s'appliquent quasi-intégralement, de la même manière, à la promesse de mariage.

⁹⁶²Rosenberg v Hazan 1380/72 1974 JP 469 (1)

1) *Conditions de forme : contrat écrit ou oral*

En droit israélien, le contrat de promesse de mariage comme le contrat de courtage matrimonial sont des contrats de droit commun au sens du Code des contrats de 1973.

Aucune formalité n'est imposée. Le contrat peut donc être écrit ou oral.

2) *Conditions de fond*

Le Code des contrats israélien définit les conditions de fond des contrats de droit commun qui s'appliquent au contrat de promesse de mariage. Ces règles consistent, comme pour tout contrat de droit commun, en : une garantie de la liberté contractuelle, une application des usages en cas de besoin, la possibilité de définir des conditions suspensives, la nécessité de la détermination de la date et la détermination contractuelle ou automatique du lieu d'exécution. Cependant l'obligation de paiement ne peut s'appliquer pour ce contrat spécifique.

Selon le principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres de définir le contenu du contrat tel qu'elles l'entendent. Dans ce sens, tout sera mis en œuvre pour garantir l'exécution du contrat et ce dernier sera interprété « en fonction de l'intention des parties » en cas de besoin (Art. 25 du Code des contrats).

Cependant, ce principe est limité par les règles d'ordre public.

Les oublis du contrat seront palliés à l'aide des usages pour le même type de contrat.

Les contrats à condition(s) suspensive(s) sont admis en droit israélien, la promesse de mariage peut donc faire dépendre son exécution d'un événement, ou du consentement d'une personne physique ou morale. Les parties peuvent, par conséquent, anticiper sur l'avenir en se prémunissant contre les aléas. Ce qui est un élément très important dans un contrat comme une promesse de mariage qui est un contrat portant sur l'avenir.

Cependant, comme dit précédemment, les obligations conditionnelles ne sont valables que si l'événement envisagé n'a pas un caractère illicite, impossible ou immoral. Et surtout que leur exécution ne dépend pas uniquement de la volonté

d'une seule des deux parties, car dans ce cas le contrat est déséquilibré. Ce qui peut poser problème dans la promesse de mariage en vertu de la liberté de contracter mariage.

Comme tout contrat, la promesse de mariage doit clairement déterminer la date d'exécution de l'obligation. Ainsi, cette dernière doit être déterminée ou déterminable.

Cette obligation, définie par l'article 46 du Code des contrats, ne peut s'appliquer pour la promesse de mariage car elle ne vaut que pour les obligations en échange d'un bien ou d'une prestation. En matière de promesse de mariage, l'engagement pécunier des parents se fait en échange du mariage. Il est donc impossible d'en imposer l'exécution, s'il n'y a pas mariage, puisque elle est conditionnée au mariage. Une fois que le mariage a lieu, dans les conditions définies, l'exécution forcée est possible, mais il ne s'agit pas de cette règle propre au paiement des biens et/ou prestations.

Le lieu de l'exécution de l'obligation doit être déterminé. Si les parties ne l'établissent pas dans le contrat, la résidence de travail ou le lieu d'habitation d'une des parties en sera le lieu.

Par voie de conséquence, les actes dont l'objectif est d'aboutir au mariage occupent une place importante dans les droits rabbinique et israélien, ce qui n'est pas le cas du droit français. Contrairement au droit français, qui dénie à la promesse de mariage toute forme d'autonomie juridique, les droits rabbinique et israélien lui donnent un statut contractuel. C'est un contrat de droit commun. Cependant, alors que la promesse de mariage est un pré-requis au mariage en droit rabbinique, elle n'est aujourd'hui qu'optionnelle pour les droits français et israélien. Ces différentes qualifications juridiques ont en toute logique pour conséquence de donner des résultats divergeant et parfois similaires dans la pratique de ces actes. Ainsi, des divergences et similitudes existent aussi pour les effets de la rupture de promesse de mariage. Ce qui crée une situation contradictoire et explique que le statut actuel de la promesse de mariage soit contesté en droit israélien.

2. Statut de la promesse de mariage contesté

En dépit de la promulgation du Code des contrats israélien de 1973, le statut contractuel de la promesse de mariage n'a pas été remis en question. La position de la jurisprudence anglaise en vigueur en Israël, entre les années 1922-1947⁹⁶³, est restée encrée dans le droit israélien, mais aussi dans une partie de la jurisprudence⁹⁶⁴. Ce dernier justifie, en effet, l'action pour rupture de la promesse par le fait qu'il est « inadmissible de laisser une victime de rupture de promesse de mariage de bonne foi sans recours juridique alors qu'elle lui a causé des dommages importants. Qu'elle a changé sa situation personnelle et professionnelle et qu'il est impossible d'avoir une réparation sur le plan délictuel pour manœuvres dolosives »⁹⁶⁵.

Cependant, la majorité de la doctrine (a) et des arrêts importants (b) contestent vivement le statut actuel de la promesse de mariage. Elle suggère au législateur israélien de le « supprimer ou du moins de réformer son statut juridique »⁹⁶⁶ et de se conformer à la législation pratiquée dans la plupart des pays du monde occidental.

a- Le statut contractuel contesté par la doctrine

La doctrine⁹⁶⁷ a appelé le législateur à réformer le statut juridique de la promesse de mariage en supprimant l'action pour sa rupture ou en la requalifiant de fait juridique, comme en droit français, afin de n'attribuer que des indemnités en cas

⁹⁶³ Trib. Tel-Aviv. Barghuiz v Zilver 1279/54 JP 10 380 1955. Les précédents jurisprudentiels obligent les tribunaux d'appliquer le droit anglais en vigueur en matière de rupture de promesse de mariage.

⁹⁶⁴ Haute Cour de Justice, 30 mars 1992, Shiperberg v Avtalion. Selon la Haute Cour: « L'action en justice pour rupture de promesse de mariage a pour fondement le droit des contrats anglais, elle est de nature contractuelle, à distinguer d'une action délictuelle pour manœuvres frauduleuses. Le droit israélien reconnaît une valeur contractuelle à la promesse de mariage, par conséquent le droit applicable est le Code de Contrats ». Il faut, toutefois, préciser que les juges, lors de l'arrêt de 1992, avaient émis, en citant des références doctrinales (Article de SCHIFMAN, D.PRIMER, R. GABISON), leur souhait de voir supprimer le statut contractuel à la promesse de mariage, mais précisait que cela relevait de la compétence du législateur.

⁹⁶⁵ SHORSHEVSKI. Op. Cit. Et arrêt Plonit précité p. 25

⁹⁶⁶ SHIFMAN (P) : « Promesse de mariage- contrat valable ? » Rev. Droit isr. Mishpatim Vol.9. 1989. P. 200

⁹⁶⁷ SHIFMAN. Précité, puis GROSEFF, HALAVI et GABISON précités.

de préjudice matériel. Selon certains auteurs, le droit n'est pas « une assurance pour les cœurs brisés, comme en matière de mariage, alors pourquoi en matière de promesse de mariage il devrait en être autrement ? »⁹⁶⁸. Le professeur SHIFMAN suggère un recours juridique non contractuel et le partage égal des frais et dépenses entre les parties. Ce qui permettrait de ne pas à avoir à établir si la rupture était justifiée et par la faute de quelle partie le contrat a été rompu dans le cas contraire⁹⁶⁹.

Cette doctrine majoritaire, représentée par le professeur SHIFMAN et souvent citée dans la jurisprudence actuelle⁹⁷⁰, privilégie donc la conception délictuelle. Elle invoque pour cela trois motifs principaux : l'escroquerie, la discrimination et la pression sur les promettants. Elle évoque aussi, à titre subsidiaire : l'évolution des mœurs, le fait que la promesse de mariage engage à une vie commune et qu'elle peut être considérée comme contraire à l'ordre public.

L'action en justice pour rupture de promesse de mariage est souvent un outil d'escroquerie de la partie adverse afin d'obtenir des indemnités⁹⁷¹. En effet, certaines personnes qui, de crainte que des informations intimes les concernant soient divulguées au grand public, sont prêtes à payer le prix même lorsque l'action n'est pas fondée juridiquement⁹⁷². Ainsi, la menace d'une action en justice sert de chantage afin d'obtenir indûment des indemnités.

L'action pour rupture de la promesse de mariage est une action discriminatoire envers les hommes, car lorsque ces derniers sont demandeurs leur chance d'obtenir gain de cause sont quasi-nulles. En effet, la doctrine, reprise par la jurisprudence, signale le fait que par rapport aux actions intentées par une demanderesse les chances de réussite d'une action en justice d'un demandeur sont très faibles. L'homme devra se contenter au mieux d'un préjudice nominal.

⁹⁶⁸ SHIFMAN. P. 221

⁹⁶⁹ SHIFMAN. P. 218

⁹⁷⁰ Haute Cour. Plonit v Ploni précité. P. 16, 21.

⁹⁷¹ SHIFMAN (P): Op. cit. P. 200. COHEN (N): La montée et la chute de la promesse de mariage Rev. Droit. Isr. HAMISHPAT Vol. 21. Fev. 2006. Ed. Masloul academic. P. 16. Arrêt Plonit. P. 16.

⁹⁷² SHIFMAN. Ibid. : ce raisonnement est une des raisons principales de la suppression dans les années 30 dans 21 pays de l'action dont le but est de trouver un remède au cœur (Heart Balm).

La Haute Cour a décidé lors d'un arrêt dans lequel la victime était un homme⁹⁷³ que la double moralité sur laquelle est fondée cette discrimination, n'est pas justifiée. Il semblerait pourtant que le tribunal présume que l'homme ne subit aucun préjudice moral suite à la rupture de la promesse par la femme⁹⁷⁴. Ce que la doctrine conteste. Selon elle, cela « encourage certains stéréotypes qui ne correspondent pas toujours à la réalité et qui ne peuvent pas se substituer à un examen individuel de chaque cas en fonction de ses circonstances »⁹⁷⁵.

Dans une société libérale et moderne la liberté de choisir son conjoint est fondamentale. Le mariage doit être libéré de toute pression ou influence étrangère et la personne doit pouvoir se rétracter de sa promesse de mariage jusqu'au dernier moment.

En effet, le choix du futur époux ou de la future épouse est une décision de l'ordre de l'intime qui est susceptible de changer sans raison et à tout moment et cela doit pouvoir toujours en être ainsi dans une société démocratique.

Bien que l'exécution forcée de la promesse de mariage soit impossible en droit israélien, le fait de considérer que certaines ruptures sont des actes négatifs justifiant le paiement, pour l'auteur, d'indemnités au bénéfice de l'autre partie, du fait du non respect de son engagement contractuel, constitue une pression sur les promettants. Effectivement, le choix du futur conjoint est un droit qui se trouve altéré par des pressions financières : la crainte de devoir payer des indemnités. Il s'agit d'« un moyen de pression pour la personne qui doit choisir de préférer le mariage indésirable ou de payer des indemnités qu'il peut difficilement payer »⁹⁷⁶.

En dépit du fait qu'un tel raisonnement ne vaut que lorsqu'il s'agit d'indemnités élevées, ce qui est rarement le cas en droit israélien, M. SHIFMAN condamne « la reconnaissance même de l'action pour rupture de promesse de mariage car le fait de rompre une telle promesse, alors même qu'il n'y a plus d'amour, est préférable au fait de profaner la promesse »⁹⁷⁷.

⁹⁷³ HAUTE COUR. Arrêt Timsit v Fhima 461/49 précité

⁹⁷⁴ HAUTE COUR. Arrêt Amar v Said 729/79 JP 17 281

⁹⁷⁵ SHIFMAN. Op. cit. P. 202

⁹⁷⁶ SHIFMAN. P. 203 Et arrêt Barghuiz v Zilver précité P.386

⁹⁷⁷ HAUTE COUR. Arrêt Marom v Marom 401/66 JP 21 (1) 673 19.6.67

Enfin, la doctrine suggère que la jurisprudence invalide la promesse de mariage pour illégitimité car contraire à l'ordre public. Toutefois, le Code des contrats israélien ne comporte pas expressément l'annulation de l'action pour rupture de promesse de mariage car la notion d'ordre public est une notion flexible qui s'adapte aux concepts sociaux d'une population. Ces derniers risquent de changer avec le temps, dans la mesure où, eu égard aux considérations susmentionnées et surtout au fait que le mariage doit être contracté avec une pleine liberté, peut invalider la légitimité de la promesse de mariage.

Aujourd'hui les mœurs ont évolué dans la société israélienne et, conformément au modèle occidental dans lequel le mariage est désormais fondé sur des sentiments amoureux, l'importance de ceux-là prime sur l'aspect patrimonial ou l'enfantement. Le mariage n'est plus toujours un support financier et social pour la femme dont la virginité n'est plus le seul apport au mariage⁹⁷⁸. La doctrine insiste donc bien sur le fait que la rupture de la promesse ne constitue plus, de nos jours, une honte pour la femme ou les familles des promettants.

Cependant, elle reconnaît que la promesse de mariage est encore très importante pour la classe orthodoxe israélienne et que le droit ne peut l'ignorer : « il existe encore des différences sociales et économiques entre les hommes et les femmes dans la société israélienne actuelle et la liberté sexuelle n'est pas répandue dans toutes les classes. La société israélienne fait une place primordiale au noyau familial et certaines classes voient encore aujourd'hui dans le mariage un moyen pour la femme de se réaliser. Une acceptation de la femme à une vie commune ne peut-être donnée sans la promesse de mariage »⁹⁷⁹. Dans ce sens la jurisprudence relève, dans l'arrêt Nathan précité, que « dans une société pluriculturelle, comme la société israélienne, les conséquences d'une rupture de promesse de mariage ne sont pas les mêmes et peuvent être très déterminantes pour certaines femmes »⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ SHIFMAN.Ibid.

⁹⁷⁹ COHEN (N) : Op. Cit. P. 20

⁹⁸⁰ Arrêt Nathan v Abdallah P. 466

Le professeur SCHIFMAN s'est opposé à la conception selon laquelle la promesse de mariage ne constitue qu'une promesse de célébrer un mariage dans l'avenir⁹⁸¹. Selon lui, la célébration du mariage n'est que la couche extérieure et la vie commune, fondée sur l'amour, l'intérieur. La promesse de mariage comprend ces deux touches et ne peut donc pas former l'objet d'un contrat, car l'engagement à une vie commune est le monopole du mariage⁹⁸². Le fait qu'un couple projette de se marier et organise la cérémonie, ne peut pas être pris comme un élément à part entière, détaché de la sphère sentimentale. Il en est relié⁹⁸³.

Comme tout contrat, la promesse de mariage doit être licite. En effet, elle doit être conforme à l'ordre public. Cette condition pose problème car rien n'empêche une personne déjà mariée de promettre mariage. La jurisprudence a, pendant longtemps, solutionné ce problème en invalidant simplement la promesse faite par des personnes déjà mariées si le mariage de la personne déjà liée pouvait être sauvé⁹⁸⁴. Cependant, récemment, par un arrêt de principe que nous étudierons ultérieurement, elle est allée jusqu'à considérer que, compte tenu des changements dans les mœurs de la société israélienne, il n'est plus possible de dire que la promesse de mariage contractée par une personne déjà mariée soit contraire à l'ordre public. La validité de ce type de promesse ne dépend donc plus des relations de la personne engagée par la promesse avec son légitime conjoint. Quelque-soit la situation, que le mariage de la personne déjà mariée puisse être sauvé ou non, il n'est plus possible de sanctionner de son engagement contracté dans la promesse de mariage.

Or, conformément à l'article 30 du Code des contrats, la promesse de mariage doit respecter l'exigence de conformité à l'ordre public. Dès lors, cette atteinte à l'institution du mariage devrait invalider la promesse de mariage contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ce qui va à l'encontre de cette jurisprudence *Plonit v Ploni*.

⁹⁸¹ SCHIFMAN. Op. Cit, P. 113.

⁹⁸² SCHIFMAN. Op. Cit, p. 118.

⁹⁸³ SCHIFMAN. Op. Cit, p. 117.

⁹⁸⁴ Arrêt *Rizenfeld v Jacobson* JP 17 1009; Arrêt *Yagar v Plavits* JP 20 (3) 244; Arrêt *Perez v Halmuth* précités

De même, l'exigence d'un libre consentement, puis de l'obligation de ne pas être marié lors de la conclusion du mariage, retirent à elles seules la validité contractuelle d'une telle promesse de mariage⁹⁸⁵.

Cependant, l'ordre public n'est pas une notion figée. L'évolution sociale et juridique est susceptible d'apporter un changement progressif à la position actuelle de notre matière. Et, à l'heure actuelle, il est prématuré de passer d'une politique reconnaissant à la promesse de mariage une pleine valeur contractuelle à une politique l'interdisant car attentatoire à l'ordre public.

b- Une hostilité croissante des tribunaux

Au fil des années l'hostilité de la jurisprudence israélienne envers les actions pour rupture de promesse de mariage s'est fait sentir. Cette dernière, lorsqu'un promettant est déjà marié, va jusqu'à qualifier l'action d'illégitime mais fait dépendre sa validité des circonstances.

La Haute cour israélienne a, par l'arrêt *Timsit v Fhim*, en 1965, clairement exprimé son hostilité envers les actions pour rupture de promesse de mariage : « une action pour rupture de promesse de mariage ne fait pas partie des actions favorisées par la cour () une telle action est ,en quelques sortes, repoussante dans la mesure où elle présume que le/la fiancé/e aurait du se marier avec la personne abandonnée juste parce qu'une promesse de mariage avait été faite et alors même qu'il n'y a plus d'affection entre eux. Déjà, les romains considéraient cette action comme contraire à l'ordre public (), mais que faire lorsque le Common Law considère ces actions comme des actions contractuelles valides juridiquement et que notre droit l'a suivi »⁹⁸⁶.

En effet, selon la haute cour le seul fait d'intenter une telle action sous-entend le fait que le mariage aurait dû se faire car il était promis.

⁹⁸⁵ PALSON (L) : *Marriage & Divorce in comparative Conflicts of Laws* ; la condamnation par des tribunaux anglais et américains a des dommages-intérêts excessifs due a une rupture de promesse de mariage peut s'avérer contraire a l'ordre public du fait que leur système de droit prône pour la liberté de mariage (in Schifman. Op. Cit, p. 118).

⁹⁸⁶ Haute Cour. Arrêt *Timsit v Fhima* 461/64 JP 19 (4) 129, 131. 1965

Elle a réitéré ses propos dans sa jurisprudence ultérieure. Notamment par les arrêts *Perez v Halmuth*⁹⁸⁷ et *Nathan v Abdallah*⁹⁸⁸.

Le juge considérait, dans l'arrêt *Nathan*, que « l'action en réclamation d'indemnités en cas de rupture de promesse de mariage n'est, en général, pas propre aux pays dont le système de droit est moderne. Lorsqu'elle existe, elle est réduite par rapport à son ampleur en droit anglais »⁹⁸⁹. Le juge se reportait ensuite à l'exemple du droit anglais qui suggérait « la suppression de l'action sauf pour les cas dans lesquels il y a eu un réel préjudice matériel »⁹⁹⁰.

La Haute cour israélienne prend, par ailleurs, souvent en exemple le droit français en matière de rupture de promesse de mariage. Elle précise, en 1967, que « le droit français traite la problématique de la promesse de mariage sous l'angle de l'action délictuelle par le recours à l'article 1382 du code civil »⁹⁹¹ et manifeste son souhait de voir le droit israélien prendre la même direction. Dans son arrêt *Marom v Marom* elle remet, en effet, en doute le statut contractuel de la promesse de mariage. Elle doute du statut contractuel de la promesse : « On doute du statut contractuel d'un accord pré matrimonial qui permet l'allocation d'indemnités. Il est difficile d'admettre qu'un accord pré matrimonial ait les mêmes conséquences qu'un contrat commercial de fabrication »⁹⁹². Citation est ensuite faite de la doctrine : « la promesse de mariage semble être un contrat problématique qui se trouve à la frontière des droits du justiciable »⁹⁹³. La juridiction énumère, par la suite, tous les pays dans lesquels l'action a été abolie et prend le soin de détailler l'évolution de l'action en droit français en citant les arrêts principaux et en appréciant le fait que le régime délictuel ait été choisi. Mention est même faite des articles applicables du code civil français (articles 1382, 1383 et 1088).

Dans ce sens, l'avis de la minorité dans l'arrêt *Plonit v Ploni* de 2004 est représentatif de la position réticente de la jurisprudence. En effet, le juge de la

⁹⁸⁷ Précité.

⁹⁸⁸ Haute Cour 609/68 JP 24 (1) 455 19.4.70

⁹⁸⁹ Ibid.

⁹⁹⁰ Haute Cour 1279/54 Barghuiz v Zilver JP 10 380

⁹⁹¹ Haute Cour *Marom v Marom* 401/66 JP 21 (1) 673. P.679.

⁹⁹² Haute cour arrêt *Marom* précité

⁹⁹³ COHEN ET FRIDMAN : *Droit des contrats* Vol. 1. 1991.P. 368-369

minorité remet en question le statut actuel de la promesse de mariage qui va à l'encontre de la liberté du mariage. Il propose de « supprimer l'action contractuelle pour rupture de promesse de mariage telle qu'elle existe dans le système de droit israélien actuel. En garantissant, toutefois, une action pour les préjudices matériels causés par la rupture (). Il serait peut être plus souhaitable d'adopter la position du droit français selon laquelle une indemnisation pour rupture de promesse de mariage peut être envisagée sur le plan délictuel, cette action est en vigueur dans le système israélien uniquement pour les cas de manœuvres frauduleuses (article 56 de la loi délictuelle). Il est temps d'élargir cette action même aux autres cas de rupture de promesse et de la substituer à l'action contractuelle actuelle afin de mieux protéger le principe de la liberté contractuelle et la liberté des parties à se lier par une relation qui ne sera pas juridique »⁹⁹⁴. Le juge souhaite que le législateur réforme la matière mais suggère en attendant une solution intermédiaire. Celle de ne indemniser que pour les préjudices matériels. Il écarte la possibilité d'indemnisation pour le préjudice moral : « le champ habituel des contrats est le champ commercial. On ne peut pas contracter dans le domaine affectif »⁹⁹⁵. Selon lui, pour ces préjudices là, l'indemnisation pourrait se faire sur le fondement délictuel.

Ainsi, les tribunaux israéliens semblaient donc avoir quelques réticences à accueillir les actions pour rupture de promesse de mariage. Ce qui explique que, comme ces dernières étaient toujours autorisées par la loi et ne pouvaient donc pas être interdites, les juges n'attribuaient pas des indemnités très élevées en cette matière afin de dissuader les parties d'ententer de telles actions et éviter des chantages.

Dans ce cadre, il est intéressant d'étudier le traitement des promesses de mariage faites par des promettants déjà engagés par le mariage.

⁹⁹⁴ Le juge reprenait les propos de la doctrine : SHALAEV (G) : *Des contrats Gentlemans* Rev. MISHPATIM. Vol. 32. 1992. P. 29-30

⁹⁹⁵ Arrêt Plonit P. 21

Par un arrêt de principe, du 15 mai 1963, confirmé par une série d'arrêts⁹⁹⁶, la jurisprudence a invalidé, pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, une promesse de mariage contractée par une personne déjà mariée. Selon la Cour suprême « elle portait atteinte au mariage et elle se assimilait à une bigamie de fait »⁹⁹⁷. Toutefois, ce type de promesse peut être valide si le mariage du promettant était déjà compromis et la jurisprudence va même aller jusqu'à l'admettre sans condition. Ce qui n'empêche pas d'obtenir des dédommagements lorsque le promettant déjà marié aura caché cette information à son co-promettant.

Lors de la conclusion de la promesse, si la preuve est apportée que la vie maritale du promettant était irrémédiable et insurmontable, la promesse est réputée être valide juridiquement : « Il n'existe pas encore une jurisprudence de la Haute Cour qui décide qu'une relation sexuelle hors mariage, lorsqu'une des parties est déjà mariée, est illégitime. En revanche, la validité d'une promesse de mariage par une personne déjà mariée dépend des circonstances de l'espèce. Si lors de la conclusion de la promesse, la vie maritale du promettant n'était pas en danger, la promesse était réputée illégitime, mais si elle était irrémédiable, la promesse était valide »⁹⁹⁸.

En effet, la promesse n'affecte en rien la vie maritale du promettant ni ne la met en danger. Il n'y a pas de crainte que cette situation présente une tentation à maintenir parallèlement les deux relations au point de permettre une bigamie de fait⁹⁹⁹.

Une jurisprudence récente va même plus loin.

L'arrêt *Plonit vs Ploni*, que nous étudierons ultérieurement, va plus loin et surprend, car il valide toute promesse de mariage faite par une personne mariée sans distinction quant à la vie maritale du promettant. Ce qui veut dire qu'une promesse de mariage faite par une personne déjà liée maritalement a une validité juridique, que le mariage soit compromis ou pas.

⁹⁹⁶ Haute Cour *Yagar v Plavitz* 10.7.1966 563/65 JP 20 (3) 244 ; *Perez v Halmuth* 4.6.71 649/70 JP 25 (2)35 ; *Haik v Safia* 116/75 JP 31(1) 90

⁹⁹⁷ Haute Cour 337/62 *Rizenfeld v Jacobson* JP 17 (2)1009

⁹⁹⁸ Arrêt *Halmuth v Perez* précité P. 37

⁹⁹⁹ COHEN (N) :Op. Cit. P. 18

Cependant, cette validité n'empêche pas des dédommagements dans certains cas. Si lors de la conclusion de la promesse, le promettant avait caché à son co-contractant le fait qu'il ou elle était marié(e), ce dernier pourra tenter une action délictuelle contre le premier pour manœuvres frauduleuses¹⁰⁰⁰.

Cette exception s'explique par le fait que la personne à qui est faite la promesse a été de bonne foi et ne porte pas atteinte au mariage du promettant qu'elle ignorait.

Par conséquent, on ne peut pas soulever le motif de contrariété à l'ordre public à son égard. L'illegitimité de la promesse ne vaut qu'à l'égard du promettant qui connaissait la vérité¹⁰⁰¹. Et la partie qui ignorait l'existence du mariage est une victime.

Par conséquent, comme la doctrine, la jurisprudence semblait s'opposer au législateur quant au statut de la promesse de mariage. Tout en s'inclinant, en appliquant la loi et en maintenant la validité juridique de cet acte, même s'il est contracté par une personne déjà mariée, elle n'attribuait que de petites indemnités et réaffirmait la nécessité de lui retirer la qualification contractuelle. Pourtant, en 2004, un arrêt va aller à l'encontre de cette tendance en renforçant véritablement le statut contractuel de la promesse de mariage.

3. L'arrêt Plonit vs Ploni : un surprenant renforcement du statut contractuel de la promesse de mariage

Jusqu'en 2004, l'action en justice pour rupture de promesse de mariage faisait, comme nous l'avons vu, l'objet de réticences et était considéré comme à la limite de la légitimité. L'arrêt Plonit vs Ploni, rendu le 14 juillet 2004, a, en cela, renversé la tendance jurisprudentielle. L'avis de la majorité de la Cour ne laisse aucun doute quant à la légitimité et la validité de la promesse de mariage dans le système de droit israélien. En effet, la Cour a décidé que non seulement la promesse de mariage est un contrat (a), mais que, ce contrat reste valable même s'il est contracté par une personne déjà mariée et ce, que sa vie maritale soit

¹⁰⁰⁰ Haute Cour Badash v Sadé 174/65 JP 20(1)617 ; Nathan v Abdallah 609/68 JP 24(1)455 ; Ploni v Almoni JP 30 (1) 383

¹⁰⁰¹ GROSFEF: ~~Le~~ Contrat invalide ~~du~~ Ed. Contrats. 2004. Vol 4. P. 487

compromise ou pas (b). Selon le président de la Cour, M. BARAK : « la promesse de mariage mérite une reconnaissance en tant que contrat valide tout comme n'importe quelle promesse contractuelle car le droit de contrats ne se limite pas au seuil familial »¹⁰⁰².

Le juge reconferme, par ailleurs, qu'il s'agit d'un contrat indemnifié, en cas de rupture, en tenant compte de la situation après la promesse (c), dans la mesure où bien que l'exécution forcée est impossible et que la victime doit se contenter de dommages et intérêts, les préjudices matériels et moraux existent bel et bien.

Cette décision est donc très surprenante, car elle est à contresens de la tendance jurisprudentielle et doctrinale jusque là qui souhaitait un élargissement de la liberté de sortie du mariage. Elle marque un tournant, car la jurisprudence actuelle est dans la droite lignée de cette conception de la promesse de mariage qui est aujourd'hui en pleine essor (d). Son statut de contrat spécial ne l'empêche pas de bénéficier d'une pleine reconnaissance contractuelle jusqu'à dépasser parfois les impératifs des devoirs du mariage.

a- Un statut contractuel réaffirmé

En l'espèce, Plonit était secrétaire dans une usine à cigarettes, mariée et mère d'un enfant, mais vivait séparément de son époux. Quant à Ploni, il était directeur de l'usine, également marié et père de trois enfants. Il subvenait aux besoins de Plonit, l'entretenait et l'incitait à divorcer de son mari. Pour se faire, il payait les frais du divorce et promettait qu'il divorcerait aussi de sa femme afin de former une famille avec Plonit. Une fois cette dernière divorcée, il ne tena jamais sa promesse alors qu'elle avait déjà avorté quatre fois de lui et avait décidé, la cinquième fois, de garder l'enfant qu'il avait reconnu. La relation rompue, Plonit intentait une action pour rupture de promesse de mariage pour les dommages qui lui étaient causés. Elle réclamait la somme de 35.000 Nis. En premier instance, le tribunal régional, conformément à la jurisprudence antérieure, rejetait sa demande aux motifs qu'une promesse de mariage faite par une personne mariée, dont la vie de couple n'est pas irrémédiable, est invalide car contraire à l'ordre

¹⁰⁰² Ibid.

public¹⁰⁰³. La Haute Cour confirmait, quant à elle, l'avis de la minorité en première instance selon laquelle : « il est vrai qu'il serait souhaitable que le législateur annule l'action en justice pour rupture de promesse de mariage, toutefois tant que ce n'est pas fait, une promesse de mariage est un contrat valide, même si elle a été conclue par un homme marié ».

L'arrêt redonne ainsi sa légitimité à la promesse de mariage. Le président de la Cour, M. BARAK, souligne que « la promesse de mariage, comme toute promesse contractuelle, doit bénéficier d'une validité juridique, car le droit des contrats n'exclut pas le domaine familial »¹⁰⁰⁴. Il poursuit en précisant qu'il « serait inadmissible d'exposer de manière hasardeuse l'une des parties à la promesse aux préjudices ou aux frais dus à la rupture de celle-ci sans que le droit ne puisse les assister. Seules les règles de responsabilité prévues dans le droit des contrats devraient, à ce titre, s'appliquer »¹⁰⁰⁵. La présidente de la Cour, M. FROCCACIA, se joint à son collègue en ajoutant qu'« il n'existe aucune raison ni morale, ni sociale, ni juridique pour exclure l'action pour rupture de promesse de mariage du domaine du droit (). L'action contractuelle pour rupture de promesse de mariage est indispensable aux situations dans lesquelles une partie est victime de la rupture de la promesse de mariage »¹⁰⁰⁶.

Par cet arrêt, la Cour suprême présente donc une nouvelle idéologie, soulevant deux nouveaux éléments : la confirmation de l'action pour rupture de la promesse de mariage reconnue sans exception et la validité de cette dernière même lorsqu'elle a été conclue par une personne déjà mariée alors même que la vie maritale du promettant n'est pas insurmontable.

Sachant, qu'en dépit des conceptions jurisprudentielles et doctrinales contre son statut contractuel, les juridictions n'avaient d'autres choix que de se plier aux lois en admettant que la promesse de mariage était un contrat dont la rupture pouvait faire l'objet d'une action la plus grosse surprise de l'arrêt Plonit réside

¹⁰⁰³ Trib. Reg. 166/96 Grinstein v Ben-Susan JP 26(8) 362

¹⁰⁰⁴ Cour Suprême Plonit v Ploni précité. P. 220

¹⁰⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁰⁶ Ibid. P.235-236

véritablement dans le fait qu'il ne recourt plus à la distinction faite jusqu'alors pour les promesses des personnes déjà mariées.

b- La priorité de la promesse de mariage en cas de promettant déjà marié

L'arrêt de la Haute Cour a validé la promesse de mariage faite par Ploni à Plonit alors même que Ploni était déjà marié à une autre femme et que son mariage n'était pas insurmontable. Cet arrêt marquait un revirement de jurisprudence dans la mesure où la jurisprudence antérieure ne validait que les promesses de mariage faites par un promettant déjà marié dont la vie maritale était surmontable¹⁰⁰⁷. Dans le cas contraire, la promesse était considérée comme immorale et contraire à l'ordre public. Cette distinction permettait d'éviter une situation de bigamie de fait¹⁰⁰⁸. Ainsi, l'arrêt Plonit rompt avec la jurisprudence traditionnelle qui marquait une distinction et protégeait le mariage.

Les raisons qui ont motivé la Haute Cour à rompre avec la jurisprudence antérieure et valider une promesse de mariage contractée par une personne déjà mariée, dont le mariage n'était pas insurmontable, sont : le désir d'une certaine libéralisation de la société, l'application d'une présomption du caractère insurmontable du mariage, le fait de ne pas accorder d'immunité aux promettants mariés et sur le respect de la promesse donnée.

Le président de la Cour soulève le motif de la libéralisation de la société israélienne en soulignant qu'il est impossible de « ignorer le fait que la société israélienne ait connue des changements profonds () elle reconnaît désormais le fait que le divorce soit devenu une partie intégrante de la réalité (). Par ailleurs, le fait d'avoir une relation extraconjugale ne fait plus l'objet d'un rejet de la part de la société actuelle en Israël »¹⁰⁰⁹. On peut donc en déduire que le juge considérait qu'il était temps d'appliquer cette libéralisation à la promesse de mariage et de lui permettre d'être faite par une personne déjà mariée, quelque soit sa situation.

¹⁰⁰⁷ HAUTE COUR. Arrêt de principe Rizenfeld v Jacobson 337/62 JP 17 1009 ; Arrêt Yagar v Plavits 563/65 JP 20 (3)244 ; Arrêt Halmuth v Perez 649/70 JP 25 (2) 35-40 et Haik v Safia 116/75 JP 31

(1)90

¹⁰⁰⁸ COHEN (N):Op.Cit. P. 18

¹⁰⁰⁹ Arrêt Plonit précité P. 222-223

L'arrêt Plonit va jusqu'à suggérer l'application d'une présomption selon laquelle lorsqu'une personne déjà mariée s'engage à divorcer et à épouser une autre personne, on déduit que sa vie maritale n'est dès lors pas surmontable. Ainsi, cela évitera une intrusion inutile dans sa vie intime¹⁰¹⁰.

Le président de la Cour entend, par l'arrêt Plonit, écarter l'inégalité entre les promettant. En effet, le fait de rendre illégitime la promesse de mariage faite par un promettant marié, dont le mariage n'est pas insurmontable, revient à accorder, à ce dernier nouant des relations extraconjugales en faisant des promesses de mariage sans lendemain, une certaine immunité (protection). Il peut se permettre de le faire car finalement cela n'a aucune valeur et n'engage donc en rien au détriment de son co-promettant. « Le fait d'invalider de telles promesses renforce ce genre de comportement en laissant à la charge de la victime toutes les pertes et risques »¹⁰¹¹.

Le fait même de « respecter une promesse fait partie du respect de l'ordre public »¹⁰¹². Le président de la Cour souligne que « la protection du mariage ne viendra pas au détriment du sacrifice des droits d'une victime de promesse de mariage »¹⁰¹³. En effet, la promesse de mariage reste une promesse qui consiste en un engagement qui doit être tenu et qui, s'il ne l'est pas, doit faire l'objet de dédommagements. L'arrêt se fonde avant tout sur l'obligation de respecter une promesse. D'un point de vue technique, même si la promesse est contraire à l'ordre public, l'article 31 du code des contrats permet à la victime d'un contrat qui a exécuté son engagement de percevoir des indemnités pour inexécution du contrat par l'autre partie. « En l'espèce, la justice doit être faite, la demanderesse devra être indemnisée »¹⁰¹⁴.

La Cour ne force pas le promettant à divorcer de sa femme et à épouser sa maîtresse à laquelle il a fait une promesse de mariage car une telle exécution forcée serait une atteinte à la liberté contractuelle et surtout à l'institution du mariage en faveur d'un engagement moins important. La Cour ne condamne pas

¹⁰¹⁰ Ibid. P.223

¹⁰¹¹ Ibid. P. 224

¹⁰¹² Ibid.

¹⁰¹³ Ibid. P. 223

¹⁰¹⁴ Ibid. P. 226

non plus le promettant à des indemnités à la hauteur de la situation dans laquelle la victime aurait dû se trouver si la promesse avait été exécutée. Elle condamne le promettant à verser à la victime une somme d'argent pour le préjudice morale que lui a causé la rupture, même s'il ne s'agit pas d'une somme excessivement élevée.

Cet arrêt peut être perçu comme une régression, car il va dans le sens de la conception selon laquelle la femme ne pouvait se réaliser que par le mariage et permet l'exercice d'un chantage. Sans parler du fait qu'il ignore les promesses faites à la femme légitime. Or, il n'en est rien car paradoxalement il tient compte du fait que les mœurs ont changé, que les individus sont libres de leurs sentiments et ont une liberté de choix limitée par les droits d'autrui. En effet, une personne peut s'engager à en épouser une autre et ce même si elle est déjà mariée car elle est libre de divorcer ou de rompre sa promesse, mais si elle ne respecte pas son engagement contractuel, que ce soit le mariage ou la promesse, elle doit s'acquitter du paiement d'indemnités.

Ainsi, les deux engagements peuvent coexister. Le mariage comme la promesse de mariage, sont des contrats dont l'exécution forcée est impossible, par conséquent c'est au promettant déjà marié de décider quel engagement il préfère honorer¹⁰¹⁵. Il devra, dès lors, dédommager le co-contractant de l'engagement qui ne sera pas exécuté. En l'espèce, Ploni a préféré exécuté son engagement matrimonial envers sa femme, il devait donc indemniser Plonit.

Cette jurisprudence reflète une position libérale et moderne dans la mesure où elle conçoit la possibilité de coexistence de la promesse du mari envers sa légitime femme et celle faite à sa maîtresse. Parallèlement elle régresse car elle « approuve indirectement une situation de bigamie »¹⁰¹⁶. Ce qui nous amène à un constat : le fait que l'arrêt Plonit reflète une réalité : le fait que dans la société israélienne, l'idée de l'égalité des sexes n'est pas complètement réalisée, et que dans les populations traditionnelles-religieuses, les chances de la réaliser prochainement

¹⁰¹⁵ COHEN (N) : Op. Cit. P.21

¹⁰¹⁶ COHEN (N). Ibid.

sont impossibles. Les femmes sont donc encore vues comme des victimes qui nécessitent une protection juridique en cas de rupture de promesse de mariage. Cependant, abstraction faite de cet état de fait quant à la place de la femme dans la société israélienne, contrairement au droit français, le droit israélien préserve ainsi l'institution du mariage et n'y porte pas atteinte, comme les détracteurs de la conception contractuelle de la promesse de mariage peuvent le dire. En effet, le fait de donner une valeur contractuelle à la promesse permet de contraindre les promettant à prendre au sérieux cet engagement, aussi sérieusement que le mariage lui-même. Et de la même manière que pour le mariage, il est impossible de forcer à exécuter, mais des dédommagements peuvent être alloués à la personne quittée sans qu'elle ait à apporter la preuve d'une faute.

Cette dernière notion est extrêmement importante et fait la différence entre le droit français et le droit israélien. Ce dernier prend en compte le fait que la personne éconduite peut être victime, et c'est souvent le cas, sans que l'auteur de la rupture de la promesse ait commis une faute. Peu importe la manière dont elle rompt, avec le plus de prévenance et de délicatesse possible, son ou sa fiancé peut souffrir de préjudices moraux comme le chagrin, la honte, l'atteinte à l'image de marque etc et/ou subir des pertes financières. En cela, le droit israélien est plus juste dans son traitement de la promesse de mariage, car les promettants sont libres de se désister, d'aimer ou ne plus aimer, mais pas au détriment de leur co-promettant qui vont sans doute pâtir de la rupture fautive ou non. Ces derniers doivent pouvoir être indemnisés quelque-soit la situation car la relation s'interrompt du seul choix de l'auteur de la rupture.

Cependant les indemnités ne se limitent pas à rétablir la situation de la victime avant la promesse.

c- Les indemnités post-promesse

Les indemnités allouées à la personne quittée en cas de rupture de promesse de mariage ont la particularité de ne pas placer la victime dans l'état où elle se trouvait avant les négociations, mais correspondent aux indemnités allouées dans les cas classiques de rupture de contrat qui placent la victime dans la situation

dans laquelle elle aurait dû se trouver si la promesse avait été exécutée¹⁰¹⁷. Selon la présidente de la Cour, Madame FROCCACIA : « les impératifs de l'ordre public et de bonnes mœurs ne doivent pas empêcher l'exécution d'une promesse de mariage et ne justifient en rien les préjudices subis par la victime de rupture de promesse de mariage qui est en droit d'obtenir une pleine protection du droit des contrats (). L'action en justice pour rupture de promesse de mariage est d'une grande nécessité et utilité pour les victimes»¹⁰¹⁸.

Les dommages, en cas de rupture de la promesse, résident surtout dans le fait que la victime perd ses espoirs et tout ce que la réalisation du mariage aurait pu lui apporter. C'est pourquoi l'indemnisation se limitant à rétablir la situation telle qu'elle était avant la promesse ne suffit pas.

Cette conception de l'indemnisation n'est pas une innovation du surprenant arrêt Plonit qui est, toutefois, un revirement de jurisprudence important suivi par la jurisprudence contemporaine.

d- Les suites de l'arrêt Plonit : vues sur la jurisprudence actuelle

Comme nous l'avons vu, les doutes soulevés par la jurisprudence quant à la légitimité de l'action pour rupture de promesse de mariage ont été anéantis par les juges de la majorité dans l'arrêt Plonit. Cette jurisprudence est donc suivie par les jurisprudences actuelles qui ne manquent, toutefois, pas de souligner la nécessité de critiquer la conception actuelle de la promesse de mariage.

L'arrêt Plonit symbolise le renouveau de l'action pour rupture de promesse de mariage. Les femmes intentent avec succès des procès pour rupture de promesse de mariage contre des hommes mariés¹⁰¹⁹ et des demandeurs masculins exercent aussi cette action contre des femmes qui les ont quittées¹⁰²⁰. La jurisprudence actuelle se conforme à l'arrêt Plonit en admettant de telles actions et la valeur contractuelle de la promesse.

¹⁰¹⁷ FRIDMAN et COHEN. Op. Cit, p. 10.

¹⁰¹⁸ Ibid, p. 235-236.

¹⁰¹⁹ Tribunal Reg. Revivo v Kaspi 40553/99.

¹⁰²⁰ Trib.Reg. Jérusalem Ayalon v Abey 5487/03; Trib.Reg. Hadera. Safra v Grosberg 3319/02

Dans ce sens, pour qu'une promesse de mariage soit considérée comme telle, l'arrêt Plonit énonçait les conditions que les tribunaux israéliens suivent à la lettre. Dans un jugement du tribunal de la famille de Beersheba, du 23 décembre 2009, dans lequel la victime d'une rupture de promesse de mariage avait demandé la somme de 150.000NIS pour les préjudices subit : telle que la perte de chance de se marier, de fonder une famille et le préjudice moral. Le tribunal déboutait la demanderesse. En effet, la juridiction s'appuyait sur la jurisprudence Plonit en ce qui concerne les conditions requises pour juger de la validité de la promesse de mariage et des préjudices réellement subis. Après examen des faits et témoignages, elle concluait que la demanderesse n'avait pas prouvé l'intention des parties à la promesse de mariage, ou des projets dans ce sens, ni même qu'elle ait subi un préjudice : « De tout ce qui a été dit il découle que la preuve nécessaire de l'existence de la promesse de mariage, qui donne droit à des indemnités en cas de rupture non justifiée, n'a pas été apportée alors qu'une telle preuve est indispensable pour une telle action (). Par conséquent, je ne suis pas en mesure de condamner le défendeur à payer une quelque somme d'indemnités que ce soit tant que ni la promesse ni la hauteur des préjudices n'ont été prouvés (). La preuve de la promesse de mariage a une importance primordiale et sine qua none pour l'obtention d'indemnités »¹⁰²¹.

De même, par un jugement rendu par le Tribunal de la Paix de Beersheba, le 10 mars 2010, le demandeur, issu, comme la défenderesse, de la communauté juive orthodoxe, avait été débouté de sa demande d'exécution forcée du mariage promis : « je demande au Tribunal de contraindre Mlle x à me épouser ». La demanderesse avait admis avoir rencontré et fréquenté le demandeur dans le cadre d'un éventuel Shiddoukh, mais soutenait n'avoir jamais consenti à l'épouser. Selon elle, après avoir découvert qu'il avait fait de la prison, et qu'il avait refusé de lui en expliquer la raison, elle avait refusé de se marier avec lui. Le juge rappelait les conditions de l'action pour rupture de promesse de mariage en citant l'arrêt Plonit de 2004 et les articles de loi issus du code des contrats de 1970 (art. 3 al.2 et 3), relatifs à la non exécution forcée d'un tel contrat, à l'éventualité des

¹⁰²¹ Trib.Beersheba. Famille. Plonit v Almoni 19680/07. www.takdin.co.il

indemnités et au caractère spécial de la promesse, pour débouter le demandeur. Il concluait qu'en l'espèce « il s'avère que la défenderesse n'avait ni intention ni volonté à conclure une promesse de mariage, qu'il s'agissait de simples rencontres qui n'ont pas abouti à la concrétisation d'une promesse de mariage »¹⁰²².

La jurisprudence Plonit est donc une référence aujourd'hui, ce qui n'empêche pas la jurisprudence contemporaine d'émettre des critiques.

La jurisprudence actuelle manifeste toujours aujourd'hui ses doutes quant au statut juridique de la promesse de mariage ou à la légitimité d'une action en cas de rupture. Bien que cela entraîne des critiques de l'arrêt Plonit, ces remarques faites dans les jugements ne concernent pas spécifiquement l'arrêt Plonit, mais la conception législative actuelle de la promesse de mariage.

Lors d'un jugement du tribunal régional de Tel-Aviv, en 2005, qui a condamné un homme à payer des indemnités de rupture à sa fiancée, le juge soutenait que : « Le dernier mot n'a pas encore été dit en matière de rupture de promesse de mariage. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable que la loi organise la matière []. Cependant, tant que le législateur n'est pas intervenu pour réformer la matière, nous sommes contraints de nous conformer à la jurisprudence en vigueur »¹⁰²³.

De même, dans le jugement du tribunal régional, pour l'affaire *Revivo v Kaspi*, la juge en charge de l'affaire n'a pas manqué de relever que « la reconnaissance du statut contractuel de la promesse de mariage n'est pas sans doute. On peut soutenir que le consentement au mariage est à caractère intime et relève du domaine des sentiments. Par conséquent il faudrait pouvoir reconnaître la liberté de tout individu de se libérer de la promesse sans que ce soit considéré comme une rupture de promesse »¹⁰²⁴.

Par un jugement du 28 février 2010, le juge du Tribunal de Tel-Aviv manifestait sa réticence envers l'action pour rupture de promesse de mariage et conseillait aux parties de régler leur différend hors du tribunal, car il considérait que ce type

¹⁰²² Trib. Beersheba. Paix.1066/09 Taieb v Asoulin

¹⁰²³ Tribunal Reg. Kafta v Abraham JP 2005 (1) 8091

¹⁰²⁴ Tribunal Reg. Revivo v Kaspi 40553/99.

l'affaire était de l'ordre de l'intime et ne concernait pas la justice¹⁰²⁵ : « Cette situation ne fait que renforcer ma position en matière d'actions pour rupture de promesse de mariage : ces actions relèvent du domaine intime et on doute que le droit puisse donner de réponse. Lorsqu'un mariage échoue, et il ne fait aucun doute que le mariage soit un contrat, dès lors les époux regagnent chacun leur route et se partagent le patrimoine commun. Si tel est le cas en cas de divorce pourquoi il n'en serait pas de même lorsque la séparation a lieu au stade préliminaire au mariage (). J'avais déjà rappelé que les tribunaux n'indemnisent qu'en cas de promesse de mariage faite à l'occasion de manœuvres frauduleuses »¹⁰²⁶. En l'espèce, le défendeur avait annulé le mariage à une date proche de la date prévue du mariage, alors que le couple s'était inscrit au consistoire (ce qui correspond à des démarches en mairie pour les juifs religieux), ce qui avait amené la demanderesse à exiger la somme de 50.000 Nis pour le préjudice moral ainsi qu'une indemnisation pour le préjudice matériel (perte de salaire suite à la promesse de mariage). Le Tribunal avait donc écarté l'éventualité d'une manœuvre et avait renvoyé l'affaire avec le consentement des parties.

Tout récemment, un arrêt de la Cour d'appel, datant du 21 septembre 2011¹⁰²⁷, illustre bien la dualité existant encore entre les deux tendances jurisprudentielles israélienne en matière de promesse de mariage : la prise en considération de la femme victime, d'une part, la considération égalitaire entre les hommes et les femmes, d'autre part. En effet, dans cette affaire le tribunal Régional de Tel-Aviv, dans sa fonction de Cour d'appel, avait annulé le jugement en 1ère instance qui, bien qu'il reconnaissait qu'« au vue des preuves, déclarations et témoignages, il s'avère que les critères composant la promesse n'ont pas été rassemblés », avait condamné le défendeur à payer la somme de 50.000 Nis pour rupture de promesse de mariage à la demanderesse. Alors même que les conditions exigées par la jurisprudence Plonit de 2004 n'étaient pas réunies, le tribunal considérait qu'on ne peut pas ignorer le préjudice moral et le défaut de bonne foi du défendeur qui a quitté la demanderesse après une longue relation, accompagnée

¹⁰²⁵ Tribunal de la Paix. Tel-Aviv/ Yafo 28.02.2010 Kehila v Hilo 16700-08

¹⁰²⁶ Ibid. P. 3

¹⁰²⁷ Trib. Reg. Tel Aviv e n sa fonction de CA 1165/09, 21 sept. 2011, Plonit v ploni

de promesses pour l'avenir ()¹⁰²⁸ En conséquence, après avoir rappelé qu'il n'était pas dans les attributions du tribunal de soulever un autre motif que celui invoqué par la demande ou la défense, la Cour d'appel a annulé ce jugement du fait de l'absence de toutes les conditions permettant de qualifier l'acte ou la situation de promesse de mariage.

Sous-section 3: Le dilemme du droit français: sauvegarde de la liberté ou protection de la victime ?

« Si un arrêt de 1838 a, un temps, permis de vider le débat en posant comme principe celui de la libre rupture des fiançailles, (), la jurisprudence (), a sans cesse oscillé entre nos deux habituelles conceptions. () Pourquoi est-on contractuellement engagé par une promesse de vente et ne le serait-on pas par une promesse de mariage ? () Existe-t-il des engagements qui n'engagent pas ? »¹⁰²⁸.

A défaut de statut particulier dans le Code Civil, il semble légitime d'analyser les fiançailles comme une promesse synallagmatique de contrat (1).

Cet acte consistant en un accord entre deux parties semble correspondre aux conditions de formation du contrat, telles que définies par le Code Civil. Il présente, néanmoins, comme vu précédemment, une particularité, celle d'avoir pour objet la conclusion d'un autre contrat. Cette particularité entraîne des difficultés pour l'application des articles 1101 et 1134 du code Civil visant la force obligatoire et en fait un contrat amputé (2), mais un contrat tout de même. Que faut-il donc en conclure ? (3). Faut-il les requalifier ?

1. Les fiançailles : promesse synallagmatique de contrat

Les fiançailles présentent les particularités des avant-contrats (a) : ce sont des actes signés avant un contrat et préparatoires à ce contrat. Ce qui peut les faire figurer dans la sphère contractuelle (b), comme c'est le cas de beaucoup d'avant-contrats,

¹⁰²⁸ COCHEZ (C) et BENMBAREK-LESAFFRE (K), « Regard actuel sur les fiançailles et la promesse de mariage », PA. 20 déc. 2007, n° 254, p. 10.

notamment en matière de vente. Ce sont des contrats qui sont amenés à disparaître (c), car signés dans le seul objectif de signer un autre contrat.

a- Un avant-contrat

L'avant-contrat, de manière générale, est un accord préliminaire passé entre deux parties en vue de la conclusion ultérieure d'une convention, cet accord fait déjà naître un engagement.

Il faut donc distinguer les avant-contrats des pourparlers qui ne sont que des discussions, négociations, certes préparatoires, mais qui ne consistent pas en un accord. Leur objectif est d'aboutir à un accord, donc à la conclusion d'un contrat, mais elles ne constituent pas elles-mêmes un accord. Elles n'ont donc pas de force obligatoire.

Les fiançailles, elles, constituent bien un avant-contrat car elles nécessitent un accord de volonté entre les fiancés, ce qui est également une condition fondamentale du contrat.

Les fiancés s'accordent donc bien en faisant naître des obligations à la charge de chacun d'eux. Cependant l'inexécution ne peut pas aboutir à une exécution forcée.

L'obligation de respecter le contrat est effectivement prévue pour les contrats, mais le Code Civil n'évoque à aucun moment l'avant-contrat. La question de la transposition aux avant-contrats des dispositions applicables aux contrats se pose donc surtout en matière de force obligatoire.

Par conséquent, l'avant-contrat, et donc les fiançailles, est-il (sont-elles) un véritable contrat au sens de l'article 1101 du code civil ?

b- L'avant-contrat égal contrat

Il semble évident que les fiançailles sont des contrats au sens de l'article 1101 du Code Civil, conformément à l'article 1108 du même code, mais dont la spécificité est la même que pour tout avant-contrat : ils sont préparatoires à un autre contrat et les parties l'ont conçu comme provisoire.

Comme en dispose l'article 1101 du Code Civil « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à*

donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Or, pour des fiançailles, il y a bien une rencontre des volontés, car les parties cherchent à se mettre d'accord et règlent les difficultés relatives à la conclusion du futur contrat qui est le mariage. Même si l'avant-contrat est plus ou moins précis, il comporte les éléments essentiels d'un contrat, à savoir un accord sur les conditions et obligations.

Les fiançailles consistant en une promesse mutuelle de contracter mariage, il existe bien un accord entre les deux parties matérialisé par l'acte de fiançailles souvent signé ou officialisé en public.

Pour pouvoir être un contrat valable, la promesse de mariage doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs conformément à l'article 6 du Code civil.

Au regard de l'article 1108 du Code civil, le critère de validité du contrat n'est juridiquement établi que si le contrat satisfait quatre conditions essentielles : la validité du consentement et la capacité à contracter, la validité de l'objet, puis de la cause.

Comme pour le mariage les parties doivent être libres. Le consentement ne doit pas être le résultat d'une erreur, d'une tromperie (dol) ou de violence physique ou morale.

« Exiger et donc protéger l'intégrité du consentement au mariage conduit à apprécier la volonté antérieure, la délibération interne qui a conduit au consentement »¹⁰²⁹.

L'existence de l'objet d'une promesse de mariage n'est pas difficile à démontrer, puisque ce serait un avant-contrat dont l'objet serait le contrat principal : le mariage.

Il ne s'agit donc pas d'un objet ne pouvant pas exister, mais d'un objet qui a vocation à exister dans le futur.

Selon l'article 1130 du Code civil, un contrat peut porter sur une chose future qui n'existe pas encore, mais qui va exister.

¹⁰²⁹ LAMARCHE (M) « Les degrés du mariage », Thèse, Bordeaux, 1997. Fait réf.) FLOUR (V.J) et AUBERT (J.L) « Les obligations, t. 1. L'acte juridique », Armand Colin, Paris, 1996, p. 132, n° 198.

Par ailleurs, la promesse de mariage serait un contrat où l'objet serait par définition déterminé, puisqu'il s'agirait du mariage. Le contractant saurait à quoi il s'engage et il disposerait, avant la signature du contrat principal, d'une liberté de rétractation.

Enfin, le mariage étant un contrat licite, l'objet d'une promesse de mariage serait licite si tenté que les règles d'ordre public soient respectées.

En effet, le mariage forcé ou le mariage blanc sont interdits, ce qui s'applique également à la promesse de mariage.

Un avant-contrat ne peut autoriser ce que le contrat principal interdit ! Et surtout ce que l'ordre public interdit.

La notion de volonté est toujours fondamentale, surtout en matière de mariage. A ce titre, la promesse de mariage peut préserver ce droit et non y porter atteinte.

L'existence de ce type de contrat ne remet pas en question le principe fondamental de la liberté de consentement.

La cause d'une promesse de mariage existe incontestablement, puisque les personnes la contractent pour annoncer leur mariage futur.

Le problème se pose pour la licéité de la cause d'une promesse de mariage. Sachant qu'elle consiste au mobile déterminant le consentement des parties : la raison pour laquelle la partie contracte.

Aujourd'hui, au vu des jurisprudences récentes, les bonnes mœurs s'accroissent des relations sexuelles hors mariage, voire adultérines¹⁰³⁰. « Le nouveau principe de solution traduit le désengagement du droit face à la libéralisation des mœurs. Ce qui a influencé en outre la distinction entre les deux facettes de la cause subjective, celle qui est immorale et celle qui est illicite »¹⁰³¹.

Comme vu précédemment, nous savons que selon la jurisprudence « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère »¹⁰³².

¹⁰³⁰ Pour les relations intimes hors mariage, juste avant le mariage : Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005 : Gaz. Pal. 23 mai 2005, obs. OUDOT (P) ; Pour les libéralités consenties afin d'entretenir des relations adultérines : Cass, 1^{re} civ, 3 fév. 1999 : D. 1999, somm., p. 307, obs. GRIMALDI (M), p. 377 ; Cass., Ass. Plé., 29 oct. 2004 : LPA, 7 juin 2005, n° 112, jsp. MIKALEF-TOUDIC (V) ; Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004 : Gaz. Pal., 2 déc. 2004, n° 337, p. 11.

¹⁰³¹ NIBOYET (F) « L'ordre public matrimonial », L.G.D.J., 2008.

¹⁰³² Ass. Plé., 29 oct. 2004 : LPA, 7 juin 2005, n° 112, jsp. MIKALEF-TOUDIC (V) ; Mixte, 23 nov. 2004 : Gaz. Pal., 2 déc. 2004, n° 337, p. 11.

Nous avons déjà effectué un parallèle avec les solutions retenues en matière de courtage matrimonial, lors duquel nous avons pu constater qu'il résultait de la jurisprudence qu'un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée est illicite.

De la même manière, nous pouvons considérer qu'une promesse de mariage conclue par une personne mariée serait illicite.

En effet, la personne déjà mariée serait dans l'impossibilité de respecter son engagement, car en France, la bigamie est prohibée.

Il semble donc évident que les fiançailles sont des contrats au sens des articles 1101 et 1108 du Code Civil, mais leur spécificité est la même que pour tout avant-contrat : ils sont préparatoires à un autre contrat et les parties l'ont conçu comme provisoire.

c- Un contrat provisoire

Les avant-contrats sont des contrats, mais ils ne se suffisent pas à eux-mêmes car ils ont pour objet la conclusion d'un autre contrat, qui lui sera définitif.

Pour la promesse de mariage, les fiancés s'engagent à donner leur consentement dans l'éventuel contrat de mariage qui suivra.

La question est donc de savoir à quel point un avant-contrat, et surtout une promesse de mariage, a force obligatoire ?

De cette spécificité de l'avant-contrat va découler son régime : les fiançailles préparent le mariage, elles génèrent donc une simple obligation de faire, ce qui est différent du mariage. En principe, une obligation de faire se résout en dommages-intérêts selon l'article 1142 du Code civil.

2. Les fiançailles : contrat amputé

Forcer l'exécution d'un avant-contrat revient à obliger un individu à signer une convention. Or cela s'oppose au principe fondamental de la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme. Par ailleurs, selon l'article 1134 du Code civil, les conventions « tiennent lieu de loi », donc l'avant-

contrat est obligatoire dans la limite où il porterait atteinte à la liberté contractuelle qui a une valeur normative supérieure.

Il en résulte qu'en principe l'avant-contrat s'impose aux parties qui l'ont créé. Il constitue leur loi. Néanmoins, admettre l'exécution forcée d'un avant-contrat revient à forcer la signature du contrat définitif de la partie récalcitrante, or on ne peut pas violer un principe constitutionnel pour forcer quelqu'un à s'engager dans un nouveau contrat.

Le Conseil constitutionnel a même plus précisément érigé le principe de liberté matrimoniale en principe à valeur constitutionnelle. Elle a deux volets:

- le droit de se marier avec la personne de son choix.
- le droit de ne pas se marier.

Cette liberté doit être conservée jusqu'à la célébration du mariage et la personne peut donc se rétracter au dernier moment.

De plus, de manière générale, contraindre une partie à la signature contre sa volonté se heurterait à l'article 1108 du Code civil et pourrait être constitutif d'un vice du consentement.

Comme le Code civil ne traite pas des avant-contrats, c'est la jurisprudence qui a pris le relais. Elle a tenté de déterminer un régime des avant-contrats lorsque l'un des cocontractants ne respectait pas son obligation et que l'avant-contrat n'aboutissait pas à la conclusion d'un contrat définitif.

Comme nous l'avons vu, en matière de promesse de mariage, les courants jurisprudentiels et doctrinaux oscillaient longtemps entre la conception contractuelle et délictuelle, pour s'accorder, depuis 1838, en grande partie, sur une appréhension délictuelle du sujet.

Sans aller jusqu'à faire une analogie avec le contrat de travail à durée indéterminée, comme le faisait JOSSERAND¹⁰³³, des auteurs sont tentés de faire figurer la promesse de mariage dans la sphère contractuelle : « Pourquoi la parole donnée dans le domaine matrimonial engagerait-elle moins que dans le domaine patrimonial ? () Cette énigme n'est pas résolue par le droit contemporain de la

¹⁰³³ JOSSERAND (L), « Le problème juridique de la rupture des fiançailles », D. 1927, p. 21-24.

famille. Elle pourrait être par la redécouverte de l'application du droit des contrats au régime des fiançailles »¹⁰³⁴.

Si le sujet réapparaît régulièrement, c'est que les fiançailles répondent aux conditions émises par le Code civil pour constituer un contrat. Elles sont donc qualifiables de contrat, mais elles présentent la particularité de ne pas pouvoir faire l'objet d'exécution forcée en cas de rupture. Ce sont donc des contrats amputés d'une partie de leur force obligatoire.

Leur exécution ne peut être forcée, mais leur inexécution peut être sanctionnée par le paiement de dommages et intérêts. Cela peut paraître désuet car le résultat semble le même lorsqu'on l'appréhende comme un simple engagement moral, et non un contrat, dont l'inexécution entraîne une action en responsabilité délictuelle. Pourtant les conséquences ne sont pas tout à fait les mêmes, car en cas de responsabilité contractuelle, la victime n'a pas à prouver de faute, l'inexécution du contrat constituant la faute.

Ce qui n'est pas le cas des droits rabbinique et israélien pour lesquels la promesse de mariage est bel et bien un contrat dont l'inexécution peut engager la responsabilité contractuelle.

3. Quelles perspectives pour le droit français ?

La jurisprudence n'a jamais réellement appliqué les critères exigés par la Cour de cassation dans son arrêt de principe du 30 mai 1838, car les juridictions françaises ont jugé que des dommages et intérêts pouvaient être accordés dans la mesure où la rupture était intervenue.

La promesse de mariage est donc passé du statut de contrat à un pseudo contrat tacite dans lequel la rupture est sanctionnée.

En effet, aujourd'hui, s'agissant des fiançailles ou promesse de mariage, le droit français a établi un régime juridique hypocrite et illogique.

Pourquoi accueillir des actions en responsabilité pour les dommages causés du fait de la rupture d'un simple fait juridique ?

¹⁰³⁴ COCHEZ (C) et BENMBAREK-LESAFFRE (K), Op, Cit.

Pourquoi valider les demandes de mariage posthumes lorsque la preuve n'est autre qu'une promesse de mariage, qui aujourd'hui n'est qu'un fait qui n'a aucune valeur juridique ?

Nombreuses sont les questions pouvant être posées concernant le choix de la législation et de la jurisprudence actuelle quant au statut de la promesse de mariage. Pourtant cette dernière gagnerait à être admise comme un avant-contrat, d'autant plus que rien véritablement ne s'y oppose. Elle peut, comme vu précédemment, être en tout point conforme aux règles de validité du droit commun des contrats, sans pour autant enfreindre la liberté de mariage.

Le statut de la promesse de mariage aujourd'hui nous met, effectivement, face à plusieurs incohérences qui nous invitent à envisager cette dernière comme un contrat.

Selon certains auteurs, « si les fiançailles constituent un contrat, elles doivent être prouvées par écrit, conformément au droit commun de la preuve. Si elle ne constituent qu'une situation de fait, elles peuvent être prouvées par tous moyen »¹⁰³⁵. Or, le système jurisprudentiel continuait, durant plus d'un siècle, à exiger que la preuve soit « faite par écrit, ou du moins par des témoignages accompagnés d'un commencement de preuve par écrit »¹⁰³⁶. Ce qui impose, in fine, « un rapprochement étonnant avec la conception contractuelle »¹⁰³⁷.

Confirmée par le législateur en 1912, dans le cadre de la loi relative à la recherche de paternité naturelle, en cas de promesse de mariage, cette exigence est toujours présente aujourd'hui.

Bien que la jurisprudence, en 1974¹⁰³⁸, ait quelque peu amorcé l'admission de la preuve par tout moyen, aujourd'hui les moyens les plus souvent retenus restent toujours majoritairement la preuve écrite ou le commencement de preuve écrite.

Dans ce sens, LABBEE démontre les incohérences de l'application de la responsabilité délictuelle à la rupture des fiançailles. Il rappelle que, selon l'article

¹⁰³⁵ LABBEE (X) « Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ? », Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 121.

¹⁰³⁶ DE BERMOND DE VAULX (J-M) précité. Fait réf. MARTY et RAYNAND « Droit civil.t.1 », n° 398, p. 552.

¹⁰³⁷ Ibid.

¹⁰³⁸ Civ 1, 6 Nov. 1974, JCP, 1980, RTDciv 1981, p. 132.

1382 du Code civil, c'est à celui qui prétend subir un préjudice de démontrer les fautes de celui qui les aurait commises. Or, comme nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence contemporaine accepte l'idée de présomption de faute en cas de rupture tardive de la promesse de mariage. Ce qui « est illogique dans le système de la responsabilité délictuelle et suppose (en l'absence de textes dérogatoires) la démonstration d'une faute »¹⁰³⁹.

Dans ce sens, selon HAUSER, « pratiquement, dans la quasi-totalité des décisions, c'est le moment de la rupture qui est considérée comme essentiel. () Plusieurs décisions retiennent qu'une rupture, quelques heures avant la célébration prévue, est abusive¹⁰⁴⁰. () la conciliation entre ce reproche de tardiveté dans la rupture, et le principe toujours réaffirmé d'une liberté totale jusqu'au mariage n'est pas évidente »¹⁰⁴¹.

De même, la possibilité d'une action en responsabilité, au titre de l'article 1382 du Code civil, pour rupture des fiançailles met l'accent sur une incohérence :

Au nom de la liberté du consentement, la jurisprudence refuse de considérer la promesse de mariage comme un contrat dont l'inexécution engage la responsabilité contractuelle. La question est donc de savoir en quoi la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts pour inexécution du contrat pèserait moins sur le consentement qu'une condamnation au titre de l'article 1382 du Code civil ?

Selon JOSSERAND, les fiançailles constituent un contrat pouvant être résilié par l'accord des parties, mais aussi par la volonté unilatérale d'une des parties. Toutefois, lorsque ce droit de rupture unilatérale est utilisé de manière abusive, l'auteur peut être condamné à payer des dommages-intérêts¹⁰⁴².

Selon LABBEE, qui confirme les observations de JOSSERAND, « si la promesse de mariage constitue un contrat que chacune des parties est libre de rompre, en

¹⁰³⁹ LABBEE (X), précité, p. 123.

¹⁰⁴⁰ Req., 23 juin 1938, Gaz. Pal., 1938, 2, 596 ; Civ 2, 2 juil. 1970, D. 1970, 743 ; Civ 1, 29 avr. 1981, Bull. civ I, n° 143 etc.

¹⁰⁴¹ HAUSER (J), obs. sous Bordeaux, 14 nov. 1985, Rev. Jsp. D'Aquitaine, 1986, n° 2, p. 318.

¹⁰⁴² JOSSERAND (L) « Le problème juridique de la rupture des fiançailles », D.H. 1927, chron. 21.

dehors du consentement de l'autre, l'existence d'un tel contrat ne peut plus, en quoi que ce soit, entraver la liberté du consentement au mariage »¹⁰⁴³.

D'autres auteurs, considèrent la promesse de mariage comme un avant-contrat donnant aux parties une obligation de loyauté dont la violation justifie la responsabilité de son auteur¹⁰⁴⁴.

LABBEE va jusqu'à comparer les fiançailles au pacte de préférence pour lequel le « manquement à l'engagement se résout () en dommages-intérêts, et uniquement en dommages-intérêts ». L'auteur en déduit que les fiançailles constituent « un pacte de préférence bilatéral »¹⁰⁴⁵.

A mon sens, la promesse de mariage est un avant-contrat qui, comme la plupart des avant-contrats, présente la particularité de ne pas pouvoir être sanctionné d'exécution forcée en cas de rupture, mais d'une indemnité déjà prévue par le contrat.

Une promesse de vente ou un compromis de vente se caractérise par la signature d'un avant-contrat qui permet de lier les parties pendant le délai nécessaire à l'obtention des documents indispensables à la vente. Le contrat définitif n'est pas conclu, ce qui laisse aux parties la liberté de donner ou non leur consentement.

Dans les deux cas, un acompte en pourcentage du prix de vente est versé pour être utilisé à titre de dédommagement par l'autre partie en cas de rétractation non prévue dans le contrat (cet acompte est limité au vendeur pour la promesse de vente).

De la même manière, il n'est pas difficile d'envisager que la promesse de mariage soit admise comme un avant-contrat dans lequel les parties conviendraient, à l'avance, le montant de l'indemnité en cas de rétractation. Cela aurait au moins le mérite d'être moins illogique et de désengorger les juridictions pour les litiges de cet ordre.

Il est difficile aujourd'hui de prétendre que la promesse de mariage n'est qu'un simple fait, ayant pour objectif un ~~qu~~ solennel parfaitement libre.

¹⁰⁴³ LABBEE (X), précité, p. 124.

¹⁰⁴⁴ HEMARD (J), note sur Civ., 2 déc. 1907 : S. 1909, 1, 553 ; SALEILLES (R) « De la responsabilité précontractuelle », RTD civ. 1907, 697.

¹⁰⁴⁵ LABBEE (X), précité, p. 125.

Il semble évident qu'il est nécessaire de lui reconnaître son statut de phase préparatoire à l'union matrimoniale.

Par conséquent, on ne peut en aucun cas, en vertu de la liberté contractuelle forcer quelqu'un à contracter, surtout en matière de mariage où la liberté de consentement est primordiale. Les fiançailles sont donc bien des contrats, et les fiancés sont tenus de les respecter, mais leur force obligatoire est limitée.

CONCLUSION

L'appréhension juridique des actes pré-matrimoniaux constitue un sujet sensible car intrinsèquement lié à l'acte sacré qu'est le mariage.

Bien que la conception des droits rabbinique, israélien et français soit différente, nous avons pu constater que des similitudes existent et trouvent leurs origines dans des règles fondamentales.

S'agissant du courtage matrimonial, les trois droits lui reconnaissent le statut contractuel: le droit rabbinique l'érige au rang de contrat primordial dont il règlemente les tenants et aboutissants, le droit israélien lui applique le droit commun des contrats sans s'en intéresser davantage, laissant les parties totalement libres et le droit français admet ce statut mais sous condition du respect d'une réglementation très stricte.

S'agissant de la promesse de mariage, elle fait davantage polémique: le droit rabbinique lui confère un statut contractuel et la recommande, le droit français lui refuse le statut de contrat, mais permet, sous conditions, une action délictuelle contre l'auteur de sa rupture et, enfin, le droit israélien lui reconnaît une valeur contractuelle, mais invite la victime de rupture à agir en responsabilité délictuelle en cas de préjudice morale.

Une grande partie de la doctrine¹⁰⁴⁶ et de la jurisprudence¹⁰⁴⁷ israélienne désire voir annuler la reconnaissance du statut contractuel de la promesse de mariage ou au moins de ne limiter l'indemnisation qu'aux préjudices matériels. Le remède aux préjudices non matériels devrait ainsi trouver réponse dans le cadre de l'action délictuelle en cas de fondement justifié. De nombreux appels ont été faits au législateur israélien dans ce sens afin qu'il réforme la matière, car "la promesse de mariage est un contrat problématique qui se trouve à la limite de la légitimité"¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ SHIFMAN Op. Cit, KAPLAN Op. Cit

¹⁰⁴⁷ HC Marom v Marom 401/66 Précite, Arrêt Plonit v ploni 5258/98 précite

¹⁰⁴⁸ FRIDMAN ET COHEN, « Droit des Contrats israélien », Vol. 1.1991. P.368-369.

Le professeur SHIFMAN, qui se demande s'il s'agit d'un contrat obligatoire, suggère sa suppression de façon progressive.

La doctrine israélienne invite, de fait, le législateur à "abandonner l'action contractuelle et à la remplacer par l'action délictuelle afin de protéger le principe de la liberté contractuelle mais aussi la liberté des parties de se lier dans une relation en dehors du droit"¹⁰⁴⁹.

C'est sur ce sujet que le droit israélien et le droit français partagent le même point de vue. Pour ce dernier, la promesse de mariage peut, effectivement, constituer une entrave à la liberté matrimoniale. Cependant, le droit français écarte le problème en qualifiant la promesse de fait juridique et non de contrat, ce que le droit israélien, sous le poids des traditions et de l'influence du droit rabbinique, n'ose pas faire.

Pourtant, selon la jurisprudence israélienne, "l'heure est venue d'annuler l'action contractuelle de la promesse de mariage telle qu'elle est aujourd'hui et ce, en permettant une action, qui ne dépend pas d'un coupable, en indemnisation des préjudices matériels causés suite à la rupture de la promesse de mariage. Ces préjudices sont susceptibles d'inclure des dépenses faites en vue du mariage projeté ainsi que les cadeaux faits en vue du mariage"¹⁰⁵⁰.

La Haute cour va même jusqu'à estimer qu'"il serait recommandable aussi d'envisager la possibilité d'adopter la solution actuelle du droit français et d'autres pays. Cette solution conduit, dans la plupart des cas, à accorder une action délictuelle en vue de dommages et intérêts en matière de rupture de promesse de mariage. Aujourd'hui, le droit israélien ne permet une indemnisation sur un fondement délictuel que dans les cas où des manœuvres frauduleuses ont été prouvées"¹⁰⁵¹. Ainsi, conformément aux conditions de l'action délictuelle (article 56 du Code du droit des contrats), le demandeur doit déjà prouver qu'au moment de la conclusion de la promesse, le promettant a eu l'intention de ne pas exécuter son engagement.

¹⁰⁴⁹ SHALEV (G), «Heskemim gentelmeniimMishpatim».32.2002. P. 29-30.

¹⁰⁵⁰ Avis de la minorité arrêt Plonit précite P. 20; PRIMER (D), « Restitution des cadeaux offerts suite a la promesse de mariage et au vue de la nouvelle legislation civile », MISHPATIM.Vol. 10.1980. P.329.

¹⁰⁵¹ Exemple arrêt Nathan Précite.

La position de la jurisprudence est que la suppression de l'action contractuelle depuis sa racine est le rôle du législateur et pas de la jurisprudence¹⁰⁵².

Selon le juge de la minorité dans l'arrêt Plonit, comme pour le divorce, "le droit n'accorde pas une action en indemnisation pour les préjudices psychiques causés" par la rupture de la promesse¹⁰⁵³.

La position qui prévaut en la matière n'est pas unanime en droit israélien et cela s'explique par le grand nombre de cultures différentes ainsi que la polyvalence de la société israélienne¹⁰⁵⁴ qui fait que les conséquences de la promesse de mariage ne sont pas identiques et peuvent être très déterminantes pour un nombre non négligeable de femmes¹⁰⁵⁵.

Le droit rabbinique partage la même conception que le droit israélien sur ce point en attribuant un statut contractuel et des indemnités pour les préjudices matériels et moraux. Ceci explique peut-être pourquoi ce statut de contrat est maintenu en droit israélien en dépit des demandes de la jurisprudence et de la doctrine.

En effet, quand bien même la promesse de mariage ne relève que de la compétence du droit civil, le droit rabbinique pèse sur ce sujet intrinsèquement lié au mariage, qui est, comme nous l'avons vu, de la seule compétence du droit rabbinique.

Dans ce sens, le droit israélien continuera à indemniser le préjudice moral causé par la rupture de la promesse afin de mieux protéger la femme victime et ce en dépit du principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme et du fait que la femme n'ait plus besoin de cela pour se réaliser socialement et financièrement¹⁰⁵⁶.

Bien qu'aujourd'hui, une femme ne soit plus considérée comme le patrimoine de son père, puis par la suite celui de son mari et que le mariage ne soit plus l'union éternelle sans possibilité de sortie, des inégalités entre homme et femme existent toujours.

" Cette inégalité est surtout fondatrice d'une différence, mais ni cette inégalité, ni cette différence ne sont destinées à être figées. Elles doivent évoluer et il est

¹⁰⁵² Arrêt Shiperberg v Avtalion précité P. 176 ET Arrt Plonit précité P.24

¹⁰⁵³ Arrêt Plonit Précité

¹⁰⁵⁴ COHEN (N), « La montée et la chute de la promesse de mariage », Op. Cit. P. 20

¹⁰⁵⁵ Ibid.

¹⁰⁵⁶ SHIFMAN. Précité.P. 109-110.

incontestable que, vu de l'extérieur et de manière formelle, la Femme d'une certaine manière est mise sous tutelle"¹⁰⁵⁷.

La décision de l'arrêt Plonit a, néanmoins, "redonné vie à l'action pour la femme, au nom du principe d'égalité des sexes devant la loi, elle ne pourra plus rejeter celle d'un homme"¹⁰⁵⁸.

Ainsi, la société israélienne, qui est une société qui se veut moderne, mais qui a finalement gardé ses attaches à la religion et donc au droit rabbinique, en dépit du fait qu'elle le trouve archaïque et mal adapté. Ce qui n'est pas le cas pour le droit français qui s'est définitivement libéré du poids de la religion et des bonnes mœurs. De la même manière, le statut du courtier en droit rabbinique est aussi responsable du statut actuel que lui donne le droit positif israélien. Bien qu'il ne fasse l'objet d'aucune réglementation spécifique, en droit israélien, il est autorisé en Israël et la prestation est considérée comme un contrat. Point sur lequel les trois droits s'accordent.

C'est en matière de réglementation spécifique que les droits se distinguent. En droit français, elle existe et est très rigide. Il en est de même en droit rabbinique, à la différence près que l'encadrement du droit n'est pas aussi stricte. Et en droit israélien elle n'existe pas, mais le besoin s'en fait grandement ressentir (invitations des jurisprudences et doctrines nombreuses).

Le statut contractuel de la promesse de mariage et du courtage matrimonial, en droit israélien et rabbinique, n'entrave pas la liberté du mariage, pas plus que la voie délictuelle, ce qui diffère en droit français, concernant la promesse de mariage.

Le Rabbin NAVON soutient la conception contractuelle en suggérant d'établir aussi un acte pré-matrimonial prévoyant une amende pécuniaire au cas où, en cas de divorce, une des parties refuse de divorcer"¹⁰⁵⁹. Ce type de contrat peut éviter de nombreux cas de refus de divorce. Ainsi, la Rabbanite LEBMOR présente une nouvelle approche dans le but de solutionner la problématique du refus de divorce

¹⁰⁵⁷ DRAÏ (R), intervention lors du colloque du 25 octobre 1998 au Consistoire de Belgique

¹⁰⁵⁸ COHEN (N), " Des hauts et des bas dans la promesse de mariage", fév.2006.

¹⁰⁵⁹ <http://www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L-3746675,00.html>

et afin de garantir un partage convenable du patrimoine commun en cas de divorce¹⁰⁶⁰. Il s'agit d'un contrat halakhik et juridique à la fois dans lequel les membres du couple, s'accordent avant le mariage, qu'au cas où l'un d'eux souhaiterait divorcer et que l'autre lui refuse, il devra payer une amende pécuniaire élevée. Le contrat est rédigé conformément à la Halakha, ce qui écarte le problème de *meousse* (acte de divorce forcé).

De plus en plus connu, ce droit se nomme *contrat de respect mutuel*¹⁰⁶¹ en français, et est l'œuvre d'une rédaction commune de rabbins et juristes.

Cette pratique peut choquer. Le fait de prévoir l'éventualité du divorce avant même le mariage prononcé peut sembler choquant. Selon LEBMOR, " l'acte de la Ketouba rédigée pourtant par nos sages du Talmud, prévoit finalement aussi d'une éventualité de séparation ou de décès d'un des époux, et pourtant les futurs époux la signe sous la Houppa".

Ce type de contrat n'est pas encore appliqué en droit israélien, alors que le nombre de personnes pour lesquelles l'acte de divorce est refusé n'est pas négligeable, d'autant plus qu'en Israël, les tribunaux rabbiniques ne sont pas enclins à contraindre les maris à donner le guet à leur femme.

Il est possible de télécharger un formulaire de l'acte pré matrimonial prévoyant des indemnités en cas de refus de divorce, en quatre langues, dont le français en allant sur le site du consulat des jeunes rabbins d'Israël <http://www.youngisraelrabbis.org.il/prenup.htm>. Aussi, il existe actuellement un forum sur facebook. Ce qui illustre le fait que le concept des actes/contrats pré matrimoniaux soit à la mode.

Par conséquent, après étude des droits français, rabbinique et israélien, en la matière, il ne semble pas que le statut de contrat accordé aux actes pré-matrimoniaux soit une entrave à la liberté matrimoniale. Comme nous l'avons démontré, le contrat de courtage matrimonial et la promesse de mariage sont des contrats car ils répondent aux conditions de validité définies par les trois droits

¹⁰⁶⁰ LEBMOR, dans son nouvel ouvrage "Evite à tes yeux de pleurer" :

¹⁰⁶¹ <http://www.youngisraelrabbis.org.il/prenup.htm>

étudiés. Cependant la promesse de mariage est privée de force exécutoire, car le principe fondamental de la liberté contractuelle l'exclut.

Une chose est éventuellement à craindre: "le fait de rendre responsable pécuniairement la personne qui rompt une promesse de mariage, risque de la faire revenir sur sa décision et de épouser l'autre à contrecœur afin de ne pas avoir à payer les indemnités".

Pourtant, il est aisé d'écarter cette opposition à la conception contractuelle de la promesse en effectuant un parallèle avec la promesse de vente ou d'achat immobilier. Cette dernière contient une clause prévoyant une indemnité compensatoire en cas de rupture. Seul le non obtention d'un prêt libère le promettant de sa promesse sans avoir à payer d'indemnités.

Ainsi, la solution résiderait donc dans le fait d'admettre à la promesse de mariage sa valeur contractuelle en lui retirant sa force exécutoire tout en prévoyant une clause d'indemnité compensatoire qui sera exclue dans des cas spécifiquement prévus comme le désamour ou l'absence d'amour. Cela n'empêchera pas la victime de demander tout de même des dommages-intérêts en cas de préjudice.

Contrairement à ce qui paraît, cela n'aboutit pas au même résultat que celui produit par la conception délictuelle, car, en cas de conception contractuelle, la victime n'a pas prouver la faute de l'auteur de la rupture pour espérer être dédommagée. Le non respect du contrat suffit, ce qui en soi est plus juste, car qu'il y ait faute ou pas, la rupture peut causer des préjudices. Et le mariage est un acte suffisamment important pour que les actes qui le précèdent et le préparent fasse l'objet d'une attention particulière.

ANNEXES

Annexe 1

- **Vademecum sur les systèmes de droit rabbinique et israélien**
- **Glossaire des thèmes rabbiniques**

I. Vademecum sur les systèmes de droit rabbinique et israélien

La thèse ici présente vise à comparer la place réservée aux actes pré-matrimoniaux que sont le courtage matrimonial et la promesse de mariage, dans les droits français, israélien et rabbinique. Pour comprendre cette étude, il faut donc prendre connaissance des systèmes juridiques de ces droits et surtout des droits étrangers : le droit israélien et le droit rabbinique.

Ce chapitre préliminaire présente donc les systèmes de droit rabbinique et israélien afin de les confronter au système français en abordant les origines des systèmes juridiques (Section 1) et en expliquant leur système judiciaire (Section2).

Section 1 : Les origines des systèmes juridiques

Il existe aujourd'hui quatre principaux systèmes juridiques dans le monde. Les systèmes de droit romano-civiliste, de la *Common law*, de droit coutumier et de droit religieux.

Le système de droit romano-civiliste puise ses origines dans le droit romain et comprend un système complet de règles, souvent codifiées, appliquées et interprétées par des juges. Bien que les décisions des juges des instances supérieures influencent dans les faits celles des juges inférieurs, les précédents judiciaires ont rarement force de loi dans ce système. Le droit civil est traditionnellement subdivisé en trois groupes distincts de droit : le romaniste, le germanique et le scandinave.

Le système de Common Law, pour sa part, applique un droit d'essence jurisprudentielle, mettant en avant les décisions des cours et des tribunaux. Dans ce système les lois sont très généralistes, car la jurisprudence prend le relais

Néanmoins, on assiste aujourd'hui à une codification de la *Common Law*, qui le mélange peu à peu avec le système de droit civil.

Les systèmes de droit coutumier et religieux sont respectivement essentiellement fondés sur les coutumes et la religion du pays où elles se trouvent.

Chaque pays présente cependant des variations ou intègre certains dispositifs d'autres systèmes. Nombreux sont les pays ayant un système juridique mixte. Ainsi, alors que le droit français applique un système de droit civiliste, plus exactement du groupe romaniste, le droit rabbinique applique un système de droit religieux (Sous section 1) et le droit israélien applique un système mixte (Sous section 2).

Sous Section 1 : Le droit rabbinique : un droit religieux

Issue du judaïsme pharisien (1), le judaïsme rabbinique (en hébreu: - Yahadout Rabbanit) s'est structuré du II^e au VI^e siècle de l'ère chrétienne, date à partir de laquelle il fut reconnu comme la norme du judaïsme.

Seuls les Karaïtes dont il reste peu de membres aujourd'hui en Israël rejetaient, après cette date, l'autorité des interprétations rabbiniques.

Il est donc admis que la Torah est constituée par la loi écrite, mais aussi orale. De cet ensemble découle des textes constituant retranscriptions et commentaires. Parmi ces textes fondamentaux, on compte le Tanakh (2) et le Talmud (3).

1. Le judaïsme pharisien

Le judaïsme dit du « Premier Temple » (Xe-VIe siècles avant Jésus-Christ) était centré sur les prêtres du Temple de Jérusalem (Cohen descendant d'Aaron).

À partir du « second Temple » (VIe siècle avant notre ère à premier siècle après), apparaissent des spécialistes de la loi religieuse, nommés Rav, Rabbi (Maître) ou, en français, Rabbins, dont la vertu et la science font les enseignants de tous.

En effet, les avis divergeaient entre les prêtres et les rabbins : les premiers contestaient l'existence de la Torah orale, car ils ne voulaient y voir qu'un ensemble de traditions sans valeur normative. Du fait de l'occupation grecque (successeurs d'Alexandre Le grand), ces divergences prenaient une forme politico-religieuse sous

la monarchie des Hasmonéens. Les prêtres et leurs partisans formaient le parti des Sadducéens, alliés aux classes sociales aisées et à l'occupant, tandis que les rabbins et leurs partisans formaient divers groupes, dont le principal se nommait « Pharisien ».

En 70 de l'ère chrétienne, les Romains détruisaient le temple de Jérusalem. Cet événement fit que les rabbins pharisiens constituaient l'épine dorsale du judaïsme. Leur vision devenant la norme.

Le judaïsme rabbinique s'est, par conséquent, construit autour des rabbins pharisiens, détenteurs de la Loi orale, selon lesquels la Halakha se fonde sur la Torah, composée de la Loi écrite et la Loi orale.

2. Le Tanakh

Pour les juifs, le fondement de l'univers et le principe de l'existence de règles de droit et de la Justice ont une origine : l'autorité de la divinité. La divinité est à l'origine des normes, *nommées Halakha*, qui ont été transmises à Moïse.

La *Halakha* est donc le droit juif transmis par Dieu à Moïse sur le mont Sinaï. Son principe fondateur est d'ailleurs ainsi formulé : « *Torah Min Ha-Shamaym* », c'est un droit-qui-vient-du-ciel. Sa fondation date de l'événement de la révélation divine. Ces révélations ont été faites, pour partie, à Moïse seul, qui les a retranscrites par écrit, et au peuple juif, qui se le transmet de génération en génération.

Cet ensemble législatif est matérialisé par la Torah qui sera, par la suite, accompagnée de divers textes rédigés au cours des siècles par différents rabbins, collectivement ou individuellement, afin de l'interpréter, la commenter ou la compléter.

On distingue ainsi les textes écrits, qui composent le Tanakh, des textes retranscrivant et interprétant la Loi orale.

Le Tanakh, (), désigne la Bible hébraïque qui est divisée en trois parties qui se répartissent sur un total de vingt quatre livres. La première partie est la Torah écrite (« Loi »), dite Torah shebikhtav (a), qui est la partie légale et rituelle et est composée de cinq livres. Les seconde et troisième parties, qui sont respectivement

constituées par les Nevi'im (réparties sur huit livres) et les Ketouvim (réparties sur onze livres) constituent les parties historique, éthique et religieuse (b)

a- La partie légale et rituelle : Torah shebikhtav

La Torah, qui est le document autour duquel le judaïsme s'articule, signifie, dans un sens large, « enseignement », mais aussi « loi », dans un sens plus étroit. Son objectif est donc de transmettre l'enseignement de Dieu et les règles qu'Il a définies (la Halakha). Elle se divise en une Loi écrite, dite Torah shebikhtav, également connue sous le nom de Pentateuque, et en une Loi orale, dite Torah shebeal pé.

Le Pentateuque est, par conséquent, la première section du Tanakh subdivisée en cinq livres : Bereshit (), qui veut dire « Au commencement » et est connu sous le nom de Genèse par les chrétiens ; Shemot (), « Noms », l'Exode ; Vayiqra (), « Et Il appela », le Lévitique ; Bamidbar (), « Dans le désert », les Nombres ; puis Devarim (), « Paroles », le Deutéronome.

Ces derniers racontent l'histoire du peuple d'Israël, de la création du Monde à la mort de Moïse. Tout un ensemble de prescriptions religieuses, rituelles, culturelles et juridiques y sont répertoriées.

La Torah qui énonce donc des ensembles de lois, que ce soit dans sa partie écrite ou orale, contient un total de 613 mitzvot, énoncées de manière plus ou moins explicite dans les cinq livres de la Torah shebikhtav.

Les mitzvot sont des commandements, prescriptions ou préceptes et se divisent en deux catégories : 248 sont des obligations de faire, les mitzvot Assè, et 365 sont des obligations de ne pas faire, les mitzvot lo taasè.

Selon Maïmonide « le nombre des obligations de faire est celui des parties du corps humain ; le nombre des obligations de ne pas faire est celui des jours dans une année solaire ».

La tradition juive distingue les commandements issus directement de la Torah (613) et les prescriptions rabbiniques qui les expliquent et les interprètent.

Certains commandements rabbiniques ont été fixés afin de protéger l'esprit de la Loi face à d'éventuels dérapages quant à l'interprétation. Ils sont tous considérés comme Parole de Dieu puisqu'ils émanent des Sages.

b- Les parties historiques, éthiques et religieuses

La seconde et la troisième partie du Tanakh nous intéressent moins que la Torah shebikhtav, car elles n'ont pas de portée juridique. Ce qui explique que nous nous limitons à leur énumération. La seconde partie est composée des livres des prophètes (1) et la troisième des autres écrits (2).

1) *Les Nevi'im*

La seconde partie du Tanakh est constituée par les Nevi'im () qui sont souvent désignés sous le nom de « Livres prophétiques » ou « Livres des Prophètes », ou encore de « Prophètes ».

Ils sont traditionnellement regroupés en deux ensembles : celui des premiers Prophètes, dit Nevi'im Rishonim (יְהוֹשֻׁעַ וְשֹׁפְטִים), et celui des derniers Prophètes, dit Nevi'im Aharonim (יְחֶזְקִאל וְנְבִיאֵי הַמְּאֵחָר).

Le premier ensemble regroupe les écrits des Prophètes d'avant la chute du Premier Temple et l'exil. Les récits des Prophètes couvrent l'histoire d'Israël, de son installation en terre de Canaan à sa déportation à Babylone. Ils comprennent six livres réparties de la manière suivante : Josué (), composé de deux livres ; Juges (), composé de deux livres ; Samuel () et Rois (), composés d'un livre chacun.

Le deuxième ensemble regroupe les écrits des Prophètes d'après l'exil. Ils sont répartis en deux catégories constituant un livre chacune :

- Le livre des « grands prophètes », subdivisé en trois livres portant le nom du Prophète qui l'a écrit : Isaïe, Jérémie et Ézéchiël.
- Le livre des « petits prophètes », nommé *Trei 'Assar*, qui est le livre des douze prophètes (Osée, Joël, Amos, Abdias, Michée, Nahoum, Habaquq, Sophonie, Aggée, Zacharie et Malachie).

2) *Les Ketouvim*

Les Ketouvim () forment la troisième et dernière partie du Tanakh et constituent les autres écrits ou *Magigraphes* (livres poétiques, cantiques, historiques)

Souvent traduit par le terme Autres Écrits, le mot Ketouvim signifie littéralement « écrits ».

Ces onze livres se répartissent de la manière suivante :

- Trois livres sont les livres poétiques et éthiques (Sifrei Eme"t). Il s'agit de : d'un livre de psaumes, nommé Tehillim ; d'un livre de proverbes, nommé Mishlei, et du livre de Job, nommé `Iyyov.

- Cinq livres sont des rouleaux (Hamech Meguilot) qui sont lus aux différentes fêtes juives. Il s'agit : du Cantique des Cantiques, nommé Chir haChirim ; du livre de Ruth, nommé Ruth ; des Lamentations, nommé Eikha ; de l'Ecclésiaste, nommé Qohelet et du livre d'Esther, nommé Esther.

- Trois livres sont les autres livres historiques apparues après les Sifrei Eme"t et Hamech Meguilot. Il s'agit : du livre de Daniel, nommé Daniel ; du livre d'Esdras et de Néhémie, nommé Esdras et du livre des chroniques, nommé Divrei haYamim.

Il s'agit donc là de la composition des écrits que constitue le Tanakh, mais parallèlement à ces textes il existe des textes retranscrivant et interprétant les lois orales.

3. **Le Talmud**

Le Talmud (), qui veut dire « étude » ou « enseignement », est un texte fondamental du judaïsme rabbinique et représente le versant oral du Tanakh.

Ses parties normatives constituent la Halakha (« cheminement » dans les voies de Dieu) et les non normatives, narratives, édifiantes, constituent la Aggada (narration, récit).

Recueil de droit civil et religieux réunissant les discussions rabbiniques sur l'ensemble des sujets de la Torah shebeal pé (Torah orale), le Talmud existe en deux versions (a) et est composé d'une codification des lois, nommée Mishna (b) et d'un commentaire de cette dernière, nommé Guemara (c).

a- Les versions du Talmud

Depuis le V^e siècle de l'ère commune deux versions du Talmud existent : le Talmud de Jérusalem (1) et le Talmud de Babylone (2). Rédigés selon la méthode nommée Midrash (étude comparative et compilation de commentaires de sages sur le Tanakh), les deux versions contiennent des interprétations des écritures par les sages. Ce qui a donné naissance : au Midrash Halakha, c'est-à-dire une interprétation dont l'orientation est davantage juridique, et au midrash Aggada qui rapporte des récits apportés d'un enseignement spirituel et moral.

Par ailleurs, ils contiennent tout deux la Mishna, qui est la même dans les deux versions, et la Guemara, qui est différente selon le Talmud.

1) *Le Talmud de Jérusalem*

Le Talmud de Jérusalem, également nommé *Talmud Eretz Israël* (Talmud de la terre d'Israël) rassemble les enseignements des écoles de Tibériade, Sepphoris et Césarée.

Écrit par des docteurs de la Judée conquise par les romains, entre le III^e siècle apr. J.-C. et le début du Ve siècle, il ne provient pas essentiellement, comme son nom l'indique, d'habitants de Jérusalem.

2) *Le Talmud de Babylone*

Achévé au Ve siècle, Talmud de Babylone, également nommé *Talmud Bavli*, rassemble les enseignements des sages babyloniens nommés Amoraïm (ce qui signifie les commentateurs).

Les académies rabbiniques de Babylone ayant survécu de plusieurs siècles à celles de la Judée conquise, ce Talmud a fait autorité en matière de loi juive. En effet, ce dernier rassemble le plus grand nombre de sages contrairement au Talmud de Jérusalem où seule une minorité de sages est rapportée.

De plus, rédigé en terre d'exile, il correspond davantage à la situation politique de la majeure partie du peuple juif.

b- La Mishna

Selon le judaïsme rabbinique, parallèlement à la transmission du Pentateuque (Torah écrite), une tradition orale fut également transmise aux juifs afin de compléter la première.

En effet, de nombreux termes et définitions utilisés dans la Torah écrite ne sont pas définis dans le texte lui-même. Ce qui suppose que le lecteur soit familier avec le contexte et les détails. Lesquels ne peuvent être connus que du fait d'une transmission de la tradition orale.

La Loi orale () transmise oralement de maître à disciple, a, ainsi, été révélée en même temps que la loi écrite et a, par conséquent, donné naissance à deux phénomènes caractéristiques de la vie juive : la chaîne de la tradition intergénérationnelle et l'importance de l'étude et de l'enseignement de la Torah.

À la destruction du Second Temple de Jérusalem (70 de l'ère commune), et surtout après la mort de grands Sages de l'époque, la Torah shebeal pé fut codifiée dans la Mishna (אֲשֶׁר) afin d'assurer la pérennité de son enseignement.

Cette dernière consiste en six ordres (*shisha sederim*) contenant chacun entre sept et douze traités nommés *massekhtot* (pluriel de *massekhet*). Chaque *massekhet* est divisée en chapitres (*peraqim*) composés d'un nombre variable d'articles, appelés *mishnayot* (pluriel de *mishna*, avec une minuscule en français pour la distinguer du grand-uvre).

L'ordre des traités dans le Talmud peut différer de celui qui avait été établi dans la Mishna, lorsqu'un traité a été jugé plus important qu'un autre.

Les six *sedarim* sont, par ordre:

- *Zeraïm*, qui veut dire « Graines » et est composé de onze traités sur les prières, bénédictions, la dîme, et les lois sur l'agriculture.
- *Moëd*, qui veut dire « Festivals » et est composé de douze traités exposant les lois du Sabbath et des fêtes
- *Nashim*, qui veut dire « Femmes » et est composé de sept traités concernant le mariage, le divorce, certaines formes de v ux et les lois du nazirite.
- *Nezikin*, qui veut dire « Dommages » et est composés de six traités sur les lois civiles et criminelles, et le fonctionnement des tribunaux et serments.

- *Kodashim*, qui veut dire « Choses saintes » et est composé de 80 onze traités. Sur les rites sacrificiels, et les aliments.

- *Taharot*, qui veut dire « Pureté ») et est composé de douze traités sur les lois de pureté rituelle.

A ces ordres, la Guemara apporte son éclairage par des textes complémentaires.

c- La Guemara

La Gémara, qui signifie « achèvement, perfection » ou « complément », est rédigée en araméen par les Amoraïm.

Elle correspond aux commentaires sur la Mishna, bien que tous les traités mishnaïques ne possèdent pas forcément une Guemara, et est différente dans les deux Talmud.

A la différence de la Michna, qui ressemble à une anthologie encyclopédique d'opinions juridiques, les textes de la Guemara, conservent les démarches des académies. Elle décrit les discussions polémiques qui se déroulent autour d'une Mishna, d'un texte biblique ou de l'aspect de la loi.

Un tiers de la Guemara concerne la *Halakha* (loi juive) tandis que près des deux tiers consiste en matériaux Midrachiques et Aggadiques.

Toutefois, bien que le droit rabbinique soit le droit des juifs, il ne constitue pas le droit national moderne du pays des juifs. Israël se voit effectivement appliquer un droit laïc construit sur la base de plusieurs autres droits démocratiques.

Sous Section 2 : Le droit israélien : un droit mixte

Le droit israélien est un droit récent qui puise ses sources dans divers droits très anciens (1). Il présente la particularité d'appliquer un système à la fois de *Common Law* et de droit civil, mais aussi de droit religieux dans certains domaines déterminés (2).

1. Les sources

Le droit israélien provient principalement de quatre sources :

- Le droit Ottoman (a) ;
- Le Common Law Britannique (b) ;
- Le droit juif traditionnel (c) ;
- La législation adoptée par la Knesset (d).

En effet, contrairement à la France qui est un vieux pays dont le système juridique s'est composé au fil des siècles et dont les sources sont ancestrales, Israël est un jeune Etat qui s'est constitué par une population venant des quatre coins du monde, ce qui explique que son droit ne soit que le résultat du mélange de plusieurs droits provenant de divers civilisations.

a- Le droit Ottoman

L'Empire Ottoman a régné sur les terres qui sont aujourd'hui Israël jusqu'en 1917. En effet, du début du XVI^{ème} siècle au début du XXe siècle (1917), le système juridique Ottoman, nommé "Médjelé", était le système juridique en vigueur sur les terres de ce qui est aujourd'hui l'Etat d'Israël.

A partir de 1922, le mandat Britannique en Israël avait permis la continuité de certaines lois Ottomanes. Le roi anglais avait, effectivement, décidé que toutes les lois ottomanes en vigueur le 1^{er} novembre 1914 continueraient à être applicables à condition qu'elles soient adaptées aux exigences de l'Etat et de ses habitants. Il ajoutait, par ailleurs, qu'en cas de lacunes dans le droit turc/ottoman, ce seraient les règles du *Common Law* qui seraient applicables.

Ces lois concernaient surtout les questions civiles et ne sont citées que pour mémoire dans le droit israélien, car peu de règles, qui en découlent, s'appliquent toujours aujourd'hui.

b- La Common Law Britannique

Introduite dans le pays à l'époque du mandat Britannique en 1922, la *Common Law* exerce une influence profonde sur le droit israélien, même contemporain.

Dès l'instauration du mandat, les autorités mandataires ont décidé de s'en tenir au «pouvoir consultatif du roi», car les tribunaux en Terre Sainte continuaient à légiférer selon le droit Ottoman, comme c'était l'usage jusqu'alors. Elles compensaient également les vides juridiques du droit Ottoman en suivant les principes du droit coutumier et du droit anglais. Tout au long du mandat, cette combinaison des principes en matière de droit évoluait jusqu'à former le système juridique mandataire.

c- Le droit juif traditionnel

Le droit juif traditionnel, dit *Halakha*, exerce une double influence sur le droit israélien : sur les questions de statut personnel (1) et pour certains nouveaux projets de lois (2). Il sert aussi de voie de secours lorsqu'une question ne trouve pas de réponse dans le droit laïc (3). Cependant, il ne constitue pas, comme certains fondateurs de l'État d'Israël le désiraient en le qualifiant de droit hébraïque, le droit du pays des hébreux (4).

1) *Les questions de statut personnel*

La Loi a investi, en Israël, les tribunaux religieux de la compétence juridictionnelle s'agissant des questions de statut personnel pour les juifs qui forment la grande majorité de la population, à qui on applique des règles conformes à la *Halakha*, s'ils en manifestent le désir.

La loi du 23 juillet 1980, relative aux fondements du droit, a attribué un statut spécial au droit rabbinique comme source de droit obligatoire.

2) *Les nouveaux projets de lois*

Un effort est fait à l'occasion de la préparation de projets de lois nouvelles, pour introduire certaines solutions préconisées par la *Halakha* afin de résoudre des questions actuelles (en matière d'urbanisme ou de défense de l'environnement, par exemple) lorsque ces solutions se révèlent égales ou supérieures à celles préconisées dans divers systèmes étrangers.

3) *En cas de lacune juridique*

La loi de 1980 prévoit que lorsqu'un tribunal est confronté à une lacune juridique, qu'il ne trouve de réponse ni dans la législation ni dans la jurisprudence, il est invité à puiser dans les principes de liberté, de droiture et de paix inhérents à la *Halakha* pour juger.

4) *Le droit hébraïque, une tentative avortée*

Notion apparue à la fin du XIX^{ème} siècle, à l'initiative des pionniers du mouvement sioniste laïque qui préconisaient la renaissance culturelle du peuple juif et sa résurrection politique, le droit hébraïque (*Hamishpat Ha'Ivri*) est un concept moderne comprenant des sujets relatifs aux droits et obligations de l'individu juif sans contenir de règles ou de devoirs religieux. Le but de ses précurseurs était de créer une législation nationale juive pouvant servir d'alternative à la législation Occidentale et Ottomane. C'est pourquoi une distinction est faite entre les normes halakhiques traitant des questions liées à la religion, à la morale et aux rapports entre l'homme et son Dieu, et les normes halakhiques traitant des questions sociales.

Les sources littéraires de ce concept sont : la Torah, tant écrite qu'orale, la Mishna, le Talmud, les interprétations des commentateurs et la littérature midrachique, les règlements des Sages et les livres des décisionnaires, c'est-à-dire les règles de conduite établie depuis longtemps qui ont acquis un statut juridique, la jurisprudence des Sages et les interprétations (principalement le "Michné Torah de Maïmonide" et le "Choul'han Aroukh de Rabbi Yossef Caro", ainsi que les Responsa des Sages à travers les âges).

Le droit hébraïque est en quelque-sort le droit rabbinique allégé des règles religieuses et dont la création avait pour objectif d'en faire le droit national des hébreux, donc d'Israël. Cependant, en dépit du fait que, sous le mandat britannique, cette idée se soit concrétisée par la mise en œuvre d'un tribunal de première instance avec l'accord des autorités mandataires qui la considéraient comme une institution d'arbitrage pour régler les différents conflits, le droit hébraïque n'a jamais pu être le droit national. Fortes furent les oppositions, que ce

soit de la part du courant orthodoxe, qui refusait l'éventualité d'adopter partiellement la Halakha, ou que ce soit des courants laïcs qui prônaient les systèmes occidentaux laïcs.

Le juge Menahem Elon compare le destin du droit hébraïque à l'époque contemporaine et celui de la langue hébraïque. Cette dernière, on le sait, a été ressuscitée et est devenue la langue nationale en Israël, alors que le droit hébraïque ne connut pas le même sort.

Alors même que la doctrine était convaincue que l'Etat d'Israël allait adopter le droit hébraïque comme système juridique le droit juif bimillénaire, l'histoire leur donna tort.

Certains auteurs espèrent encore aujourd'hui voir le droit hébraïque devenir le droit de l'Etat d'Israël. Ils conçoivent, cependant, que cela ne pourra se faire sans un renouveau de ce droit afin de l'intégrer au droit moderne, car : « en l'état actuel du droit hébraïque, comme le droit romain, il sera impossible de faire usage dans le monde moderne »¹⁰⁶². Et pour ce faire, l'auteur suggère une nouvelle codification du droit rabbinique et son adaptation aux besoins sociaux actuels. Il souligne que les sources de cette nouvelle codification ne seront pas opposées avec la Halakha traditionnelle qu'ils moderniseront.

d- La législation de la Knesset

Depuis l'indépendance et la création d'un nouvel Etat, en 1948, la Knesset (parlement israélien) a adopté une législation propre à l'Etat d'Israël qui constitue le véritable corpus du droit positif du pays. Il s'agit d'un ensemble constituant un système adapté à la société israélienne, qui s'est inspiré des politiques législatives de plusieurs pays d'Europe continentale dans des domaines déterminés.

La législation française a ainsi servi d'inspiration notamment pour le problème du chèque sans provision et l'allemande pour la notion de copropriété.

Par l'ordonnance du 19 mai 1948, la nouvelle autorité législative avait décidé que le droit en vigueur en Israël le 14 mai 1948 resterait applicable « à condition de ne pas

¹⁰⁶² COHEN (H) : *l'Inquiétude du lendemain* Revue de droit Isr. *Hapraklit* Vol. 3. 1946. P. 44 et *Autobiographie-Mavo ishi* Ed. Dvir 2005. P. 189.

être en contradiction avec les lois légiférées par l'autorité législative » ni avec les changements qui seraient opérés par cette dernière.

En effet, la Knesset a promulgué de nombreuses lois, dans tous les domaines du droit (à l'exception des lois en matière de preuve, responsabilité délictuelle et encore quelques autres domaines), qui se sont substituées à la législation britannique.

Ainsi, les sources du droit israélien sont la promulgation des lois par la Knesset, la jurisprudence des tribunaux israéliens, des lois ottomanes et britanniques encore en vigueur, ainsi que le droit rabbinique et certains principes de droit internationaux.

2. Un système juridique mixte

Le droit israélien applique un système juridique mixte, mêlant principalement le Common Law et le droit civil, ce qui diffère du droit français qui n'applique qu'un système de droit civil.

La mixité d'un système juridique est toujours complexe, car les différents systèmes juridiques sont difficiles à mélanger du fait de leurs différences. Selon les auteurs favorables au « *Common Law* » ce dernier est d'une plus grande efficacité dans les relations internationales en raison de la célérité de ses procédures et des économies qui en résultent. De leur côté, les partisans du droit écrit, « *Civil Law* », soulignent les avantages de la loi qui est stable, claire et écrite. Elle assure, selon eux, la sécurité des individus et des entreprises, et permet de prévenir les litiges ou de les faire résoudre par le juge.

En dépit de leur tendance à se rapprocher, « *Civil Law* » et « *Common Law* » réservent chacun un rôle différent aux juges. Dans les pays de « *Common Law* », l'importance des décisions judiciaires assure au juge un rôle, une dignité et un prestige considérables. Ce qui, contrairement au droit français, est le cas en Israël et est tiré de la partie *Common Law* de son droit. Le juge, juge en son nom personnel et non au nom de l'Etat ou du peuple. Lorsqu'il ne juge pas seul, ses collègues indiquent s'ils sont en accord ou en désaccord avec lui.

En France, il en est tout autrement. Le juge rend la justice « *au nom du peuple français* » et reste, par principe, soumis à la loi qu'il applique et interprète selon la volonté du législateur. Le nom du juge n'a donc pas d'importance dans une décision et les avis divergents des juges de la chambre qui a pris la décision n'apparaissent pas dans le jugement.

Cette analyse des systèmes juridiques propres au droit rabbinique et au droit israélien nous amène à nous demander par quelles voies ils s'appliquent. Comment fonctionne le système judiciaire de chacun ?

Section 2 : Les systèmes judiciaires

Le pouvoir judiciaire est un des trois pouvoirs constituant un État. Confié aux juges, qui se fondent sur les textes de lois pour prendre des décisions, ce pouvoir a pour rôle de contrôler l'application de la loi et sanctionne son non respect.

Dans toute démocratie le pouvoir judiciaire est indépendant des autres pouvoirs de l'État. Ce qui est le cas en Israël (Sous section 2), mais pas dans le système rabbinique (Sous section 1) puisque ce dernier ne constitue pas le système d'un État.

Sous Section 1 : Le système rabbinique

Droit global et répandu, le droit juif, qui s'applique toujours aujourd'hui, n'est pas limité par le droit étatique. Il prescrit parfois lui-même d'appliquer le droit étatique en lieu et place du droit juif. Il convient à cet égard d'évoquer le principe de «Dina de Malkhuta Dina» (le droit du pays est le droit), qui veut qu'en vertu du droit juif, la plupart des normes impératives du droit étatique aient force obligatoire dans la mesure où il a été promulgué dans l'intérêt financier du gouvernement ou de la population du pays et qu'il n'enfreint pas des interdits du droit juif.

En règle générale, pour les questions qui relèvent purement du droit des obligations, le droit juif arrive à un résultat similaire à celui du droit étatique.

Ce droit est appliqué par les tribunaux rabbiniques. Contrairement à la plupart des systèmes judiciaires, il n'existe pas plusieurs catégories de tribunaux rabbiniques avec des spécialités différentes. Il n'est pas non plus possible d'effectuer un recours contre une décision d'un tel tribunal.

Généralement, on utilise les tribunaux rabbiniques par choix, pour : des décisions sur des questions religieuses, concernant le droit de la famille ou en tant que tribunaux d'arbitrage pour des litiges de droit civil.

Qu'en est-il du système judiciaire israélien qui se trouve, lui, être un système étatique ?

Sous Section 2 : Le système israélien

La Loi sur les Tribunaux de 1957 a mis en place l'organigramme des juridictions d'Israël et a défini les compétences de chaque juridiction: les tribunaux de paix, les tribunaux de district, un certain nombre de juridictions spécialisées, telles que les tribunaux des transports, les tribunaux du travail, les tribunaux militaires, les tribunaux de la route et les tribunaux religieux puis enfin la Cour suprême.

Les tribunaux de paix traitent des affaires civiles de moindre importance, les tribunaux district s'occupent des requêtes relevant de dispositions spéciales, comme les textes afférents au droit de construire ou les réglementations municipales, les tribunaux propres aux locataires et les tribunaux pour mineurs. Outre les tribunaux civils à proprement parler, le système judiciaire israélien prévoit des instances possédant autorité pour émettre des jugements dans des domaines spécifiques, selon leurs compétences particulières. Le système judiciaire ressemble à une pyramide, dont la pointe est la Cour Suprême, suprême instance civile, pénale et administrative.

Les tribunaux du travail s'occupent des affaires liées aux relations entre employeurs et employés, à la sécurité sociale, etc. ; les tribunaux militaires statuent sur les infractions commises par les appelés au cours de leur service national. Ceux de la route statuent sur les infractions aux règles régissant la circulation.

En outre, les tribunaux religieux chargés des affaires concernant le statut personnel des communautés religieuses en Israël, comme les tribunaux rabbiniques ou les tribunaux musulmans, chrétiens et druzes, chargés des mariages et des divorces. Les Tribunaux rabbiniques ~~ערכאות~~ ~~ערכאות~~ sont investis pour les parties de confession juive de compétences tantôt exclusives (divorce, mariage, conversions), tantôt cumulatives (pensions alimentaires, filiation, et parfois facultatives (arbitrage, successions).

Contrairement au système français, le système israélien ignore la distinction entre ordre judiciaire et ordre administratif.

Les recours sont, à la différence du droit rabbinique, possible. Ainsi l'appel des décisions des tribunaux de paix est porté devant le tribunal de district et l'appel des décisions du tribunal de district devant la Cour Suprême. Toutefois un tribunal de district statuant en appel d'une décision d'un tribunal de paix peut refuser un nouvel appel de sa décision devant la Cour suprême.

Le tribunal de district juge en première instance les affaires d'une certaine importance lorsque le montant de la demande dépasse une certaine somme. La Cour suprême est la Haute Cour de justice qui se trouve au sommet de la hiérarchie. Elle siège à Jérusalem, mais sa compétence s'étend au pays tout entier. Selon une procédure spéciale, elle peut statuer sur toutes les actions qu'elle estime nécessaires dans l'intérêt de la justice, quand tout autre recours a été épuisé. Sa fonction consiste principalement, comme pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, à vérifier la conformité avec la loi des décisions.

II. Glossaire des thèmes rabbiniques

AHARONIM : Signifie littéralement « les derniers ». Il s'agit des Maîtres qui succèdent aux « Richonim » jusqu'à notre époque au niveau de l'enseignement et développement de la Halakha/Loi Juive. (V. Richonim).

AMORAIM: (Signifie littéralement commentateurs) Sages babyloniens enseignants du Talmud. (Voir. Talmud).

ARAMÉEN : (Aramit en hébreu). Langue usuelle en Babylonie à l'époque talmudique. Au VI^e siècle av. J.-C., l'araméen était la langue administrative de l'Empire perse. Du III^e siècle av. J.-C. jusqu'à 650 apr. J.-C., c'était la principale langue écrite du Proche-Orient.

ASMAKHTA : Un engagement d'une personne envers une autre personne. Engagement qui dépend de la réalisation d'une condition connue mais qui n'est pas pris avec une volonté déterminante. (Encyclopédie Talmudique.Vol.II.P.108.8e)

BIAH : Rapport intime entre l'homme et la femme. C'est la troisième façon selon le Talmud de consécration la femme (voir Kiddoushin).

CANAAN : Terme utilisé dans la Bible pour décrire la partie du Proche-Orient située entre la Méditerranée et le Jourdain qui correspondait à la terre d'Israël.

CHADH'AN : C'est l'appellation moderne du courtier matrimonial, le marieur. Celui qui organise les shiddoukhin.

CHOUL'ANE AROUH : Recueil des lois juives les plus courantes écrit par Rabbi Yossef Caro (nommé Marane : « Notre Maître 1488-1575). Composé il y a cinq siècles et imprimé pour la

première fois en 1565 à Venise. Le Choulhane Arouh adopte dans sa structure la division des **Arbaa Tourim**;

Rabbi Yaacov ben Acher (Baal Hatourim 1270-1343) composa un Recueil de lois classées selon les sujets, appelé **Arbaa Hatourim** et divisé en quatre parties (Tourim) :

1/ Tour Orah Hayim : règles relatives aux prières, aux Bénédiction, Chabat et fêtes etc..

2/ Tour Yoré Déa : Lois de Cacherout

3/ Tour Even Haézer : Lois matrimoniales

4/ Tour Hochen Michpat : Code civil.

Le Choulhane Arouh est le Recueil définitif des lois juives régissant le comportement du peuple d'Israël. (Abrégé du Choulhane Arouh. A. Hassan. Ed. Hasdei Lea. P.20)

DINA DI MALKUTA DINA : le principe de «Dina de Malkhuta Dina» d'origine araméenne (signifie que le droit du pays est le droit), qui veut qu'en vertu du droit juif, la plupart des normes impératives du droit étatique aient force obligatoire dans la mesure où il a été promulgué dans l'intérêt financier du gouvernement ou de la population du pays et qu'il n'enfreint pas des interdits du droit juif.

S'applique en règle générale pour les questions qui relèvent purement du droit des obligations, le droit juif arrive à un résultat similaire à celui du droit étatique.

Ce droit est appliqué par les tribunaux rabbiniques.

EROUSSIN : consécration. Voir Kiddoushin. Toutefois, dans le langage usuel israélien, les Eroussin signifient fiançailles.

GET MEOUSSE : Acte de divorce qui a été donné par force. Il peut être forcé par la loi. C'est le cas lorsque par jugement du tribunal rabbinique le mari ou la femme sont condamnés à donner le Guet/ l'acte de divorce mais que l'un d'eux refuse. Des lors le tribunal peut les obliger de le faire. Jusqu'à qu'il/elle dise **Je veux divorcer**. Il peut aussi être forcé par nos grands sages. (Encyclopédie Talmudique. Vol 5. Tour P. 695). Le droit rabbinique considère avec beaucoup plus de rigueur l'exécution forcée du divorce que l'exécution forcée du mariage, car en matière de divorce l'acte de divorce donné par force est réputé invalide juridiquement.

GUÉMARA : Fait partie du Talmud. Signifie « achèvement » et « perfection ». C'est le commentaire en araméen de la Michna (v. définition). Développement de l'enseignement depuis la rédaction de la Michna jusqu'à la fin de la composition du Talmud ainsi que l'explication des lois introduites dans chaque génération par les prophètes et les sages pour établir une « garde » autour des lois de la Torah afin d'éviter leur profanation. La Guémara rapporte également toutes les sentences rabbiniques fixées selon les exigences de chaque époque, ainsi que les normes de morale. (Abrégé. Choulhane Arouh. P.14)

GUÉONIM : Maîtres éminents des centres d'étude du Talmud (Yechivot) de Babylonie, représentaient l'autorité spirituelle dominante. Ils donnaient des éclaircissements concernant surtout la solution des nouveaux problèmes de Halakha (v. déf) qui surgissaient à chaque période. Leur réponses avec leurs explications et leurs décisions forment le « Responsa des Guéonim » qui constitue jusqu'à nos jours la base pour la compréhension des problèmes du Talmud. (Abregé. Choulhane Arouh P.18)

HALAKHA : Toutes les Lois de la Torah sont appelées « Halachot » (au pluriel). En effet, « le judaïsme est le mode de vie du peuple juif établi selon des directives divines : la Torah Ecrite et la Torah Orale, reçues au Mont Sinai par l'intermédiaire de Moché Rabbénou (Moïse) environ 130 générations avant la notre.

Ce mode de vie, la Halakha- qui dérive de la racine hébraïque « Halokh » (marcher), et signifie la voie, la marche à suivre- s'applique à toutes les époques et embrasse tous les détails et toutes les circonstances de la vie » (Abrégé Choulhane Lea. 1989. Encyclopédie Talmudique. Vol. 9. P. 245).

HASSIDIM : (pluriel de Hassid) qui veut dire litt. Pieux, Dévot. Mouvement juif apparut au xviii siècle qui porte l'accent sur la prière et la joie dans le judaïsme sous l'impulsion du Rav Baal Shem tov (1698-1760) et de ses élèves.

HOUPPA : (De l'hébreu : אֵיָּהָר) : Dais nuptial constitué d'un drap, d'une étoffe, voir d'un châle de prière, que l'on étend sur quatre piliers, fixée devant l'arche sainte sous lequel on

fait entrer les jeunes mariés suivi d'une cérémonie des sept bénédictions (Sheva Berahot). Voir Nissouin.

KETOUBA : Contrat du mariage que le mari remet à la femme sous la Houppa et dans lequel sont énumérés tous ses devoirs matrimoniaux. L'objectif même de cet acte est de prévoir la somme des indemnités pécuniaires que devra payer le mari si sa femme se retrouve divorcée ou veuve. Si un mari n'a pas rédigé de Ketouba à sa femme, il ne reste pas moins engagé car il s'agit d'une obligation qui ne découle pas de la volonté des parties mais fixée par un tribunal rabbinique. Il y a une controverse entre nos maîtres à savoir est-ce que le devoir de rédiger ce contrat est une obligation de la Torah ou d'ordre rabbinique (Voir. Rif. Rosh Sur Traité Ketoubot ch. 1. Rambam. Ishout. ch.1).

Une femme qui vit maritalement avec un homme sans kiddoushin et Ketouba est considérée comme concubine. (Pilegesh).

KIDDOUSHIN : Du verbe Kadesch qui signifie sanctifier. Appellation donnée aux fiançailles par les Docteurs du Talmud appelées aussi Erousin. Le fiancé remet à sa fiancée un objet de valeur (l'usage est un anneau en or) devant deux témoins valables et prononce la phrase suivante : Tu m'es consacrée par cet anneau conformément à la Loi de Moïse et d'Israël. Il existe trois façons pour l'homme de sanctifier la femme (Talmud. Kiddoushin 1.1) ; Par la remise d'une somme d'argent/bague (késsef) ou par l'acte écrit (Chétar) ou par l'acte sexuel (Biah). Nos sages ont toutefois réprimandé la personne qui ferait les kiddoushin par la Biah ou sans les shiddouhin préalablement (Traité Kiddoushin 12.B). Par ce procédé de Kiddoushin, la femme devient interdite aux autres personnes. Le mari et la femme sont engagés et unis. Toutefois, juridiquement elle deviendra sa femme que lorsqu'elle passe sous la Houppa (v. Houppa).

KIM LI : (Signifie littéralement Je suppose). Argument juridique pouvant être soulevé par le défendeur en cas de litige halachique dans un domaine financier uniquement. (Deux avis opposés) dans lequel il est mêlé. La personne qui détient le bien (argent, bien immobilier etc.) est présumée être le propriétaire du bien. La personne qui prétend être le propriétaire du bien doit en apporter la preuve. Il appartient au tribunal rabbinique d'en juger.

KYNYAN : Acte physique qui symbolise le transfert de propriété. Acte d'engagement. Par cet acte d'engagement le transfert de propriété est réputé valide. Il est obligatoire pour valider des contrats dont les objets ne sont pas une action réelle, comme celui de la promesse de mariage. Ainsi, le marié reçoit un objet que lui donne le Rabbin (généralement un mouchoir) et en échange il s'engage à remplir toutes les clauses de la Kétouba et, comme garantie, à hypothéquer tous ses biens. (Choulhane Aroukh) ou le fait de faire passer un objet entre les parties au contrat et de le hausser **Kynyan souddar** (v. Kynyan souddar)

KYNYAN DVARIM : La notion de **Kynyan Dvarim** nous vient du Talmud Babylonien (**Baba Batra** 3a) et signifie engagement verbal sans force juridique. Il est dit que tout contrat pour être valide doit porter sur une chose réelle et concrète. Le contrat ne peut avoir pour objet qu'une promesse portant sur un engagement personnel, encore faut-il un élément concret. C'est ce qui explique la raison pour laquelle les parties à une promesse doivent s'engager en outre sur une obligation de donner de l'argent/bien.

KYNYAN SOUDDAR: Dérivé de **Kynyan Halifin** (Bible. Ruth. Ch.4.v.5 Kynyan Halifin, acquisition ou engagement par échange d'objet ou de vêtement).

L'acheteur donne au vendeur en échange de l'objet de l'achat un vêtement, ne fut-ce par exemple qu'un mouchoir, un foulard. Dès que cet échange est effectué, l'objet de l'achat ou qu'il soit appartient à l'acheteur. Cette forme s'applique aussi bien aux immeubles et objets mobiliers qu'aux engagements personnels tels la promesse de mariage.

MALKOUT: Sanction Physique appliquée par le Grand Tribunal Rabbinique/Sanhedrin (Flagellation de 39 coups) suite à une transgression avec intention d'une obligation de ne pas faire. Cette pratique n'est plus applicable aujourd'hui.

MESHATE ANI BEHA : Signifie littéralement **Je me moque de toi**. La Halacha annule des contrats conclus sous l'état de la détresse à cause de laquelle une personne s'est engagée au départ à payer sommes importantes. Il existe donc un argument visant à dire que

l'engagement/promesse pris(e) par une personne n'était pas donné/e avec une intention réelle de l'exécuter et qu'elle a été donné sous la pression.

MICHNA : La Torah Orale (Torah Chébéalpe). Compilation de toutes les Lois, Règlements et Ordonnances codifiés par Rabbi yehouda Hanassi entre fin 2^e et début du 3^e siècle de notre ère. La Michna comporte six Ordres réunissant l'ensemble de 63 traités (Massehtot) ;

1. Zraim/Semences :(Rapports entre homme et la terre). Il traite des obligations religieuses envers les pauvres, les lévites sur le produit de la récolte.
2. Moed/Temps (Rapports de l'homme au temps). Il expose le rôle et le sens du Shabbat, des fêtes.
3. Nashim/femmes : (Relations entre l'homme et la femme). Traité consacré aux lois de mariage, divorce et autres).
4. Nezikin/Dommages (La place de l'individu dans la société.) Questions relatives aux relations sociales et domestiques, les procédures civiles et criminelles).
5. kodashim/Choses saintes :(Le rapport de l'homme au sacre). Partie consacrée au culte sacrificiel du temps. Toutefois, un Traité (houlin) se rapporte à l'abattage rituel.
6. Taharot/pureté : (Relatif a l'homme et a la pureté). Il définit les diverses sources de la pureté telle que la mort ou l'écoulement menstruel ainsi que les rites de purification.

MIDRACH : Exégèse des textes bibliques. On distingue deux sortes de Midrach (Midrachim au pluriel) ;

Midrach Aggada: enseignement concernant la morale, la piété, la philosophie

Midrach Halacha: enseignement concernant la Halacha.

MITVA : Les ordonnances (Mitsvot en pluriel). La Torah qui énonce donc des ensembles de lois, que ce soit dans sa partie écrite ou orale, contient un total de 613 mitzvot, énoncées de manière plus ou moins explicite dans les cinq livres de la Torah shebikhtav.

Les mitzvot sont des commandements, prescriptions ou préceptes et se divisent en deux catégories : 248 sont des obligations de faire, les mitzvot Assè, et 365 sont des obligations de ne pas faire, les mitzvot lo taasè

MOHAR: Obligation pécuniaire du mari envers la femme lors du mariage en cas de divorce ou du décès du mari. (Voir Exode Ch.22.v.15) Appelé dans le Talmud **קטובה**

NISSOUIN : Le Mariage en soi. Action de faire rentrer la femme dans sa propriété, ou passer sous la Houppa. Elle devient sa femme juridiquement. Bien que les **קידושין** suffisent à consacrer la fiancée à son conjoint et à l'interdire à tous les autres hommes, elle ne lui est pas permise tant que n'a pas lieu la cérémonie de la **החופה** avec la récitation des sept bénédictions (Shéva Brahot).

PENTATEUQUE/ TORAH : La loi écrite. Ensemble des cinq premiers livres de la Bible écrits par Moïse sous la dictée divine : Genèse, Exode, Lévitique, Nombres, Deutéronome, appelés aussi la Loi par excellence, c'est-à-dire la Torah.

RICHONIM : Signifie en hébreu **הראשונים** et désigne les éminents Maîtres, successeurs des Guéonim (v. définition) en ce qui concerne le développement de la Halakha. Leur époque débute avec Rabbi Yitshak Elfassi (Rif) (1013-1103) premier grand décisionnaire (Possek), et s'étend jusqu'à Rabbi Yossef Caro, auteur du **שולחן ארוכה**. Les maîtres qui viennent ensuite et qui se succèdent jusqu'à notre époque sont appelés les **אחרונים** (Choulhane Aroukh. Précité. P. 19)

SHIDDOUKHIN : Appellation d'origine araméenne qui signifie **שלווה** et **שקט** c'est-à-dire que la femme trouve le repos et le réconfort dans le domicile de son mari. Il s'agit de la phase pré matrimoniale. C'est la promesse de mariage faite par l'homme à la femme, soit la promesse faite par les parents des parties d'organiser le mariage dans un avenir proche, matérialisée dans l'acte de Tenaim. (Voir. Tenaim). La Loi Juive interdit le mariage sans le préalable des shiddoukhin soit sans le consentement de la femme (Talmud.Kiddoushin. 12. 72. Et Rambam. Halskhot ishout.3.22).

TALMUD : Le Talmud (), qui veut dire « étude » ou « enseignement », est un texte fondamental du judaïsme rabbinique et représente le versant oral du Tanakh.

Ses parties normatives constituent la Halakha (« cheminement » dans les voies de Dieu) et les non normatives, narratives, édifiantes, constituent la Aggada (narration, récit).

Recueil de droit civil et religieux réunissant les discussions rabbiniques sur l'ensemble des sujets de la Torah shebeal pé (Torah orale), le Talmud existe en deux versions et est composé d'une codification des lois, nommée Mishna et d'un commentaire de cette dernière, nommé Guemara (v. Michna, Guemara)

TANAKH : (), désigne la Bible hébraïque qui est divisée en trois parties qui se répartissent sur un total de vingt quatre livres. La première partie est la Torah écrite (« Loi »), dite Torah shebikhtav, qui est la partie légale et rituelle et est composée de cinq livres. Les seconde et troisième parties, qui sont respectivement constituées par les Nevi'im (réparties sur huit livres) et les Ketouvim (réparties sur onze livres) constituent les parties historique, éthique et religieuse

TENAIM : Signifie littéralement « conditions » en hébreu: L'acte écrit de la promesse de mariage. Les conditions de la mise en œuvre du mariage, les engagements financiers. Voir shiddoukhin.

Annexe 2

CONTRAT DE COURTAGE MATRIMONIAL DU 8 OCTOBRE 1958

Original suivi de sa traduction

*(Extrait de l'arrêt 13/60 M.ALSPARNA v PLONI 11.1.1960
relatif a un litige d'honoraires de courtage matrimonial)*

סענו:

למערער: רט.

למשיב: וקסחן.

פסק-דין

א התורן ד"ר מ. עציוני:

עניינו של ערעור זה וערעור שני מק' 12/60 הוא בדמי שדכנות אשר תבע מבני זוג שבאו בברית נישואין לאחר שכל אחד מהם פנה קודם לכן לשדכן זה שהוא הפגיש אותם.

המדובר הוא באותו סוג שדכנים מודרניים. שעליהם כתב השופט חשין המנוח ו "שחוק ודמע בבית הדין", את הדברים הבאים, כיד הסופר הטובה עליו:

"השדכנים המודרניים האלה זהירים ביותר ואין הם סומכים על יושר לבם של לקוחותיהם, ואף אינם מסתפקים בהבטחה גרידא לשלם דמי-שדכנות, אלא נוטלים חלק משכרם מראש, ואת העודף בשטר או בכתב-התחייבות. יש זכעת הדיון מוגשת לפניך התחייבות שמתוכה אתה למד, כי המקצוע הגיע לידי שלימות מפליאה אצל כמה מהשדכנים."

והנה כתב ההתחייבות, שעליו החתים השדכן — המערער בשני ערעורים אלה — נ"ה.וג — המשיב בערעור זה והמשיבה בערעור 12/60:

חיפה 8 באוקטובר 1958 התחייבות של מס' 4520/323

לכבוד

המשרד לשידוכים "הנאמן".

מוריס אלספרנה — הנאמן.

רחוב הרצליה 34.

ח י פ ה

א. נ.

הנני להודיעך שברצוני להתחתן דרך משרדך ואבקשך לטפל בשידוכי בסודיות מוחלטת ובבטחון גמור.

התחייבותי:

1. לכיסוי הוצאות משרדך כגון: מכתבים, הזמנות, דואר, טלפון, וכו' אשלם לך, לפני הפגישה הראשונה באופן חד-פעמי את הסך — 10 ל"י (עשר לירות בלבד). (הוצאות אלו לא מתזרות בהחלט במקרה של הפסקת קשרים עם משרדך).

2. היות וידוע לי שמטרת משרדך אינה להמציא יחסים בלתי לגליים, אלא לשדך זוגות. אני מתחייב(ת) להתנהג עם הצד השני בצורה הוגנת ושבשום אופן לא אחיה או אגור עם המועמד(ת) שאכיר דרך משרדך. אפילו זמן קצר. בלי נישואין.

3. במקרה שכן אחיה או אגור עם המועמד(ת) שאכיר דרך משרדך בלי נישואין. המעשה ייחשב כבואי על סיפוקי בנוגע לשידוכי דרך משרדך ואז התחייבותי זאת תהיה בת ביצוע.

4. פגישותי תרשמנה בטופס "רשימת הפגישות" של משרדך. האמר, א. שהנני מתחייב(ת) להודיע למשרדך בכתב את תוצאות פגישתי נמשך חודש מיום הפגישה:

ב. באם משרדך לא יקבל ממני הודעה כזו. המעשה ייחשב כבואי על סיפוקי בנוגע לשידוכי דרך משרדך ואז התחייבותי זאת תהיה בת ביצוע.

ג. אחרת. אבקשך (בכתב) להמשיך ולטפל בשידוכי לפי בקשתי זאת.

5. הנני מתחייב(ת). מבלי ערעור והפרה. לשלם לך כשאתחתן עם המועמד(ת) שאכיר דרך משרדך וכן במקרים המפורטים בסעיפים 3 ו-4 ב' הנ"ל. דמי שידוך:

בסך — 190 ל"י (מאה ותשעים לירות בלבד) מיד עם קבלת דרישתך הראשונה על כך.

פגישות:

6. ידוע לי שמשרדך יטפל בשידוכי עד להצלחה ושמספר הפגישות הוא בלתי מוגבל.

7. מצדי אני מתחייב(ת) לבוא לפגישות בזמן הקבוע מראש ובמקרה שלא אוכל להופיע מסיבות בלתי נראות מראש. אודיעך על כך בזמן. כדי לתת לך שהות למסור לצד השני על ביטול הפגישה.

8. חוסר הודעה כזו יכולה לגרום גם היא להפסקת הקשרים שלי עם משרדך.

חתימה של המתחייב(ת)

מס' תעודת הזהות שלו(ה)

בכבוד רב.

(בול הכנסה).

TRADUCTION

Contrat rédigé par le client d'un cabinet matrimonial M. Neeman à Haïfa (Israël) le 8 octobre 1958 reconnaissant son engagement de payer les honoraires.

Par la présente, je vous informe de mon souhait de me marier grâce aux services de votre cabinet matrimonial et je vous demande de vous charger de cette tâche avec soins, discrétion et sécurité.

Mon engagement :

1/ De vous rémunérer pour frais engagés par votre cabinet tels : lettres, entretiens, communications téléphoniques etc. Je m'engage à vous verser avant le premier entretien la somme de 10 LIR (somme qui ne me sera pas remboursée en cas d'interruption du contrat).

2/ Je suis informé que l'objectif de votre cabinet étant uniquement le courtage matrimonial, et pas des relations illégitimes, je m'engage des lors à ne pas habiter avec la candidate sans le mariage et de me comporter de façon honorable avec la candidate que je rencontrai via votre cabinet.

3/ Au cas où je serai amené à habiter avec la candidate que je rencontrai par l'intermédiaire de votre cabinet sans mariage, je considérerai que votre cabinet aura bien exécuté son obligation de courtage matrimonial.

4/ Mes rendez-vous seront notés dans le fichier de votre cabinet qui stipule :

- a. Que je m'engage à vous signaler par écrit un compte rendu de mes rendez-vous dans une durée d'un mois à partir du jour du rendez-vous.
- b. A défaut, cet acte sera considéré par moi comme si votre cabinet a satisfait à l'engagement contractuel
- c. Autrement, je vous demanderai par écrit de poursuivre l'activité de courtage

5/ Je m'engage, sans contestation ou rupture du contrat, lorsque j'épouserai la candidate que je rencontrai via votre cabinet, et aussi conformément aux cas détaillés dans les articles 3 et 4 susmentionnés de vous payer la somme de 190 LI en tant qu'honoraires du courtage matrimonial, au moment où vous me les réclamerez.

6/Rendez vous : je suis informé que votre cabinet s'engage à faire durer le contrat jusqu'à obtention du résultat et que le nombre des rendez-vous étant illimité.

7/ De mon côté, je m'engage à me présenter aux rendez-vous qui sont fixés à l'avance et qu'en cas d'empêchement je préviendrai bien à l'avance afin que vous ayez le temps de prévenir l'autre partie de l'annulation.

8/ le défaut d'une telle information est susceptible d'entraîner la rupture de mes liens avec votre cabinet/ fin du contrat.

Signature du candidat. Numéro CNI du candidat.

Annexe 3

CONTRAT DE COURTAGE MATRIMONIAL 2010

Original suivi de sa traduction

*(Communiqué, par fax, par l'agence matrimoniale « YAHAD »,
le 19 août 2010)*

Contract 2010



"יא" - משרד הכרויות איכואי

משרד הכרויות גואוק, יחד והכוונה אישואין



משרד ראשי ומען למכתבים: ההסתדרות 25, ז'ק פוסט-חיפה: טלפקס 04-8400117
מניקו רמת גן: רח' אבא הלל 7, בית סילבר טלפקס: 03-5758686

הסכם התקשרות

בין: "יחד" הכרויות

לכין: שם ומשפחה _____ ת.ז. _____
סל' /נייד _____ (להלן: הלקוח/ה)

1. הלקוח יקבל שירותי ייעוץ, תיאום והכוונה לגישואין במשך שנה, כפוף לתנאי ההסכם (להלן: "השירות").
2. המשרד מתחייב בהתאם לשיקול דעתו, להמציא ללקוח/ה נתוני בני/ות זוג פנויים/ות לצורך חיכרות למטרת גישואין, בציון שם בן/בת הזוג המוצע/ת ומס' השלפון. ההסכם הינו לשנה אחת מתאריך חתימת ההסכם.
3. הלקוח ישלם למשרד סך של _____ ש"ח במועד ההרשמה ואם כתוצאה מהחירות י/תנישא הלקוח/ה, ישולמו ע"י הלקוח סך של 5,500 ש"ח בתוספת מע"מ בסמוך לאחר מועד הגישואין. כמו כן, מעבר למגורים משותפים, לאחר פרק זמן של כ-3 חודשים מהחירות, י/תשלם הלקוח/ה סך של 5,500 ש"ח בתוספת מע"מ.
4. בעת ההרשמה, י/תמסור הלקוח/ה פרטים מדוייקים בנוגע למצבו/ה המשפחתי, עיסוקו/ה תחביביו/ה ונתוני בן/בת הזוג הנראים לו/ה כמתאימים וכן תמונה אישית.
5. המשרד מתחייב לשמור בסודיות את נתוני הלקוח/ה ולהשתמש בנתונים אלו רק במסגרת תחומי פעילותו עד לקבלת הודעה בכתב מאת הלקוח/ה על הפסקת רצונו בכך.
6. הלקוח/ה מתחייב/ת בזאת לשמור בסודיות את נתוני בני/ות הזוג אשר היכרותם מוצעת לו/ה ע"י המשרד ולא להעבירם לאחר/ת בלא אישור בכתב של המשרד.
7. ידוע ללקוח/ה כי "יחד" הכרויות אינה מתחייבת להשיג לו/ה מועמדים אך ורק מחוג לקוחותיה ותיא רשאית להציע גם מועמדים מחוץ לחוג זה.
8. הלקוח/ה מתחייב/ת בזאת לנהוג בנימוס ובאופן תולם כלפי בן/בת הזוג אשר יכיר באמצעות המשרד ומודע/ת ומסכים/ה כי התנהגות בלתי הולמת או בלתי מנומסת מחוזה הפרה יסודית של ההסכם.
9. מוסכם בזאת כי נתוני בני/ות הזוג המוצעים ללקוח/ה ע"י המשרד הינם אלו שמסרו ועל אחריות מוסר הנתונים הלקוח/ה מוותר/ת בזאת על תביעה כנגד המשרד בנין נתוני בן/בת זוג במידה ויסתברו כי אינם מדוייקים ו/או נכונים ו/או על כל אירוע אשר נגרם עקב הפרת ההסכם ע"י הלקוח/ה.
10. ידוע ללקוח/ה כי עם חתימת חוזה זה, י/תחייב לשלם ל"יחד" הכרויות מלוא הסכומים הנקובים לעיל והוא/יא לא י/תהיה זכאי/ת בשום מקרה להשבת הכספים ששילם. הלקוח/ה מתחייב לשלם גם התשלומים ששולמו בשיקים עתידיים או תשלומים עתידיים באשראי במידה וי/תחליט להפסיק את ההתקשרות עם "יחד" הכרויות.

תאריך

"יחד" הכרויות

הלקוח/ה

TRADUCTION

1/ Le client recevra des services de conseil et information en vue du mariage durant une période d'un an conformément aux conditions du présent contrat.

2/ le cabinet s'engage, en fonction de son appréciation, de suggérer au/a la candidat(e) des candidats (es) libres en vue du mariage en lui transmettant son nom et numéro de tel. Le contrat est a durée déterminée d'un an a partir de la date de sa signature.

3/ le client devra payer au cabinet la somme de _____ Nis au moment de l'inscription et si la présentation/rencontre aboutie sur un mariage du candidat/e, ce dernier devra verser la somme de 5.500 Nis plus TVA après le mariage. Par ailleurs, le fait pour les candidats d'aménager en concubinage, dans un délai de trois mois a partir du jour de leur présentation, il/elle devra payer la somme de 5.500 Nis plus TVA.

4/ Au moment de l'inscription, le/la client (e) devra transmettre au cabinet des informations exactes concernant son/sa situation familiale, ses activités, intérêts personnels, et critères recherchés chez partenaire souhaité ainsi qu'une photo.

6/ Le client s'engage de préserver avec discrétion les informations relatives aux candidats qui lui sont présentés par le cabinet et de ne pas les transmettre a d'autres personnes sans autorisation expresse du cabinet.

7/ Par la présente, le cabinet atteste avoir informé le/la candidat(e) que le cabinet ~~ne~~ s'engage pas à lui présenter des candidats issus exclusivement de son fichier clientèle, mais qui lui est permis de lui présenter aussi des candidats en dehors de sa propre clientèle.

8/ le/la client (e) s'engage à se comporter de façon honorable et convenable envers le/la candidat(e) qui lui sera présenté/e par le cabinet et est informé et consent qu'à défaut d'un tel comportement le contrat sera réputé inexécuté.

9/ il a été convenu que les informations donnés par les candidats et qui seront transmis a d'autres relèvent de la responsabilité des candidats qui les ont communiquées : Par la présente, le/la client (e) abandonne toute action en justice contre le cabinet relative aux informations du/de la candidat/e et dans la mesure où elles s'avèrent être inexactes et/ou fausses et/ou tout autre événement causé suite a l'inexécution du contrat pas le/la client/e.

10/ le Client est informé des la signature du contrat de son obligation de payer au cabinet ~~Yahad~~ toutes les sommes susvisées qui ne seront restituées dans aucun cas. Le client s'engage, par ailleurs, a payer l'échelonnement des sommes au cas ou il/elle déciderait d'interrompre le contrat avec le cabinet.

Le/la cliente _____ Le cabinet ~~Yahad~~ _____ Date _____

Annexe 4

CONTRAT DE COURTAGE MATRIMONIAL EN DROIT FRANCAIS

*(Tiré du site internet : <http://www.stone-age59.com/>
de l'agence matrimoniale « STONEAGE »)*

Contrat de conseils et courtage matrimoniaux et autre(s) prestation(s) de relations humaines

Entre :

1° STONE AGE qui exploite un cabinet de conseil et courtage matrimonial à 59800 LILLE -28 rue de la Grande Chaussée
immatriculée au registre du commerce et des sociétés sous le numéro 398 211 920.

Ci-après dénommé(e) « le conseiller », soussigné(e) de première part.

2° Mme, Mlle, M. (1) prénom : Né(e) le : à :
Demeurant à : Profession :

Situation de famille : célibataire – veuf(ve) – divorcé(e) (1)

PREAMBULE : Les deux parties connaissent la législation propre aux agences matrimoniales et en particulier la loi 89/421.

EXPOSE : désireux de fonder une union stable, l'adhérent, de lui-même, s'est rendu au cabinet matrimonial exploité par le conseiller pour que ce dernier lui expose les services qu'il est disposé à lui rendre pour le guider dans la recherche d'un partenaire.

Article 1 : Moyens mis en œuvre : il est entendu, au préalable, que le conseiller est tenu à une obligation de moyens. Les moyens mis en œuvre sont de deux ordres :

- Une opération de courtage par laquelle le conseiller met l'adhérent en relation avec d'autres adhérents, les contacts étant organisés dans la limite des disponibilités du fichier et des cas particuliers sans aucune obligation de nombre, de rythme ou de durée. Afin d'optimiser ses chances de réussite l'adhérent autorise le Conseiller à diffuser sa demande à d'autres agences appliquant la même déontologie.
- Une mission de conseil par voie de consultations données à l'occasion des visites de l'adhérent au conseiller (sur rendez-vous).

En outre le conseiller pourra proposer à l'adhérent des prestations complémentaires mentionnées ci-après à l'article 4 et faisant l'objet d'une tarification particulière.

Article 2 : Durée du contrat : Le présent contrat est conclu pour une durée de qui commencera le et se terminera par la seule arrivée du terme sans que l'une quelconque des parties ne soit tenue de signifier à l'autre son intention d'y mettre fin.

Article 3 : Droits et obligations de l'adhérent : Pour permettre au conseiller d'assurer, dans les meilleures conditions souhaitables, les prestations sus énoncées, l'adhérent s'engage :

- à fournir à celui-ci tous les renseignements personnels, exacts, précis, nécessaires à l'étude de sa recherche ;
- à informer régulièrement le conseiller des résultats des rencontres ainsi provoquées ;
- à se présenter à tout rendez-vous fixé d'un commun accord avec le conseiller ou tout autre adhérent ;
- à agir en tout état de cause en parfaite loyauté en respectant les usages et les bonnes mœurs ;
- à ne transmettre à quiconque et sous aucun prétexte, les nom, adresse, téléphone des autres adhérents.

Toute transgression à ces obligations et en règle générale tout manquement de l'adhérent à ses obligations conventionnelles, entraînera la résiliation immédiate du contrat aux torts exclusifs de l'adhérent suivant les modalités prévues ci-après à l'article 6.

A l'appui de ses déclarations, l'adhérent présentera au conseiller :
- une pièce d'identité – le dernier bulletin de salaire – une fiche familiale d'état civil ou individuelle précisant l'état matrimonial.

Toute modification survenant dans la situation familiale ou matrimoniale ou professionnelle de l'adhérent devra être signalée au Conseiller dans la semaine suivant l'événement. Les renseignements fournis par l'adhérent, sur lui-même, le sont sous son entière responsabilité.

Le conseiller ne saurait, en aucun cas, être tenu pour responsable des conséquences dommageables, des déclarations inexactes ou mensongères ou encore du comportement anormal d'un adhérent.

Article 4 : Prix des prestations n'entrant pas dans le champ d'application de la loi 89/421 : Les frais de constitution du présent contrat, des documents annexes et le prix des autres prestations proposées et acceptées, ci-après énoncées

.....
..... s'élèvent à € TTC
non révisables et définitifs.

Article 5 : Prix de la prestation de conseil et courtage : La prestation de conseil et courtage matrimoniale en elle-même est consentie et acceptée moyennant un prix forfaitaire, non révisable et définitif de € TTC. Après expiration des délais légaux, l'adhérent s'engage à régler ce prix forfaitaire.

1° au comptant (1)

2° à raison de (en toutes lettres)
mensualités de € chacune, devant avoir lieu le de chaque mois, pour la première fois le et la dernière fois le (1)

A défaut de paiement d'un seul terme ci-dessus stipulé à son échéance exacte, le présent contrat sera résilié, de plein droit, si bon semble au conseiller, 15 jours après mise en demeure notifiée à l'adhérent par simple lettre recommandée et le solde des prix impayés deviendra immédiatement exigible. Tous les frais, droits et honoraires auxquels pourraient éventuellement donner lieu le recouvrement du solde des prix restant dus seront à la charge de l'adhérent.

Article 6 : Résiliation anticipée : En cas de motif légitime, l'une ou l'autre des parties pourra résilier unilatéralement le présent contrat.

La partie qui entendra ainsi résilier le contrat notifiera pour ce faire sa décision motivée à l'autre partie au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

Hormis la cas de résiliation pour défaut de paiement du prix ou d'une fraction du prix visé à l'article 5 ci avant, la résiliation prendra effet à compter de la première présentation de la lettre recommandée.

En cas de résiliation anticipée, sans motif légitime et non imputable à une faute ou un manquement du conseiller, le prix de la prestation fixé à l'article 5 sera immédiatement exigible et toute somme déjà versée, définitivement acquise.

Article 7 : Accord de publicité :

L'adhérent autorise – n'autorise pas (1)

le conseiller à diffuser des annonces personnalisées le concernant et lui laisse toute latitude dans la rédaction de ces annonces notamment en ce qui concerne la tranche d'âge, la région d'origine et le secteur d'activité professionnelle de la personne recherchée mais en agissant au mieux des intérêts de l'adhérent.

Fait en double exemplaire (dont l'un remis, ce jour, à l'adhérent) à le

Le conseiller :

l'adhérent (manuscrit «bon pour accord») :

(1) Rayer les mentions inutiles

Annexe 5

PROPOSITION DE LOI EN DROIT ISRAËLIEN EN MATIÈRE DE COURTAGE MATRIMONIAL

(Obtenue lors de notre entretien à Tel-Aviv le 27 janvier 2011)

בעיית הפנויים והפנויות בישראל

כללי

1. להווה ידוע כי בישראל חי מספר רב של פנויים, המעוניינים להקים משפחה. היקף הבעיה הוא כזה, שאפשר לראות בו בהחלט בעיה חברתית.
2. קבוצת הפנויים והפנויות בישראל כוללת רווקים ורווקות, גרושים וגרושות (במיוחד לאור העליה הניכרת בשיעור הגירושין בשנים האחרונות). אלמנים ואלמנות, כולל אלמנות צה"ל. נשים שאיבדו במלחמות ישראל חברים, ונשים שאיבדו בן זוג פוטנציאלי, במיוחד באותם שנתונים בהם שיעור הנפלים במלחמות גבוהה יחסית.
3. רבים מהפנויים מחפשים בני זוג; על פי רוב במטרה ליצור קשר רציני שיוביל לנישואין. אבל הדרכים והאמצעים למפגש אינם מספקים. חסרים מקומות מפגש, ודרכים ריאליות ומתאימות להפגשה בניהם. מקומות המפגש הנוכחיים אין בהם כדי לפתור את בעיית כלל אוכלוסיית הפנויים.
4. האתרים, שלכאורה יכלו לתרום לפתרון הבעיה, אינם עושים זאת. הם מתיחסים לפונים אליהם רק תמורת תשלום גבוהה. באתרים אלה אין משום פתרון קונסטרוקטיבי לבעיה הכללית. מרבית אוכלוסיית הפנויים אינה רשומה במשרד כלשהו ועובדה זו, וכן העדר הקשר בין משרד למשרד, מצמצמת את אפשרויות המפגש. כך קורה, שהפונים למשרדים אלה שומעים הבטחות, תולים תקוות, משלמים כסף, אך התוצאה היא אכזבה ומפח נפש.
5. בנוסף לכך קיימות מספר תופעות חמורות הקשורות למשרדי השידוכים:
 - א. ישנם משרדים המציעים לגברים סכומי כסף על מנת שיפגשו עם נשים בודדות. למותר לציין כי לגברים אלה אין כוונה ליצור קשר רציני.
 - ב. ישנם משרדים הרושמים לקוחות ללא אימות פרטיהם האישיים, וללא כל יכולת לפרט את תכונותיהם לצד שכנגד, כגון אם הם נשואים או פנויים.
 - ג. ישנם משרדים אשר מפגישים ביודעין גברים נשואים המתחזים לרווקים או גרושים, עם בחורות תמימות שמטרתן נישואין.
 - ד. על פי רוב אין המשרדים בודקים באורח מיקצועי את מצבם הנפשי של לקוחותיהם, מה שמוביל לפעמים לתוצאות בלתי נעימות.
6. תדמית משרדי השידוכים בקרב ציבור הפנויים הינה שלילית, בין היתר נוכח כל האמור לעיל, ובעטיים של נוכלים הרואים בהקמת משרד כזה מקור לגריפת הון בדרך הקלה.
7. לעניות דעתנו ולמיטב ניסיונו, בין הסיבות הרציניות לירידה מהארץ, היא הערכתם של הפנויים, שרק בחו"ל ימצאו בני זוג, ולאחר שנאשו מלמצוא פתרון הולם למצוקתם בישראל.

הצעות לפיתרון

למיטב הבנתנו, צריכה מדינת ישראל, הדואגת לפתרון בעייתם של עולים, זוגות צעירים, מחוסרי עבודה, נכים וכו' לעשות גם לפתרון בעיית האנשים הפנויים ואתרי השידוכים בישראל.

להלן מספר הצעות:

1. הקמת רשות לבדיקת הנושא והטיפול בו

תוקם רשות ציבורית או ממלכתית. שתבדוק את הבעיה, תרכז את הנתונים על הפנויים והפנויות בישראל, מספרם ואופי בעיותיהם במציאת בני זוג. רשות זו תבדוק את הדרכים המצויות כיום לפתרון הבעיה ומידת יעילותן ותגבש הצעות לפתרון הבעיה, וכן תיישם הצעות אלה הלכה למעשה ותפקח על מימושן. תרכז את המידע בדבר הפנויים ותשתמש במידע זה בהתאם לצורך.

2. חוק ופיקוח

יש לעגן בחוק את משרדי השידוכים, אופן הפעלתם, ואת שאלות האתיקה הכרוכות בפעילותם.

3. הקמת מרכזים חברתיים

יש צורך לדאוג ולהקים מועדונים ו/או מקומות מפגש אליהם יוכלו לפנות פנויים ופנויות על פי נתונים כגון: גיל, רקע חברתי, השכלה וכו'. המועדונים ינהלו ע"י צוות מומחים שיוכלו לסייע בפתרון בעיות ולכוון את הפנויים והפנויות במציאת בני זוגם. חשוב גם שיהיה קשר בין המועדונים השונים, כדי להחליף מידע ולהגדיל את מעגל ההכרויות הפוטנציאליות.

4. קשר עם חו"ל

במסגרת המוסדות הממלכתיים המיוצגים בחו"ל, יוקמו יחידות שיטפלו בקשירת קשר בין פנויים בקהילות היהודיות בחו"ל ובין אלה שבישראל. כמו כן בעזרת הגוף האמור, ובשיתוף חברות התעופה וחברות הנסיעות, אפשר יהיה לארגן הזמנת פנויים יהודיים מרחבי העולם לביקורים בארץ, ולצורך כזו להוזיל את מחירי הנסיעות עבורם, ואף לתכנן כנסים בינלאומיים של פנויים ופנויות בישראל, ופעילות חברתית בשיתוף פנויים מהארץ ומחו"ל. פעילות זאת תעודד את העלייה לארץ, תבלום את הירידה, ותתרום לענף התיירות.

סיכום

בעיית הפנויים בארץ היא קשה וסבוכה, וטעונה פיתרון, צימצום הכאב, הדיכאון הכרוכים בבדידותם של אנשים צעירים כה רבים יתרום לעיצוב חברה בריאה, רודוקטיבית ומאושרת יותר.

TRADUCTION

RESUME DE LA PROPOSITION DE LOI FAITE A LA KNESSET SUR LA PROBLEMATIQUE DES HOMMES ET FEMMES A LA RECHERCHE DE L'AME S'UR EN ISRAEL Par Helena AM-RAM Directrice de la première agence matrimoniale en Israël Helena INTERNATIONAL CLUB

GENERAL

1. Un grand nombre de célibataires vie en Israël et souhaite fonder une famille. L'ampleur du problème est tellement grande qu'on peut voir un réel problème social.
2. Les personnes intéressées par des rencontres afin de mariage incluent les hommes et femmes célibataires, des personnes divorcées (surtout au regard de l'augmentation du nombre de divorce ces dernières années), des veufs (ves), (y compris des veuves des soldats de Tsahal et les personnes ayant perdu dans les guerres leurs partenaires de vie).
3. La majorité de ces personnes cherche des partenaires à but d'une relation sérieuse qui aboutirait à un mariage. Toutefois, les outils et moyens existant ne sont pas satisfaisant. Il n'y a pas assez de lieux de rencontres et des moyens efficaces et adéquats pour les faire rencontrer. Les lieux de rencontres actuels n'apportent pas une solution aux problèmes de rencontres de toute la population des personnes a la recherche d'une s'ur.
4. Par ailleurs, le fait que d'une part, la majorité des personnes ne sont pas inscrites dans les agences matrimoniales et que d'autre part qu'il n'y ait aucune coordination entre les différents cabinets matrimoniaux, réduit les chances de rencontres. Des lors il ne faudrait pas s'étonner que les clients de ces cabinets ne font qu'obtenir des promesses des agents a qui ils paient des honoraires sans en obtenir la contrepartie attendue et sont alors déçus.
5. Par ailleurs, il existe quelques phénomènes graves concernant les cabinets matrimoniaux :
 - a. Certaines agences matrimoniales rémunèrent des hommes afin que ces derniers rencontrent leurs clientes. Il est inutile de préciser que ces faux candidats n'ont aucune intention à nouer des relations sérieuses.
 - b. Certaines agences ne prennent pas la peine de recenser toutes les informations personnelles de leurs clients. Ainsi, elles sont incapables d'attester auprès de leurs clients si leur candidats sont mariés ou célibataires.

- c. Certains cabinets recourent à des manœuvres dolosives en présentant des candidats qui savent mariés à des femmes naïves qui souhaitent se marier en les présentant comme des hommes divorcés ou célibataires.
 - d. La plupart du temps, ces cabinets ne vérifient pas la situation mentale de ses candidats ce qui aboutit souvent à des conséquences désagréables.
6. En conséquence de ce qui a été dit plus haut, l'image des agences matrimoniales est ternie et négative dans les esprits de la population des personnes à la recherche de l'âme sœur. Ce qui incite d'autre part, les escrocs à ouvrir des cabinets matrimoniaux comme moyen de faire fortune facilement.
 7. Malheureusement, une des raisons pour lesquelles des personnes quittent Israël pour s'installer à l'étranger est le fait que ne trouvant pas de solution à leur solitude, elles espèrent trouver leur moitié ailleurs qu'en Israël.

8. PROPOSITION DE SOLUTION

Nous déduisons donc que l'état d'Israël devrait, au même titre qu'il traite les problèmes de nouveaux immigrants, du chômage, des handicapés etc., trouver une solution à la problématique des personnes à la recherche de l'âme sœur, ainsi que les sites israéliens de courtage matrimoniale.

Voici quelques suggestions pour pallier à la situation actuelle :

1) La création d'un comité chargé d'étudier le problème et proposera des solutions pour y remédier

En effet, la création d'un tel comité permettra de recenser toutes les données relatives aux personnes seules, leur nombre et la raison de leur solitude. Le comité va y remédier en étudiant les solutions appliquées actuellement et leur efficacité et proposera ses solutions et veillera à leur bonne exécution. De même, le comité va rassembler toutes les données concernant les personnes à la recherche de l'âme sœur et s'en servira en fonction du besoin.

2) Loi régissant et contrôlant la profession

En effet, le législateur israélien devrait intervenir et encadrer la profession du courtage matrimoniale dans une loi qui prévoira le fonctionnement des cabinets matrimoniaux ainsi que des questions d'ordre éthique relatives à ce fonctionnement.

3) La création de lieux sociaux de rencontre

Il y a un grand besoin de veiller à la création de clubs de rencontres et/ou des lieux de rencontres où pourront se rendre les personnes à la recherche de l'âme sœur en fonction de critères tels : l'âge, classe sociale, niveau d'étude etc. Ces clubs seront

dirigés par des équipes d'experts aptes à trouver des solutions aux problèmes actuels et qui sauront guider ces personnes à trouver leur bonheur. Aussi, il est important que ces clubs gardent un lien entre eux afin de pouvoir s'échanger des informations et d'accroître le cercle de rencontres potentielles.

4) La coopération avec l'étranger

Au sein des institutions israéliennes travaillant à l'étranger seront créés des unités qui seront chargées à mettre en relation des personnes seules en Israël avec celles vivant à l'étranger. Par ailleurs, et toujours par l'intermédiaire de ces unités et avec la coopération des compagnies aériennes et les compagnies de voyage, il serait possible de faire venir en Israël des juifs du monde entier pour des séjours et ce à des prix attractifs et d'organiser même des conférences internationales de femmes et hommes célibataires ainsi que des activités sociales. Une telle activité va promouvoir l'immigration en Israël et fera prospérer le tourisme.

CONCLUSION

Le problème des personnes seules à la recherche de l'amour est récurrent en Israël et exige une solution urgente. Par conséquent, le fait de trouver des solutions et d'y remédier va contribuer à diminuer le nombre des personnes souffrantes et chagrénées et on aboutira à l'existence d'une société épanouie et plus heureuse.

Annexe 6

CONTRAT DES TENAIM (PROMESSE DE MARIAGE EN DROIT RABBINIQUE)

Original suivi de sa traduction

*(Extrait de l'ouvrage de « Les contrats en droit rabbinique »,
BASSD., éd. Keter, vol.1, Jérusalem, 1996)*

"המגיד מראשית אחרית הוא יתן שם טוב הוא שארית לאלה דברי התנאים והברית, שנדברו והותנו בין הני תרי צדדי ה"ה (הלא הם) (שם אבי החתן) העומד מצד (שם בנו) החתן המופלג כמר (שם החתן) נ"י (נרו יאיר). ובין (שם אבי הכלה) העומד מצד (שם בתו) הכלה הבתולה המהוללה מרת (שם הכלה) שתחיה.

ובשאלת פי החתן והכלה אמרו הן.

ראשית דבר ה"ה החתן הבחור המופלג כמר (שם החתן) נ"י, יישא למזל טוב בת גילו הכלה הבתולה המהוללה מרת (שם הכלה) תחיה. בחופה וקידושין כדת משה וישראל, וישלטו בנכסיהון שווה בשווה. ואל יבריחו ואל יעלימו לא זה מזו ולא זו מזה, כי אם ידורו באהבה וחיבה באמת ושלוש במימרא ובסיעתא דשמייא.

התחייבות מצד (אבי החתן) וגם להלביש את (בנו) החתן מלבושי כבוד בגדי חול שבת ויום טוב, כמנהג בעלי בתים חשובים פה. התחייבות מצד (אבי הכלה) וגם להלביש את בתו הכלה, מלבושי כבוד בגדי חול שבת ויום טוב, כמנהג בעלי בתים חשובים פה.

זמן החתונה במזל טוב ובשעה טובה ומוצלחת בעזרת ה' יתברך בחודש (שם החודש העברי) ת"ש _____ הבא עלינו לטובה, על הוצאת (כמדובר), ובתוך הזמן מתי שנתרצו שני הצדדים.

ערב קבלן מצד החתן: (שם הערב) ערב קבלן מצד הכלה: (שם הערב). הצדדים מחייבים לפצות הערב הקבלן שלא יגיע אליהם שום היזק וגרם הזיק כלל.

קנס מצד העובר לצד המקיים (כמדובר) הקנס לא יפתור וכו' "לא יפטור את הקנס. וקנינו אנן סהדי מהחתן מהכלה ומהמחותנים בקניין אגב סודר במנא דאפשר למקני ביה כתקנת חז"ל. והכל שריר ובריר וקיים.

ח"ש יום _____ לחודש _____ שנת _____ הפ _____

נאום (חתימת העד האחד).

נאום (חתימת העד השני).

Extrait de L'ouvrage. BASS-D "Les contrats en droit rabbinique"
Ed. Keter. vol. I. Jerusalem 1996.

TRADUCTION

Il est convenu entre les deux parties que sont le père du Hatan/fiancé (son nom) représentant son fils (son nom) et de l'autre côté le père de la kalla/fiancée représentant sa fille (son nom) et après obtention des consentements des intéressés (les fiancés) il en sort : En premier lieu, le jeune homme, érudit untel, (son nom) et que sa chance brille, se mariera avec la jeune fille, vierge, (son nom) qu'elle vive.

Par la cérémonie de la Houppa et des Kiddoushin conformément a la Loi de Moïse et d'Israël

Ils jouiront de leurs biens de façon égale. Ils n'auront pas le droit de dissimuler ou de faire disparaître des biens l'un de l'autre. Ils vivront avec amour et fraternité, fidélité et paix par la parole et l'aide de Dieu.

L'engagement du père du marié est aussi de vêtir son fils, le marié, avec des vêtements convenables pour les jours ouvrables (yom hol) et des vêtements honorables pour le chabbat et jours de fêtes conformément à l'usage des notables de notre communauté.

L'engagement du père de la mariée est identique ; vêtir sa fille des vêtements honorables pour le chabbat et jours de fêtes et des vêtements convenables pour les autres jours de la semaine suivant l'usage en vigueur.

La date du mariage est prévue à la bonne heure avec la grâce de Dieu, bénit soit il, pour le mois de (mois hébraïque) _____ aux frais convenus et a la date que fixeront les deux parties.

Le garant du côté du marié : (son nom), le garant du côté de la mariée (son nom). Les parties s'engagent à ne pas causer de préjudice aux deux garants.

Une amende pécuniaire sera versée en cas de non respect des conditions précitées à l'autre partie.

Un acte de kynyan a été réalisé, kynyan souddar, avec le marié, la mariée, les deux pères par les témoins conformément au Règlement institué par nos sages.

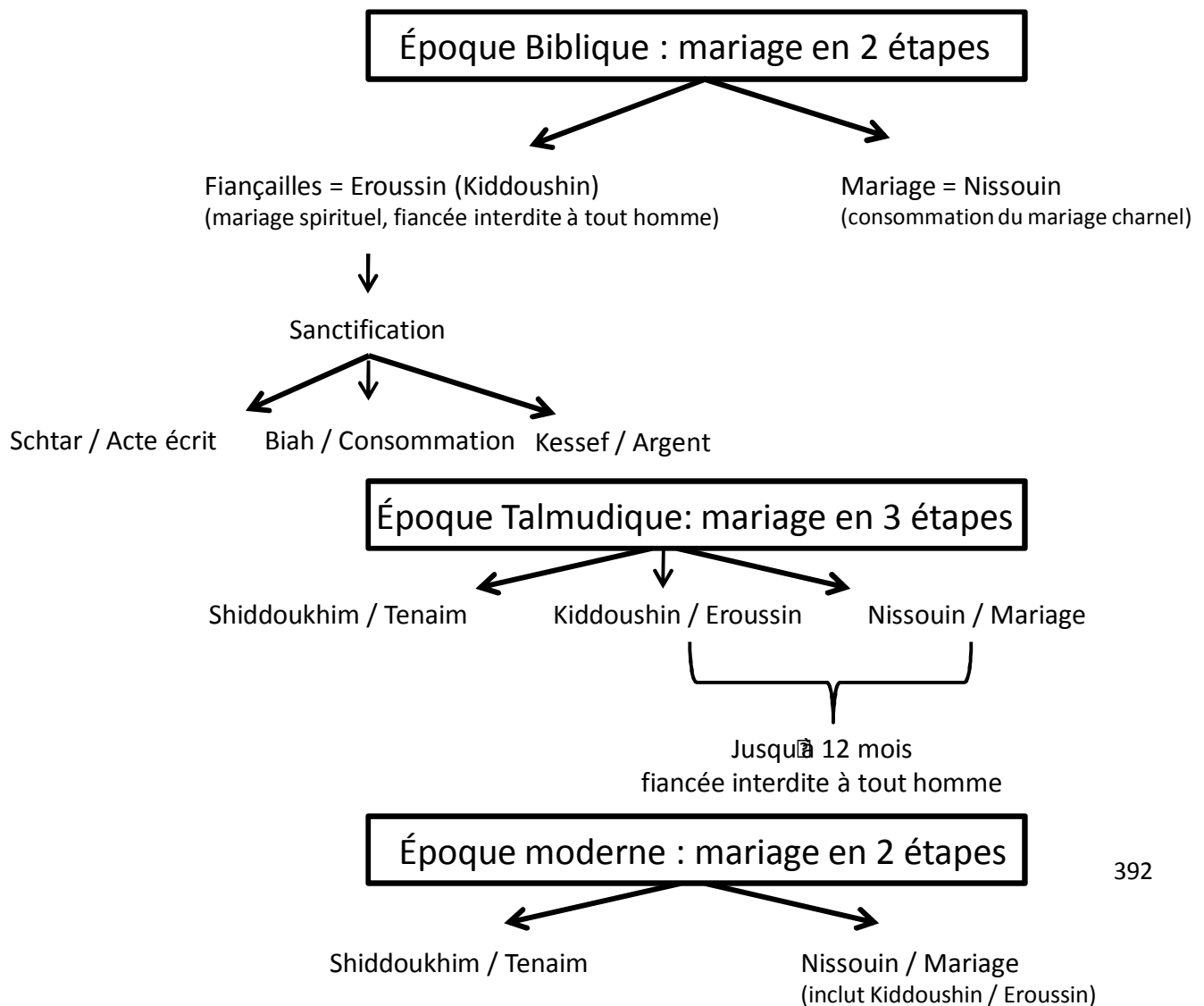
Fait le _____ (jour) _____ (mois) _____ (année) _____

Signatures des garants.

Annexe 7

Tableaux explicatifs de l'évolution de l'appellation des fiançailles en droit rabbinique

	Étape 1	Étape 2	Étape 3
	Relation avant le mariage	Remise de la bague / Kynyan	Mariage
Nom Biblique	—	Eroussin	Beoulat baal / Nissouin
Nom Talmudique	Shiddoukhim / Tenaim	Kiddoushin = Eroussin	Nissouin
Nom moderne	Shiddoukhim / Tenaim	Nissouin	



BIBLIOGRAPHIE

- OUVRAGES

• Ouvrages généraux :

- ALON M.** « *Le droit Hébraïque: Son histoire, ses sources, ses principes* », 3^e Edition, Jérusalem, 1988.
- ASSAF S.** « *Les Tribunaux et leur organisation après le Talmud* », Jérusalem, 1023, p. 58. Remarque 2.
- AUBERT J L.** « *Les obligations, t. 1. L'acte juridique* », Armand Colin, Paris, 1996, n° 198, p. 132.
- AUBRY Ch. et RAU F.** « *Cours de droit civil français* », tome IV, p. 31 et tome V, note 26, éd. Billard, 1871, p.456.
- AUDIT B.** « *Droit international privé* », *Economica*, 4^e éd., 2006, n°643.
- BALEV Y.** « *Pithei hoshen nezikin* », Commentaires sur la *Halakha*, éd. Tvounot, 1993, Ch.3-42.
- BANON D.** « *Le Midrash* », PUF, 1995.
- BARTLETT R.** « *Property Rights and the pricing of Real Estate Brokerage* », 30 J, *Industrial Econ*, 1981, p. 80.
- BASD.** « *Les contrats rabbiniques* », *Keter*, vol.1, Jérusalem, 1996.
- BAUDRILLARD J.** « *La société de consommation* », éditions Idées/Gallimard, Paris, 1974.
- BAUER P.** « *19 siècles d'histoire juive, de 1970 à 1979* », préface KAPLAN J., éd. Keren Hasefer, 1991.
« *Choulhane arouh* », 2D, Milaf Halihot Olam, Jerusalem, 2005.
- BEAUD M.** « *Le basculement du monde* », La Découverte Poche, 1997, p. 107 et s.

- BENABENT A.** « *Droit civil La famille* », LITEC, 8^e éd., Paris, 1997, p. 40.
« *Droit civil La famille* », LITEC, 11^e éd., Paris, 2003, p. 43-57.
- BONNECASE** « *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie* », Tome IV, Paris, 1928, p. 705 et s.
- BRUNEAU L** « *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant* », Thèse pour le doctorat en droit, Toulouse, 2005, p. 5.
- CARBONNIER J** « *Droit civil, l'enfant, le couple* », Puf , 2002, 21^e éd. refondue, p. 405-411.
« *Droit civil, tome III. La famille* », Puf. Coll. Thémis, 20^e éd., 1999, p. 387.
- CHARDON O-J** « *Traité du dol et de la fraude, en matière civile et commerciale* », Vol. 2, Avallon, éd. Comynet, 1828.
- COHEN A.** « *Le Talmud* », Payot, 2002.
« *L'interdiction de faire honte à son prochain et l'obligation de préserver sa dignité en droit Rabbinique* », Vol 273, éd. Daat, 2007.
- COHEN H.** « *Autobiographie-Mavo ishi* », éd. Dvir, 2005. p. 189.
- COLLART-DUTILLEUL F.,
DELEBECQUE Ph.,** « *Contrats civils et commerciaux* », Dalloz 7^e éd., n°8, p. 9.
- CONCLE DE TRENTE** Session 24, « *Decretum de reformatione matrimonii* », Cl. éd. de Paris, 1666, p. 206.
- CORNU G.** « *Droit civil : La famille* », 8^e éd., Montchrestien, 2003, p. 55-263.
« *La famille* », Éd. 2, Précis Donat, 7^e éd., 2001, n°156. Dir., « *Vocabulaire juridique* », Paris, PUF, 7^e éd., 1998, p. 369.
- DABERT J** « *De la responsabilité civile du séducteur* », Thèse pour le doctorat en droit, Paris, Imp. de H. Jouve, 1908, p. 44.

- DAUBIE J** « *La femme pauvre au XIXe siècle* », Guillemin, Paris, 1866, p.181.
- DE JUGLART M., PIEDELIEVRE A.** « *Cours de droit civil avec travaux dirigés et sujets d'examen* », Édition Monchrestien, Tome I, Vol. 1, 14^e éd., p. 336-342.
- DE LACRETELLE J** « *Idées dans un chapeau* », éditions Le Rocher, Monaco, 1946.
- DE LA JONQUIERES A.** « *De la preuve de la filiation en droit romain et de la recherche de paternité en droit français* », Thèse pour le doctorat en droit, Paris, Imp. Goupy et Jordan, 1878, p. 78.
- DEMOLOMBEC** « *Cours de Code civil* », Tome III, Paris, éd. Durand, 1846, p. 27 et s.
- DEMOSTHENE** « *Les plaidoyers civils* », traduit par DARESTE R., Paris, Plon, 1875.
- DEVLIN S.** « *The Enforcement of Morals* », Oxford U. P., London, 1965
- DOMAT** « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* ». L. I. Titre XVII, In Thèse « *Le courtage matrimonial* », p. 56, de FRATANI J.
- DORAT DES MONTS R.** « *La cause Immorale* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1956, 172 p.
- DURANTON A.** « *Cours de droit français suivant le Code civil* », tome II, éd. Gobelet, Paris, 1828, p. 138.
- FABRE-MAGNAN M.** Préface GHESTIN J., « *De l'obligation d'information dans les contrats- Essai d'une théorie* », Paris, éd. L.G.D.J., 1992, p. 384-389.
- FOGEL-BIJAOU S** « *La conception de la famille dans la société israélienne: Entre familles et post moderne* », éd. Kavadom, 1999, p. 107.
- FREIDMAN D., COHEN N.** « *Le droit des Contrats* », éd. Université Hébraïque. Ed.Aviram. vol 1, Tel-Aviv, 1991,
- FUSTL DE COULANGES** « *La cité antique* », Paris, 1898, Éd. Flammarion, p. 43

- GHESTIN J** « *Traité de Droit Civil, La formation du contrat* », L.G.D.J., 1990, 3^e édition.
« *Traité de droit civil des obligations. Formation du contrat* », LGOJ, 3^e éd., 1993, n°771.
- GIRARD A.** « *Le Choix du conjoint* », INED travaux et documents, n°70, Paris, 1974 (1964), p. 131.
- GIRAUD L** « *Essai Sur la condition de la femme en Europe et en Amérique* », éd .August Ghio, Paris, p. 410.
- GODEP.** « *Contrat* », Dictionnaire juridique consommation, Dalloz 1983, p. 28.
- GOLDBERG J** « *Le droit relatif aux courtiers: lois de courtage matrimonial* ». Jérusalem, 2006, p. 24.
- GOULAKA.** « *Les Fondements du droit hébraïque* », éd. Dvir, vol.1, Berlin, 1921, p. 11.
- GROSSMAN A.** « Les premiers sages Ashkénaze » / Hahamei Ashkenaz Harishonim. éd. Magns, Jérusalem, 1981, p.148
- GUILLEN R., VINCENT J** « *Lexique des termes juridiques* », sous la direction de GUINCHARD S. et MONTAGNIER G., Dalloz 16^e éd., Paris, 2007, p. 305.
- HART H. LA.** « *Law, Liberty and Morality* », Staford U.P., 1963.
- HASSAN A.** « *Choulhane Arourh* », éd. Hasdei LEA, Jérusalem, 1989.
- HAUSER.J HUET-WEILLER D.** Sous la direction de GHESTIN J., « *Traité Droit Civil ; La Famille* », 2^e éd. LGDJ / Montchrestien, 1993.
- HERMAN D.** « *Le cercle de la vie dans la maison juive* », éd. Prologue, 2004, Jérusalem, p. 73.
- HESHIN Z** « *Rre et Pleure au tribunal* », éd. Bronfman B.L. 1982. p. 109.
- HIEST J-J** Commission des lois, Ass. Nat., projet de loi 1988 numéro 367. p. 19.
- HILT P.** Préface GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme, Analyse du droit français* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 45-52.

- JESTAZ P.** « *L'égalité et l'avenir du droit de la famille* », dans « *L'avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré* », Dalloz, Paris, 1997, p. 417.
- JOHNSON E.L.** « Family Law », Sweet & Maxwell Ltd. London, 1965, 15-28.
- KLEN C.** « *Le caractère juif de l'État d'Israël* », Cujas, 1977.
- LABBEE X.** Préface HAUSER J., « *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* », Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 112-126.
- LEPLAY F.** « *L'organisation du travail selon la coutume des ateliers et la loi du décalogue* », Ed.Tours A. Mame et fils, Paris, 1870, p. 196.
- LEVY J-P., CASTALDO A.** « *Histoire du droit civil* », Précis Dalloz, 1^{re} éd, p. 105-108.
- LIFSHITSS** « *Brit Zougyot* », éd. L'Institut israélien pour la démocratie, Jerusalem, 2006.
« *Les concubins dans le reflet de la théorie civile du droit de la famille israélien* », éd. Nevo. Haifa University, 2006
- LIFSHITSS** « *Brit Zougyot* », éd. L'Institut israélien pour la démocratie, Jerusalem, 2006.
« *Les concubins dans le reflet de la théorie civile du droit de la famille israélien* », éd. Nevo. Haifa University, 2006
- LYON C., CAEN, RENAULT L– C.** « *Traité du droit commercial* », T. 1 : LGDJ 1906, n°146.
- MAHARI BEN LEVI.** « *Hidush Mahari ben Lev* », éd. Sifre Kodesh Yahadut ha-Torah, vol. 1, Jérusalem, 2003, p. 100.
- MAUTNER M.** « *La baisse du formalisme et la montée des valeurs dans le droit israélien* », éd. Maagalei Daat, Tel-Aviv 1993, p. 122 et s.
- MARCADEV-N.** « *Explication théorique et pratique du Code civil* », tome I, 8^e éd., 1874, pp. 441-442.
- MARTY G, RAYMOND P.** « *Droit civil, les obligations, T. II, Les sources* », Sirey 2^e éd. 1989, p. 179-393.

- « *Droit civil des obligations* », Sirey 1988, n°381.
 « *Droit civil, les personnes, la famille* », Sirey, 3^e éd., 1976, n°77.
- MASCLET J-C, MULLER M.** « *Droit civil, Titre : La famille, Chap. 1 : Le mariage et le concubinage* », Éditions Foucher, 2008-2009, p. 160-163.
- MAYNE, McG.** « *On Damages* », London, 12^e éd, 1951, 207.
- MAZEAUD H. et L, MAZEAUD J, CHABAS F.** « *Leçons de droit civil, La famille* », Montchrestien, Tome I, Vol. III, 7^e éd. par LEVENEUR Laurent, p. 64-78.
 « *Leçons de droit civil, La famille* », Montchrestien, 1998, Tome II, Vol. I, 9^e éd, p. 104-107, 252-253 et 392.
- MERLIN LE COMTE P-A.** « Répertoire universel et raisonné de jurisprudence », Tome V, éd. Garnery, Paris, 1812.
- MUNKE** « *La Voix de la Thora : commentaire du Pentateuque*, Fondation Lévy, 1976.
- NEUMAN A.A.** « *The Jews in Spain Philadelphia* », Tome II. Ed. Jewish Publication Society 1948, p. 25.
- NIBOYET F.** « *L'ordre public matrimonial* », Chap. 1 : « *Le recul de la sanction des actes juridiques prohibés* », Édition L.G.D.J. Lextenso, 2008, p. 231-239.
- NICOLEAU P.** « *Le rôle de la faute dans la preuve judiciaire de la paternité naturelle* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux I, 1991, 142 p.
- PLANIOL M. et RIPERT G.** « *Traité pratique de droit civil français* », tome 2, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, par ROUAST A., 1952, p. 70-71.
- PLESSIX-BUISSET C.** « *Ordre et famille* », Presses Universitaires de Rennes, 2002, S-S2, chap. II, titre I, p. 141-147.
- PLUMENBAUM D.** « *Indemnités pour inexécution du Contrat* », Thèse pour le doctorat en droit. Université de droit Bar-Ilan. 1999-2000
- PORAT B.** « *L'Équité dans les contrats dans le Talmud* », Thèse de droit. Université Hébraïque de Jérusalem, 2002.

- RAKOVER N.** « *Otzar hamishpat- mafteh bibliogrphahi lamishpat haivri* » Rev. kiriyat hamishpat haivri » vol 2, Jérusalem, 2007.
« *Indemnités pour préjudices non matériels* » : HOK LEISRAEL, éd. Moreshet Israël, Jérusalem, 2004.
« *Les principes du droit Hébraïque relatifs au Loi de la donation* », 1968, HAPRAKLIT, Vol. 24 préc. p. 496-498.
Hamishpat haivri behakikat hakeneset. 1-2, 2009, p. 1273.
- RENAULT-BRAHINSKY C.** « *Manuel - Droit de la famille* », Éd. Gualino, A jour des réformes entrées en vigueur le 1^{er} janv. 2005, p. 52-65.
- RENUCCI J.F.** « *Droit européen de DDH* », LGDJ, 3e éd. 2002, n°57.
« *Introduction générale à la Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garanties et mécanismes de protection* », éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 20.
- RESPONSA** Maharam Mints, Jerusalem, 1990, Even Haezer II, 1958, p. 105.
- RIPERT, BOULANGER** « *Traité élémentaire de droit civil* », Planiol (refondu et complété Ripert et Boulanger), Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, n°1221, 1951, t. I.
- RIPERT G.** « *La règle morale dans les obligations civiles* », LEDJ, 3^e éd. 1935, n°27, p. 54, notes 2 et 5.
- RIPERT G., ROBLOT R.** « *Traité du droit commercial* », LGDJ 1994, n°174.
- ROUHETTE V-G.** « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in « *Etudes offertes à R. RODIERE* », Dalloz, Paris, 1982, p. 247
- ROZEN L** « *Le droit de la famille entre sacré et le laïc* »
- RUBELLIN-DEVICHI J** « *Droit de la famille* », Dalloz, 2001-2002, 86 p. (p. 19-24).
- RUBINSTEIN A** « *Application de la Morale dans une société libérale* »/Akifat musar behevra matiranit, éd. Shokane.1975.129-135
- SAINT-CYR A-E** « *La notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français* », Thèse pour le doctorat en droit, Université

- SHALEV G.** de Bordeaux, 1941, 367 p.
 Responsa « *Mishpetei Hatora* », éd. Hamahon
 Lelimoud, Jérusalem, 1998. Lois de courtage
 matrimonial. Ch. 31-37.
- SHIPITZ** « *Conclusion de contrats* », Jérusalem. éd. Institut droit
 comparé Hari Sakar. 1978, p. 11-16.
- SHOHETMAN E** « *Le droit Hébraïque et l'État juif Moderne*. Hatzionut
 hadatit: idan hatmurot, Ed. asufat mehkarim lezeher
 zvlun hamer, Jerusalem, 1993, p. 254-282.
- SHORSHEVSKI B.** « *Le droit de la famille* », 3^e Ed. Shakmona. Vol II. 1967.
 p. 19.
 « *Le droit de la famille* », 4^e Ed. Jérusalem. 1993. 13-27
- STENSALTZ A.** « *Introduction au Talmud* », Albin Michel, 2002.
- TEDSKI G.** « *Enquêtes sur notre droit privé* » Jérusalem, 1958, p.
 282-283.
- TOULLIER Ch.** « *Droit civil français suivant l'ordre du Code
 Napoléon* », vol. 14, Paris, 1811-1831.
- ULPIEN** « *Du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur
 Justinien* », Livre 48, titre 5. Loi 13, promulgué en 533,
 traduction HULOT H., Rondonneau, Paris, 1804.
- URBACH E** « *Les Sages d'Israël : conceptions et croyances des
 maîtres du Talmud* », Cerf, Verdier, 1997.
- VIGODA M.** « *Le droit a la vie privée et la liberté d'expression* »,
 parashat Balak, 2003, vol. 129
 « *Qui craint le droit Hébraïque* », parashat Haazinou,
 vol. 139, 2004.
- VIOLLET P** « *Histoire du droit civil français* », n° 423 et 424, 3nd,
 éd. Paris, 1905.
- WENGORT A.** « *Droit talmudique et droit des nations* », éd. Safed,
 2005.
- WIGODER G.** « *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme* », éd. Cerf,
 1993.
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL K. S.** « *Le Droit civil français* », traduit de l'allemand, 5^e
 édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code
 Napoléon par MM. G. Massé. Ed. A. Durand, 1854.

ZELTNER Z

« *Le droit des contrats israélien* », vol II, éd. Avouka, Tel-Aviv, 1976, p. 136.

• **Ouvrages spécifiques :**

ADLER B.

« *HaNissouin KeHilchatan* » (Les Lois Rabbiniques du Mariage), Vol. 2, 2nd Ed. Hamsora, Jérusalem, 1985

AMRAM E

« *Le Guide de rencontres idéales* », éd. Intomatch, Israël, 1984

ANGELESCO D.

« *Des promesses de mariage leur nature et leurs conséquences juridiques* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1911, 160 p.

ANGELESCO R.

« *De la rupture des promesses de mariage* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1914.

ANTOINE Ph.

« *L'église et les fiançailles – La tradition canonique au service d'un droit particulier (la coutume du Royaume Bambara de Ségou – MALI)* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris XI, 1988, Tome I, 336 p. (Pour information : Tome I et II = 679 p).

BEINEX J

« *Du courtage matrimonial* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1912, 96 p.

BOUDINHON A.

« *Le mariage et les fiançailles, nouvelle législation canonique* », Commentaire du décret « no temere », Lethielleux, Paris, 1908, p. 36, et formulaires, Gabalda, 1924.

CHOUPIN L

« *Les fiançailles et le mariage* », *Beauchesne*, 1 fr. 60, in- 12, 1908.

COLIN A.

« *Droit romain des fiançailles. Histoire du droit et droit français des fiançailles et des promesses de mariage* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1887.

COLIN. P

« *Étude sur les fiançailles en droit comparé* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1921, 119 p.

- DESIRE LEGRAND L.** « *Le mariage et les mœurs en France* », Hachette, Paris, 1879, p. 340-341.
- DESVOUGES J.** « *Des fiançailles et promesses de mariage dans le droit moderne* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1914, 228 p.
- DEURBERGUE A.** « *De la promesse de mariage dans le droit moderne* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1932.
- DUBOIS F.** « *Les fiançailles et promesses de mariage en droit français* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Rennes, 1897, 188 p.
- DUTEUIL M.** « *Le marché de la solitude* », éd. Denoël, Paris, 1979, 226 p.
- FOURNOT M.** « *Le courtage matrimonial* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Dijon, 1908, 228 p.
- FRATANI J.** « *Le courtage matrimonial* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1937, 136 p.
- GAUDMET J.** « *L'originalité des fiançailles romaines* », in *Sociétés et Mariages*, Strasbourg, Cerdic, 1980, p.29.
- GEORGEON M.** « *Du courtage matrimonial* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 1911, 181 p.
- GIRARD A.-F.** « *La rupture des fiançailles au XIXème s. (1804-1914)* », Étude de doctrine et de jurisprudence, R.R.J 2000-2.
- GLASSON E. D.** « *Du consentement des époux au mariage* », A Durand, Paris, 1866, n° 95, p. 146.
- GROSSMAN I.** « *Responsa Halichot Israël : Jurisprudence en matière de courtiers matrimoniaux, agents, courtiers...* », éd. Hamol. Jérusalem, 1977.
- GRUNSPAN A.** « *De la rupture des promesses de mariage dans le droit actuel français et étranger* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1917, 95 p.

- GUIHO P.** « *Réflexion sur le mariage posthume* », éd. L. Falletti, 1971, p. 321 s.
- GUILHOT F.** « *De la rupture des promesses de mariage* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris 1903, 160 p.
- HUET P.** « *Le courtage matrimonial (Étude critique de la jurisprudence)* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1910, 154 p.
- JACOMET J** « *Des fiançailles et des promesses de mariage. Étude d'histoire du droit et de jurisprudence moderne* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Montpellier, 1902, 207 p.
- LAMARCHEM.** « *Les degrés du mariage* », Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 1997.
- LAPERGUEM.** « *Agence matrimoniale* », Editeur A. Moreau, 1981, p. 179.
- LEMOULAND JJ** « *Le mariage* », Éd. Dalloz, 1998, 115 p. (p. 8-33, 51-62).
« *L'intégrité du consentement au mariage, La théorie des vices du consentement* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux I, 1984, Tome I, p. 40-48 et 133-158.
- LETERTRE C.** « *La religion et le droit civil du mariage* », éd. Defrenois, 2004.
- MOURGUESA.** « *Des effets des promesses de mariage. Étude historique et critique* », Thèse pour le doctorat en droit, Aix, 1901, 226 p.
- NASLIN E** « *De la rupture des promesses de mariage et de la séduction* », Thèse pour le doctorat en droit, Poitiers, 1897, 167 p.
- NOBIO I.** « *Les agences matrimoniales: statut juridique et pratiques sociales* », Mémoire, Université de droit d'Économie et des Sciences D'Aix-Marseille, 1990 - 1991, 140 p.
- POTHIER R-J** « *Traité du contrat de mariage* », 2^e partie, Chp I, art. V. de Bure, Paris, ou la Veuve Rouzeau-Montant, Orléans, 1771, p. 148.

- PUGEAULT-COCHELLI C.** « *Les fiançailles : affaires conjugales, affaires familiales* », chap. 1. *in* Actes du colloque « Les transformations de la conjugalité : Configurations et parcours », Dossiers d'études n°127, dirigé par DAUPHIN (S), Cnaf, avr. 2010, p. 12.
- ROBERT-CHARRÉRAU G.** « *Le courtage matrimonial* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Lyon, 1934, 146 p.
- ROCA S.** « *Les fiançailles ou promesse de mariage* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Montpellier, 1908, 327 p.
- RUBY A.** « *Le courtage matrimonial* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Grenoble, 1925, 106 p.
- SCHIFMAN P.** « *Promesse de mariage en droit israélien – un contrat générateur d'obligations?* », 2nd Ed. Jérusalem, 1995, p.212
« *Des Kiddoushin douteux dans le droit israélien* », L'Institut de droit comparé Hari Sakar, Université de Droit Hébraïque de Jérusalem, 1975, p.143-155.
- SMET A. De.** « *Les fiançailles et le mariage. Traité canonique et théologique avec aperçus historique et juridico-civils* », Larose et Tenin, Bruges, 1912.
- VAISSE G.** « *De l'inexécution de la promesse de mariage et de ses conséquences juridiques* », Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1901, 164 p.
- TREZZINI C.** « *Le mariage en droit canonique* », Editions des Fiches juridiques suisses : Naville et cie, Genève, 1943.
- VAISSE G.** « *De l'inexécution de la promesse de mariage et de ses conséquences juridiques* », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1901, 164 p.
- VIDAL G.** « *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques* », éd. Durand, Toulouse, 1884, p. 54 et s.

- VIGODA M.** « *Rupture de promesse de mariage* », parashat vaitsa, vol. 186, 2005.
- VIUDES Ph.** « *Le courtage matrimonial en France du XIX^{ème} siècle à la première moitié du XX^{ème} siècle* », Mémoire, D.E.A. d'Histoire du droit, Université de Bordeaux I, 1994, 102 p.
- VON DER WEID Ph.** « *La réparation du tort moral causé par la rupture des fiançailles* », Thèse pour le doctorat en droit, Fribourg, 1942, 84 p.
- WEINBERG D.** « *Lois de Courtage* », Jérusalem, 1961.
- ZAMIRE** « *Vers une législation en matière de courtage en droit israélien* », Ouvrage en la mémoire de TEDSKI (G), Mishpatim. 1995. p. 225-261.
- ZEND Z** « *Les règles de loi Rabbinique en matière de courtage matrimonial : Mode d'emploi* »/Netivei Hashidouh, Petah Tikva, 2008, éd. Medical Institute, p. 105.

- ARTICLES

• Articles généraux :

- AZAVANT M.** « *Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple* », *Droit de la famille*, n°10, oct. 2006, étude 40.
- BAILLOD R.** « *Le droit de repentir* », *RTD civ.* 1984, p. 227-254.
- BARAKA.** « *Le système de droit en Israël - sa tradition et sa culture* », *Rev. Dt. Hapraklit. Vol. 40*, 2001, p. 197.
- B.B.** « *Libéralités: Évolution ou révolution* », *Comm., Civ.* 1^{re}, 3 fév. 1999, *Juris-Data* n°000755 et Angers, 23 fév. 1998, *Juris-Data* n°045592, *Droit de la famille*, Édition du *Juris-Classeur*, mai 1999, p. 17-18.
- BERNARDEAU L.** « *Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble* », à propos de l'arrêt CJCE, 22 avr. 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97, *JCP G*, n°14, 5 avr. 2000, I 218.

- BOUVARD M.** « *Rassemblement pour la République - Savoie* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°38045, J.O, 29 nov. 1999, p. 6771, réponse publiée au J.O. le 21 févr. 2000, p. 1146.
- BRUGUIERE J.M.** « *La dignité schizophrène ?* », *D.* 2005, Tribune, n°18, p. 1169.
- COHEN H.** « *L'inquiétude du lendemain* », *Revue de droit Isr. « Hapraklit »*, Vol. 3, 1946, p. 44.
« *Le législateur israélien et le droit rabbinique: bein mahar letmol* », *Rev. Yunei mishpat*, 29, 1, 2005, p. 167-244.
- COHEN N.** « *La bonne foi dans les négociations contractuelles-entre le principe formel et les principes d'équité* ». *Rev. Hapraklit*, vol.37.13.1987
- CRAFF M.** « *L'abolition de règles désuètes et d'actions archaïques dans le droit de la famille anglais* », *Revue internationale de droit comparé*, vol.23, 1971, p. 427.
- DE JUGLART M.** « *L'obligation de renseignement dans les contrats* », *RTD Civ.*, 1945, p. 1-22.
- DE QUENAUDON R.** « *MANDAT, Conditions de validité* », Édition de Juris-Classeur, 2001, art. 1984 à 1990, fasc. 20, à jour au 17 oct. 2000, 9 p.
« *MANDAT, Définition et caractères distinctifs* », Édition de Juris-Classeur - 5, 1999, art. 1984 à 1990, fasc. 10, à jour au 15 avr. 1999, 15 p.
- DERRUPPE J.** « *Chroniques de Législation et de Jurisprudence françaises* », *Rev. tr. dr. com. et dr. économique*, 2001, n° 1.
- DOITSCH S.** « *Hafnaia lemoreshet Israel mikoha hok yesodot hamishpat* ». *Divrei hacongress haolami haasiri lemadaei hayehadut*», *Revue hativa gimel*, 1, Jeruslaem, p. 238-244.
« *Gmirut da'at behitchayvut bamishpat haivri* », *Revue.Dinei Israel* 3, 1972, p. 207.
« *Gmirat da'at vehachvana litzor yachasim mishpatyim bedinei hozim bamishpat haivri, ha'angli vehaisraeli* ». *Shnaton hamishpat haivri* 6-7, 1979-1980, p. 71.
« *Hora'at haoshek behok hachozim* » *Mehkarei*

- mishpat 2, 1989, p. 1.
- ☒Le droit Hébraïque dans la jurisprudence israélienne☒
 Rev. *Yunei Mishpat*, vol.10, 1984.
- DROIT & PATRIMOINE** « *Contrats: A la recherche de l'heureuse élue* », nov. 2005, p. 113.
- DURANTON A.** « *Cours de droit français suivant le Code civil* », tome II, éd. Gobelet, Paris, 1828, p. 138.
- EDLER B.** « *Hanisouin Kehilkhatam* », Jérusalem, 1984, Ch. 4, p. 132, Art. 1.
- EDRE A.** « *Madua lanu mishpat ivri ?* ». Rev. *Yunei mishpat kr*, 2, p. 467-487.2007.
- EMARLIV S** « *Kerem Shlomo* ». Thessalonik,1719.494
www.hebrewbooks.org/215
- FENOUILLET D.** « *La loi, le juge, les mœurs: la cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ?* », *Revue des contrats*, oct. 2005.
- FRIDMAN G.H.L** « *Construing without constructing a contract* », *LQR* oct 1960.
- GERIN A.** « *Communiste - Rhône* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°37535, publiée au J.O. le 22 nov. 1999, p. 6634, réponse publiée au J.O. le 21 févr. 2000, p. 1146.
- GHESTIN J** « *Droit des obligations* », *Chronique notariale, JCP*, Éd. N, n°18, p. 232-235.
- GODFRAIN J** « *Rassemblement pour la République - Aveyron* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°39556, *JO*, 25 fév. 1991, p. 671, réponse publiée au *JO*. le 6 mai 1991, p. 1816.
 « *Rassemblement pour la République - Aveyron* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°21016, *JO*, 4 déc. 1989, p. 5274, réponse publiée au *JO*. le 18 juin 1990, p. 2882.
- GRIMALDI M., NICOD M.** « *Droit patrimonial de la famille* », note Civ.1^{re}, 3 févr. 1999, n°96-11.946, *D.1999*, 34^e cahier, jurispr. somm. comm., p. 307-308.

- GROSS Y.** « Les valeurs Morales du judaïsme dans la jurisprudence de la Cour Suprême Israélienne », *Niv Hamidrashiya*, nov.1968 www.new.daat.co.il
- HACOHEN A., VIGODA M.** « Parashat Hayei sarah Parashat Hashavoua. Hamerkaz lehora'at hamishpat haivri velimudu. Institut shaarei mishpat, 2003. www.daat.ac.il/mishpat-ivri
- HAUSER J. HUET-WEILLER D.** « *Jurisprudence française en matière de droit civil* », *RTD Civ.*, janv.-mars 1992, p. 45-60.
- JESTAZ P.** « *Équité* », *Répertoire de droit civil*, pp. 1 et s.
- JOURDAIN P.** « Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.* 1983, chron. XXV, 23^e cahier, p. 139-144.
- JURISCLASSEUR** « *Courtiers spécialisés* », Édition du Juris-Classeur 2002, Commercial, fasc. 57, à jour au 27 déc. 2001, p. 12-13.
- KAHANA SH.** « *Le lieu du jugement* », *Revue Thoumin*, Vol. 8, 2000, p. 11.
- KAPLAN Y., PERRY R.** « *De la responsabilité délictuelle des refuseurs de Guet* » *Al ahrayutam benezikin shel sarvanei-get*, *Revue. Iyunei mishpat*, 28(3).2005. 773-869.
- KARYUFR.** « *Shiduchim bedarkei avot* », éd. Drachim, 28 Nov. 2007 :
<http://mabtim.con/mamar.asp?mamar_id=22>
- LA DOCUMENTATION FRANÇAISE** « *Quel droit pour quelle familles ?* », Actes du colloque de Paris, Le Carrousel, 4 mai 2000, Collection « Ministère de la justice », série « Colloques », janv. 2001, 192 p.
- LEMINTIER-FEUILLET B.** « *Juris-Data : Ateliers régionaux de jurisprudence* », somm. Rennes, 23 nov. 1990, *Juris-Data* n°051661, *JCP*, n°1-2, p. 5.
- LETOURNEAU P.** « *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil* », *DS* 1987, chronique XIX, 14^e cahier, p. 101-104.
- LIFSCHITZ B.** « *Le droit israelien et le droit rabbinique entre attache et réalité* ». *Rev. Mishpatim*, vol.19, mai 1989, 859-870

- LIN O.** « L'application de la Loi «Profim» », Article de doctrine 1^{er} août 2006 :
www.lin-law.co.il/p..asp?itemId=883.
- LOMBARD P.** « *Libri sententiarum* », IV, D, 28. Cf. ESMEIN (Adhémar).
- LOUISM-V.** « *La séduction dolosive, Le droit de cuissage, France 1860-1930* », Éditions de l'Atelier, févr. 1994, p. 178-204.
- MALAURIE P., FULCHIRON H.** « *La famille* », Defrénois Lextenso éditions, 4^e éd., Paris, à jour 2011, p. 71-83.
« *La famille* », Defrénois Lextenso éditions, 3^e éd., Paris 2009, p. 51-83.
- MALEVILLE M-H.** « *La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil* », *JCP*, 26 avr. 2000, n°17, I, 222.
- MATHIEU B.** « *De quelques moyens d'évaluer la dignité humaine de l'ordre juridique* », *D.* 2005, Tribune, n°25, p. 1649.
- MESTROT M.** « *L'éclipse de la cause immorale* », note Civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *LPA*, 17 nov. 1999, n°229, p. 10-14.
- MISHNA** Baba Kama. Hoshen Mishpat 35, 1.
<http://www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=452>
- MISHPATIM** Vol.8. déc. 1977, p. 287.
- MISTRETTA P.** « *L'obligation d'information dans la théorie contractuelle: Application et implication d'une jurisprudence évolutive* », *LPA*, 5 juin 1998, n°67, p. 4-8.
- MONSONYEGO A.** « *Lois sur les ouvriers et courtiers matrimoniaux et décisions relatives à l'interdiction rabbinique de retarder le délai de leur rémunération* », Rev.Poal Emet, vol 1, Bnei Brak,2002.
- PAILED.** « *Union pour un mouvement populaire* » Deux-Sèvres », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°84813, *JO*, 7 fév. 2006, p. 1175, réponse publiée au *J.O.* le 18 avr. 2006, p. 4209.
- PAISANT G.** « *La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le « télé-achat »* », *JCP*, 1988, n°38.

- PALKH.** Yesh yoter ravakim merevakot aval hatavla meshakeret, Ynet, 24.mai.2007 :
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3403808,00.html.
- PELCHAT M.** « *Union pour la démocratie française – Essonne* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°2467, *JO*, 19 sept. 1988, p. 2552, réponse publiée au *JO* le 31 oct. 1988, p. 3105.
- PETIT B.** « *Contrats et obligations, Obligation d'information* », *Juris-Classeur* ¶ 5, 2003, art. 1136 à 1145, fasc. 50, à jour au 20 fév. 2003, p. 1-24.
 « *Mariage, Conditions à réunir dans la personne des époux* », *Juris-Classeur* ¶ 8, 2003, art. 144 à 147, fasc. 10, à jour au 10 mai 2006, p. 1-2.
- FIGNARREG.** « *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ?* », *RDC*, Oct. 2005.
- PIMONT S.** « *Validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère : remarques sur la cause subjective en droit des libéralités* », comm., Ass. Plén., 29 oct. 2004, n°03-11238, *LPA*, 7 juin 2005, n°112.
- PORAT B.** « *L'obligation de contracter à prix raisonnable* », *Rev. Iyunei Mishpat*, vol, 25, 2000, P.189-220
 « *Escroquerie dans le contrat* », in *Hok leIsrael- aricha shitatit veadkanit shel hamishpat haivri keyesod lehakika velipsika al pi seder hukei medinat Israël*, Jerusalem, 2003, moreshet hamishpat leIsrael, 28 nov. 2007:
- RAOUL-CORMELG.** « *Le mensonge du concubin sur ses dernières volontés* », note Civ. 1^{re}, 30 nov. 2004, *Répertoire du Notariat Defrénois*, 15 mai 2005, n°9, p. 761.
- REDZINGER A.** « *Les Fondements Halachiques du droit de la famille* », 2004, par Weimer B., p. 22 :
http://bis.bgu.co.il/law/?c_inst=3975&name
 « *Le législateur israélien et le droit hébraïque : Haim Cohen entre demain et hier* », *Rev. Yunei Mishpat*, vol.29 (1) janvier 2005.167
- ROCHFORT R.** « *Marchandisation du monde* », *Le Monde*, 6 Juill. 1994.

- SALEILLES R.** « *De la responsabilité précontractuelle* », note Civ. 2^e, 2 déc. 1907, *RTD Civ.* 1907, 697.
- SEGUIN Ph.** « *Rassemblement pour la République - Vosges* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°8639, *JO*, 23 janv. 1989, p. 334, réponse publiée au *J.O.* le 6 mars 1989, p. 1148.
- SHAWOUA M.** « *La Concubine- Définition ,Statut et droits* ». *Rev. Yiunei Mishpat*. vol.3.1973.484
- SHALAF S** « *Le formalisme du droit hébraïque et les valeurs du patrimoine du peuple juif* », *Yonei Mishpat*, vol.25, nov. 2001, p. 492.
- SHAPIRA K** « *Le lieu du jugement* », *Rev. Thoumin*, vol.20.1999.11-20.
- SHPITSZ** « *Le droit du courtage matrimonial* », www.shtaygen.co.il/?CategoryID=822&ArticleID=2454, 25 fév. 2008.
« *Indemnisation du préjudice de la honte* ». *Rev. Thoumin*, vol.97, 1995, p.381
- TERROT M.** « *Rassemblement pour la République - Rhône* », <http://recherche2.assemblee-nationale.fr>, question n°36885, *JO*, 1^{er} nov. 1999, p. 6244, réponse publiée au *JO* le 21 févr. 2000, p. 1146.
- TESTU F-X.** « *Le juge et le contrat d'adhésion* », *Doctrine, JCP G*, n°18, p. 197-205.
- VARHEFTIG A.** « *La protection du consommateur dans la Halacha/Haganat hatzarchan leor hahalacha (halichot mischar-mikah taut ugneivat da'at)* », *Rev. Thumin*, vol.3, 1981, p. 334.
- VERHAFTING I.** « *La protection du consommateur en droit rabbinique* », *Rev. Thoumin*, vol. 1, Jérusalem, 1979, pp. 444-490 ;
- VERHAFTIG It.** « *Droit des contrats rabbinique?* » *Rev. Thumin* 27, 2007, tzomet-zivtei mada vitora, alon shvut.

VIGNEAU D.

« Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs », obs. Ass. Plén. 29 oct. 2004, Dalloz, 2004, n°44.

• **Articles spécifiques :**

ALLIX M.

Rapport sur Ass. Plén., 29 oct. 2004, *BICC* n°612, 1^{er} fév 2005.

ANGERLAD I.

« A propos de courtage et mandat », *Revue de droit isr. Mishpatim*, vol. 10, 1980. p. 359.

BAKOUCHED.

« La nature de l'obligation dans le contrat de Courtage Matrimonial », note sur Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, n°01-17.563, Édition AFFAIRES, *Lexbase Hebdo*, n°151, 22 janv. 2005.

BAZIN E

« De l'exigence d'humanisme dans le courtage matrimonial », Comm. TI Niort, 8 déc. 1999, *LPA*, 3 mai 2000, n°88, p. 8-13.

BENABENT A.

« Rupture d'une promesse de mariage: le dialogue préalable n'est pas nécessaire », note Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, *DS* 1995, 17^e cahier, jurispr, p. 251-252.
« La liberté individuelle et le mariage », *RTD Civ.* 1973, p. 442-495.

BIZOT M.

Rapport sur Ass. Plén., 29 oct. 2004, *BICC* n°612, 1^{er} fév 2005.

BUREAU D.

« Entre consommation et intermédiation: La loi applicable au courtage matrimonial », Comm., Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n°02-16.915, *Revue des contrats*, 1^{er} avr. 2006, n°2, p. 503.

BURST J.J

Commentaire d'arrêt, Colmar, 9 mars 1990, *DS* 1990, 16^e cahier, jurispr, p. 232-235.

CAPTANT H.

« Le permis de séduire », chron., *D.* 1933.
« Le permis de séduire », Recueil hebdomadaire, chron., *D.* 1933., n°1, p. 1-4.

- COCHEZ C.,
BENIMBAREK LESAFFRE K.,** « *Regard actuel sur les fiançailles et la promesse de mariage* », *LPA*, 20 déc. 2007, n°254, p. 10.
- COESTER-WALTJEN & COESTER** « *Formation of Mariage* », International Encyclopedia of Comparative Law. Boston, vol. IX: Persons and Family. Ch.3, M.A. Glendon ed, 1997.P.3
- COHEN M.** « *Courtage matrimonial dans la société orthodoxe* », 1 déc. 2006, http://mabtim.com/mamar.asp?mamar_id=40.
« *Shiduchim bahevra haharedit* », *Drachim*, 28 nov. 2007, http://mabtim.com/mamar.asp?mamar_id=40.
« *Shiduchim vezugiut bahevra haharedit* » *Al ma: biteon lekidum ma'amad haisha*, 14.10.2001.
- COHEN N.** « *La montée et la chute de la promesse de mariage* », *Rev. Droit. Isr. « HAMISHPAT »*, Vol. 21 févr. 2006, Ed. Masloul academic, Arrêt Plonit, p. 16.
- COOMBS M.** « *Agency and Partnership: A study of Breach of Promise Plaintiffs 2* », Vol 1, *Yale Journal of Law and Feminism*, 1989, p. 161-171.
- COULMONT B.** « *Politiques de l'Alliance* », les créations d'un rite des fiançailles catholiques », *Archives de sciences sociales des religions*, juil-sept. 2002, n°119, P. 5-27.
- DEBERMOND DE VAULX J-M.** « *La promesse d'épouser sa maîtresse* », *chron. XXVII, DS1966*, n°8, 35^e cahier, p. 137-142.
- DECOUX A.** « *Mention de préférences impératives pour l'annulation d'un contrat de courtage matrimonial* », note Civ. 1^{er}, 14 déc. 2004, n°01-17.563, *Lamy Droit des Pers. et de la Famille*, n°536 ; comm. *RLDC2005/13*, n° 536.
- DON-UYHIEB.** « *Hiuv mezonot veteanat i-ne'emanut* », 26 juill. 2010 : <http://daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/259-2.htm>.
« *Rupture de promesse de mariage* », *Rev. La famille et le droit/Mishpaha Bamishpat*, vol.3, 2005, p. 28-57
- DOUCHY M.** Note sur Dijon, 22 mars 1996, *JPG* 1997, II, n° 22774, p. 59-60.
- DUPICHOT J** Comm. Com., 3 avr. 1984, *Gaz Pal.* 1984, 2^e sem., journal du 24 nov. 1984, p. 708-709.

- DUTEUIL M.** « *Le marché de la solitude* », Éd. Denoël, Paris, 1979, 226 p.
- FEUERBACH-STENLE M-F** « *Courtage matrimonial et droit de repentir* », note Civ. 1^{re}, 6 fév. 1996, n°94-13.360, *LPA*, 14 août 1996, n°98, p. 32 et s.
« *Le Courtage Matrimonial* », *LPA*, 27 juill. 1994, n°89, p. 3, 10-16.
- FINESTEN M.** « *Reponse en matiere d'honoraires de courtage matrimonial* » / *Tshuva be'inyan dmei shadchanut*, Rev. *Moriya: kovetz torani kehidushei Tora vehalacha*, vol13, 1985.77-79, 1985.
- GABISON R.** « *Application de la morale, indemnités pour rupture de la promesse de mariage et l'obligation de motiver les décisions de jurisprudence* », *Revue de droit israélien. Mishpatim* vol. 8. P. 282. 1978.
- GALY-RAMOUNOT M.** « *Vague de fiançailles* », *Figaro Madame*, 18 août 2009.
- GARAUD E** « *De l'inexécution contractuelle en matière de courtage matrimonial* », note Civ. 1^{re}, 19 juin 2007 (deux arrêts : pourvoi n°05-18.541 et n°05-10.937), *LPA*, 25 juill. 2007, n°148, p. 14.
- GAUDERS S** Note Req., 27 déc. 1944, postée en ligne sur le site : *JurisForum.Net*.
- GIRAUD L** « *Des promesses de mariage, étude historique et juridique* », *Revue critique de législation*, in-8°, 1888.
- GROSEFF & HALAVI** « *Rupture de la promesse de mariage* », Rev. *Beshaar hahok*, Févr. 2006. P. 111.
- HADAD. A** « *Rupture de la promesse de mariage- Entre droit actuel et droit souhaité* », 26.oct.2011.
www.israelbar.org.il/uploadFiles/avishai_adad.pdf
- HADI O.** Note sous arrêt «apropim» 6.déc.2006 :
www.nfc.co.il/ArticlePrintVersion.aspx?docId=100646&subjectID=1>.
- HARBOUN H.** « *Le Chidoukh et le Midrach* »
http://haim.harboun.free.fr/le_chidoukh_et_le_midrach.htm

- HAUSER J** « *Les promesses de mariage: Le fantôme de Jbsserand* », *RTD Civ.* 1995, p. 604.
« *Les pourparlers* », *RTD Civ.* 1995, p. 603.
RTD Civ. 2001, 563, obs.
Obs., Dijon, 22 mars 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 880.
« *Courtage matrimonial* », *Jurisqueur*, 2, 2003, Fasc. 30, p. 223 et s.
- « *Mariage. Promesse de mariage. Fiançailles* », *Jurisqueur*. 2. 2003, *Répertoire notarial*, fasc. 20, p. 223 et s.
- HEIDSIECK G.** « *Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'art. 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial)* », *JCPG*, 1990, I, n°8, art. n°3432-9.
- HEMARD J** Note Civ. 1^{re}, 2 déc. 1907, *S* 1909, 1, 553.
- HIMAN.Sh** « *Je ne t'ai rien promis* » : A propos de la promesse de mariage en droit israélien ». www.psakdin.co.il
- HOCHART C.** Note Paris, 8 déc. 1992, *D.* 1994, 19^e cahier, p. 272-276.
- HOLLEAUX A.** « *Le « statut » des agences matrimoniales* », *LPA*, 11 juill. 1990, n°83, p. 23-25.
- HOUTCIEFF D.** « *Le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse* », note Civ. 2^e, 5 juill. 2001, *Juris-Data* n°2001-010481, *JCP*, n°38, 18 sep. 2002, II 10139.
- HUGOT J** « *Le contrat de courtage matrimonial* », *JCPN*, n°17, 30 avr. 1999, p. 720-772.
- J A.** Note CASS., 5^e ch., 6 oct. 1964, *JCP*. 1965, Dalloz Éd. E., 2^eème partie, n°13982.
- JAUFFRET A.** Comm. Limoges, 10 juin 1980, *DS* 1981, 38^e cahier, p. 573-577.
Rép. Com., V, Actes de commerce, 1972, n 331.
- J M.** Note Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, *Gaz Pal.* 1989, 1^{re} sem., journal du 16 mai 1989, p. 374-375.

- JOSSERAND L.** « *Le problème juridique de la rupture des fiançailles* », *DH*1927, chron. 21, p. 21-24.
- JURISCLASSEUR NOTARIAL** « *Promesse de mariage* », LexisNexis, JurisClasseur Notarial Répertoire, V°, Législation comparée, Fasc. 2 : Italie, Mariage et dissolution, I. Mariage, Cote 04, 2007. Art. 144 à 147, fasc. 20 (2002).
- KAPLAN D.** « *Rupture de Promesse de mariage en droit Rabbinique* », *Revue de droit « Parachat shavoua »*, section hebdomadaire du cycle annuel juif de lecture de la Torah, numéro 186, 2005.
- KATAN H.** « *Dissimulation d'information dans les Shiddoukhim* » *Rev. Thumin*, vol. 25: 47-58, 2005.
- KLEIN M.** « *Haye Sarah : Le mariage, c'est régler à deux les problèmes qu'on n'aurait pas eu tout seul !* », www.yechiva.com, rubrique « Paracha », en ligne le 17 nov. 2009.
- KORNIALDI M.** « *Maftiha hapsika hakolel yesodot min hamishpat haivri* » *Rev. Mishpatim*, 25, 1995, p. 98.
- KOTLER N.** « *Courtage Matrimonial en Israel* », *Hamodi'a*, 27.nov.1987.
- LAAM M.** « *Marieur, Marieuse, Mariez moi !* », www.lamed.fr.
- LANGLADE-O'SUGHRUE J-P.** Note Civ. 1^{re}, 3 fév. 1999, *D.* 1999, 19^e Cahier Jurisprudence, p. 267-269.
- LARRIBAU-TERNEYRE V.** « *Les pérégrinations d'une bague de fiançailles* », comm., Civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, n°05-14-258, *Droit de la famille, Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, févr 2008, p. 28-29.
 « *De l'abus caractérisé dans la rupture des fiançailles* », comm., Rouen, 15 juin 2005, Juris-Data n° 2005-278689 et Aix-en-Provence, 3 mars 2005, Juris-Data n° 2005-271242, *Droit de la famille, Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, nov. 2005, p. 22-23.
 « *Courtage Matrimonial : Le droit de la consommation au secours du candidat au mariage, démarche en France par un entremetteur frontalier* », comm., Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n°02-16.915, *Droit de la famille*.
 « *Courtage Matrimonial : Sévérité à l'égard du professionnel dans le contrat de courtage* »

matrimonial», Civ. 1^{re}, 12 juill. 2007, n°05-14.715, Juris-Data n°2007-040156, et Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, n°05-18.541, *Droit de la famille*, sept. 2007, comm. 161, p. 17-18.

« *Courtage Matrimonial : Sur la nécessité de préciser les qualités attendues de la future épouse pour caractériser le contrat de courtage matrimonial* », note Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n°07-15.570, *Droit de la famille*, févr. 2009, p. 23-24.

LE BERRE Ch.

« *Le cas des femmes qui entendent se soustraire à des mariages imposés* », Droit administratif n°6, juin 2005, comm. 89 (Commission de recours des réfugiés 24 septembre 2004, n°444000, Mlle N).

LEBORGNE A.

note Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, *Pers et fam.*, janv. 2008, n°1, p. 17.

LECUYER H.

« *Courage Matrimonial ; Pas de régularisation pour les sans contrats* », note Civ. 1^{re}, 24 juin 1997, Juris-Classeur, p.10.

« *Courtage Matrimonial, Touche pas à mon droit de repentir* », note Civ. 1^{re}, 13 janv. 1998, Juris-Data n°000262, *Droit de la famille*, édition du Juris-Classeur, avr. 1998, p. 7-8.

LEMOULAND J-J

« *Fiançailles : le sort des cadeaux en cas de rupture* », note Paris, 14 sept. 1999, *D.* 2000, p. 412.

« *Mariage - Concubinage* », Jurisprudence Sommaires commentés, *D.* 1999, n°42, p. 371.

« *L'intégrité du consentement au mariage, La théorie des vices du consentement* », *D.* 2002, somm. 535, obs.

« *Mariage - Concubinage, Les obligations du courtier matrimonial* », note Civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, n°97-10.773, somm. comm., *D.* 1999, n°42, p. 371.

« *Mariage – Concubinage, Pacte civil de solidarité* », obs., Bordeaux, 4 janv. 2000, *D.* 2000, n°40, p. 412.

LEVENEUR L

« *Les huit candidates au mariage présentées par le courtier ne correspondaient pas aux souhaits du client...* », note Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, Juris-Data n°2004-026155, *Revue contrats concurrence consommation*, n°4, avr. 2005, comm. 62.

« *Les limites du rôle de la bonne foi dans l'exécution du contrat : où l'alinéa 1^{er} de l'art. 1134 l'emporte sur l'alinéa 3* », note Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768,

Revue contrats concurrence consommation, déc. 2007, comm. 294, p. 15-16.

LIFSHITSS

« *Mariés malgré eux ? Etude libérale du concubinage* », *Law Rev. "Yunei Mishpat"*, vol. 24, 2007, 741-849.
« *Je voudrai divorcer immédiatement : A propos de la réglementation civile sur le divorce* », *Rev. Yunei Mishpat*, Vol 28 (3), Juin 2005.671-771.
« *A propos de la contractualisation des rapports du couple dans le droit israélien* », *Rev. Kyriat Hamishpat*, vol.4.éd. Hakyria haacademit.2004-2005.287-360

LIFSKER E

« *Rupture de la promesse de mariage en droit israélien* ».2006. : <http://www.benchmark.co.il/law-info/article-display.php?articleno=260>.

LOMBARD P.

« *Le mariage en droit canonique* », S 1929, p. 148 et s.

MASSIP J

note Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, *Défrénois* 2008, art. 38732, n°2, p. 566.

MATHIEU B.

« *Une annonce matrimoniale et l'échange de correspondance ne constitue pas une promesse de mariage* », note, Civ. 2^e, 28 avr. 1993, *D.* 1995, 23^e cahier, jurispr., p. 330-332.

MIKALEF-TOUDICV.

note Ass. Plén., 29 oct. 2004, *LPA*, 7 juin 2005, n°112, jsp.

NAHSHONI K.

« *Vous voulez un Shiduch? Il faut payer le prix* », 29.juil.2007, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3430855,00.html>.

NERSON R., RUBELLIN-DEVICHI J

« *Jurisprudence française en matière de droit civil, A. Personnes et droits de famille, I. Les promesses de mariage* », *RTD Civ.* 1983, p. 317-323.

NISHLOV D.

« *Contrats pré matrimoniaux* » *Rev. Dt.Thoumin*.vol.21. 2001.P.288

NOIREL

« *Le mariage posthume* », S 1960, chron. p. 15.

OUDOT P.

Note, « *Mariage* », Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n°02-21259, *Gaz Pal.*, 23 mai 2006, n°143, p. 11.

- PLANIOL M.** Note Trib. de Lisieux, 21 janv. 1903 et Pau, 9 août 1904, D. 5^e cahier, 2^e partie, 1908, p. 81-83.
- PRIMER D.** « *Restitution des cadeaux de fiançailles au vue de la nouvelle législation* », *Revue Mishpatim*. Vol. 10. 1980.329
- RAYMOND G.** « *Courtage matrimonial* », note Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, Juris-Data n°2007-039672, *Revue contrats concurrence consommation*, n°10, oct. 2007, comm. 264.
Note, « *Qualification d'un contrat de courtage matrimonial* », Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n°07-15.570, *Revue contrats concurrence consommation*, n°1, janv. 2009, comm. 30.
« *Validité du contrat de courtage matrimonial* », note Civ., 13 févr. 2007, n°05-20.015, *Revue contrats concurrence consommation*, n°4, avr. 2007, comm. 106.
Note, « *Courtage matrimonial et délai de rétractation* », Civ. 1^{re}, 12 juill. 2007, n°05-14-715, *Revue contrats concurrence consommation*, n°11, nov. 2007, comm. 284.
Note, Civ. 1^{re}, 6 févr. 1996, n°94-13.360, *Revue contrats concurrence consommation*, avr. 1996, n°65, p. 14.
- RODNER M.** « *A propos des Shiddoukhin en droit juif* ».Rev. *Mishpetei Ishout*, vol, Jérusalem, 1949. 7-13
- RUBELLIN-DEVICHI J** « *Les fiançailles* », *RTD*. Civ. avr-juin 1989.
« *Droit de la famille* », chron. sous la direction de RUBELLIN-DEVICHI auprès du Centre de Droit de la Famille, *JCP*, n°1, p. 9-10.
- SELAH N :** « *L'industrie des Shiddoukhin* »
www.nrg.co.il/online/54/ART2/143/767.html 11/8/2010
- SHILO Sh.** « *Le courtier dans le droit rabbinique* » (mereshit hofa^{to} ad tkufat hasulchan aruch), Rev. *Mishpatim*, vol.4, 1972, p. 361-373.
« *A propos des Lois fondamentales- Remarques et Critiques* », Rev. *Annuel de droit Israélien*, vol.13, 1987, p.352-369.
- SHOHETMAN E** « *A propos de l'obligation d'indemnisation en matière de rupture de fiançailles* », *Isr. Law. Rev. Mishpatim*, vol 9, 1979. p. 109

« *Le droit israélien et le droit Hébraïque-Zika Venikour* ». Revue. *Mishpatim*, vol.19, 1980, p.871-880.
« *vie et infidélité avec la concubine, (Egida vehaim im Yedoua batsibour)-Motif pour forcer le Guef/Acte de divorce?* ». Rev. *Mishpaha Bamishpat*, vol.1, 2007, p.267-288.

SHORM. « *Honoraires de courtier Matrimonial* », Article 1^{er} Déc. 2006 : www.mabatim.com.

SHPITSZ « *Indemnisation du préjudice de la honte* ». Rev. *Thoumin*, vol.97, 1995, p.381

SHWARTZ E « *L'application de la morale dans le droit rabbinique* », *Parashat Aharei-mot*, vol.118, 2003. [http.daat.ac.il](http://daat.ac.il)

« *Le droit hébraïque dans la Jurisprudence israélienne* », Rev. *Shnaton Hamishpat Haivri*, vol.13, 1987, p.371-378.

STECHEN P. « *Le courtier, mandataire de l'assureur* », *LPA*, 2 avr. 1995, n°42, p. 4-8.

STOUFFLET J Note, Com., 28 oct. 1986, *JOPG* 1987. II. 20735.

TEDSKI G. « *Contrat de courtage et honoraires des courtiers* », Revue de droit isr. *Hapraklit* vol.32, 1979. p. 296 et « *Courtage et Mandat* », *Hapraklit* vol. 33, 1981, p. 336.

VALORY S « *Courtage matrimonial : le dispositif légal de protection est applicable à l'ensemble des prestations fournies par l'agence* », *Revue Juridique Personnes et Famille*, juill.-août 2001, n°7-8, Le couple, Sélection du mois, p. 15.

WAHLA « *Le courtage matrimonial* », *RTD. Civ.* 1904, p. 471-492.

WIEDERKEHR G. Note Colmar, 12 juin 1970, *D.* 1971, 407.

YOEL ET KATAN H. « *Dissimulation d'information dans les shiddoukhin* », *Revue de droit Rabbinique* Rev. Thoumin Vol. 25. 2005, p. 51.

ZELSBURG Z, ALMOGO O.

« *L'institution du mariage dans une société religieuse – traditionnelle* » :18.7.2008.

www.peopleil.org/details.aspx?itemID=7755

- SITES INTERNET

www.agence-matrimoniale.fr

Article « *Le guide d'information sur les agences matrimoniales* », © 2007 agence matrimoniale .fr.

www.constitution.org.il

Doctrine et Jurisprudence israélienne

www.daat.ac.il

site officiel de l'Institut *Shaarei mishpat* du droit hébraïque et son enseignement.

www.inforeg.cci.fr

Site de la chambre de commerce et de l'industrie de Paris, Article « *La réponse à vos questions juridiques: Agence matrimoniale* », © inforeg 2006/2007, Rubrique Activités Réglementées : www.inforeg.cci.fr/Agence-matrimoniale-fiche-78-5985html.

www.finances.gouv.fr

Analyse des clauses abusives, Jugement du TGI de Dijon, 10 avril 1995, Commission des clauses abusives 2005.

Recommandation n°87-02 de la Commission des clauses abusives concernant les contrats proposés par les agences matrimoniales, B.O.C.C.R.F., 13 août 1987.

Recommandation de la Commission des clauses abusives concernant les contrats proposés par les cabinets matrimoniaux, B.O.C.C.R.F., 15 mai 1987, n°20, p. 233.

www.entreprises.cci.fr

Site de la Chambre du Commerce et de l'industrie de Paris

www.clauses-abusives.fr

Site de la Commission des clauses abusives

www.mabtim.com

Site d'annonces des courtiers matrimoniaux religieux

www.law.tau.ac.il

Site de l'Université de droit de Tel-Aviv

www.huji.ac.il	Site de l'Université de droit de Jérusalem
www.mercure.scd.univ-paris12.fr:833	Mercure-Portail documentaire du SCD de l'UPEC de l'Université de Paris 12 : Dalloz- Revue/Lexisnexis Jurisclasseur/Lextenso/Lamyline/Doctrinal-plus/
www.mishpativri.org.il	The Jewish Legal Heritage Society
www.nevo.co.il	Site de la législation et la jurisprudence israélienne
www.nezek.co.il	Site de la législation et la jurisprudence israélienne
www.gov.il/firstgov	Site officiel du gouvernement israélien
www.responsa.co.il	Le plus grand site de documentation en droit rabbinique de l'Université de Bar-Ilan. Tel-Aviv.
www.sefarim.fr/?Library=Prophete	La Bible en ligne traduction du Rabbinate, avec le commentaire de Rachi, traduction Jacques Kohn
www.hebrewbooks.org/14716	La Bible en ligne
www.takdin.co.il	Site de la législation et la jurisprudence Israélienne
www.hamishpat.com	Site des juristes de l'université de droit Bar-Ilan
www.psakdin.co.il	Site du droit israélien
www.etzion.org.il	Site de la Yechiva Har Tzion-Cours sur les Halakhot
www.ynet.co.il	Site de l'information israélienne
www.helena4love.co.il	Site de rencontres d'Helena AMRAM
www.family-Law.co.il	Le portail juridique de la famille sur net
www.news1.co.il	Site d'information israélienne
www.humanrights.org.il	Le portail des droits de l'homme

- JURISPRUDENCES EUROPEENNES

- CEDH, 5 juill. 1979** Van Droogenbroeck c/ Belgique, *DR*17/59.
- CJCE, 22 avril 1999** Travel c/ aff. C. -423/97 », *JCPG* 2000, n° 14, I, 218.

- JURISPRUDENCES FRANÇAISES

• Cour de cassation :

- Ass. Plén. 21 déc. 1814** *D. Rep. Cod.*, v° Mariage, sous n° 82.
- Req.17 août 1814** *D. Rep. Cod.*, v° Mariage, sous n° 82.
- Cass.11 juin 1838** *D. Jur. Gén., cod.*, v° Mariage, n° 90 ; S 1838. 1. 492 et 494.
- Civ.30 mai 1838** S 1838. 1. 492 ; *D. Jur. Gén., cod.*, v° Mariage, n° 82 ; S 1838, 1, 492.
- Civ., 24 mars 1845** Aff. Labia c/ Baysse : S 1845, I, 539.
- Req., 10 avr. 1855** *D.* 1855, 4e cahier, 1re partie, p. 147-155
- Civ., 26 juil. 1864** S 1865, I, 33 à 40.
- Req.12 nov. 1901** *D.* 1902. 1. 46.
- Civ. 20 avril 1904** *D.* 1904, 1, 420.
- Civ. 2 déc. 1907** *D.P.* 1908, 1, 201
- Req. 5 juil. 1917** *D.* 1919, I, 21 ; *Gaz Pal.*, 1916-1917, 864.
- Civ. 24 déc. 1919** *D.*1920, 1, p. 12.
- Civ. 3 déc. 1924** *D.P.* 1925, 1, 124
- Req. 5 janv. 1925** *D. H.* 1925, 41.
- Req. 8 juin 1926** *DP.* 1927 p. 113. Note Savatier.
- Req, 9 déc. 1930** *Gaz Pal.*, 1931, I, 122.
- Civ. 1^{re}, 29 juin 1933** *D.H.* 1933, 474.

Civ. 1^{re}., 19 mai 1936	<i>Gaz Pal.</i> , 1936, II, 291.
Req., 27 déc. 1944	<i>Gaz Pal.</i> 1945, 6 mars 1945, n°65, p. 77. <i>D.</i> 1945, <i>Jurispr. C. Cass</i> , p. 32-33. <i>S</i> 1945, 1 32 ; <i>Gaz Pal.</i> 1945 1 77, <i>D.</i> 1945, 121.
Civ. 1^{re}, 25 oct. 1948	<i>JCP.</i> 1948, II, 4634, note CAVARROC.
Civ. 1^{re}, 9 nov. 1954	<i>JCP.</i> 1955, II, 8516, note SAVATIER J.
Crim., 5 janv. 1956	<i>D.</i> 1956, 216; <i>JCP</i> 1956, II, 9146.
Com., 13 juillet 1958	<i>RTD Com.</i> 1958. P. 476.
Civ. 1^{re}, 6 oct. 1959	<i>Bull. civ.</i> 1959, NO 384, P. 320.
Civ. 1^{re}, 28 déc. 1960	<i>Bull. civ. I</i> , n° 574.
Civ. 1^{re}, 15 oct. 1963	<i>Bull. civ.</i> . n°433, p. 370.
Civ. 1^{re}, 7 juin 1963	<i>Bull. civ. I</i> , n° 292 ; <i>D.</i> 1964.621, n. J. Pradel.
Civ. 1^{re}, 4 mars 1964	<i>Gaz Pal.</i> 1964, 1 ^{re} sem., journal du 2 juin 1964, p. 405-406.
Civ. 1^{re}, 20 oct. 1965	<i>Bull. civ. I</i> , n° 560.
Civ. 1^{re}, 19 juill. 1966	<i>RTD civ.</i> , 1967, p. 378 s.
Civ. 1^{re}, 3 nov. 1966	<i>Gaz Pal.</i> , 1967, I, p. 164 s.
Civ. 1^{re}, 13 mai 1967	<i>D.</i> 1967, II, 631.
Mixte., 27 fév. 1970	Epoux Dangereux, <i>D.</i> 1970, p. 201 et s.
Civ. 2^e, 2 juill. 1970	<i>D.</i> 1970, 743.
Civ. 2^e, 22 fév. 1972	<i>JCPG</i> 1972. 2. 17111.
Civ. 1^{re}, 26 mai 1971	<i>D.</i> 1971, p. 501 et s.
Civ. 2^e, 18 janv. 1973	N°71-13.001, <i>Bull. civ. II</i> , n°25, p. 19. <i>JCP</i> 1974, II, 17794.
Crim., 27 janv. 1976	N°75-90.999, <i>Bull.crim</i> , publication n°29, p. 69.
Civ. 1^{re}, 16 mars 1977	<i>Bull. civ. I</i> , n°139.

Civ. 1^{re}, 19 déc. 1979	<i>Bull. civ. I</i> , n° 331 ; <i>D.</i> 1981, p. 449, note C. I. FOULON-PIGANIOL.
Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980	<i>D.</i> 1980, IR, p. 295.
Civ. 1^{re}, 16 janv. 1980	<i>D.S</i> 1980, inf. rap. 308.
Civ. 1^{re}, 29 avr. 1981	N°80-10-823.
Civ. 1^{re}, 29 avril 1981	N°80-11.172, <i>Bull. civ. I</i> , n°143.
Com., 11 oct. 1982	<i>D. S</i> 1982, inf. rap. 536.
Civ. 1^{re}, 23 mars 1983	<i>D.</i> 1984, p. 81.
Com., 3 avril 1984	<i>Gaz Pal.</i> 1984, 2, 708. Note J. Dupichot.
Crim., 9 juillet 1987	<i>JCP</i> 1989, Éd. E., II, 15601 note J.-H. Robert
Civ. 1^{re}, 15 mars 1988	<i>Défrénois</i> 1988, art. 34309, n° 73, p. 1012, obs. J. Massip. <i>Gaz Pal.</i> 1989. 1. 374
Civ. 1^{re}, 18 avr. 1989	<i>Bull. civ. I</i> , n°150.
Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989	<i>Bull. civ. I</i> , n°292.
Civ. 1^{re}, 6 déc. 1989	<i>Bull. civ. I</i> , n° 380, p. 256.
Civ. 2^e, 28 avril 1993	<i>D.</i> 1995, p. 330.
Civ. 2^e, 29 avr. 1994	<i>D.</i> 1994, 20 ^e cahier, I.R., p. 130.
Crim., 28 sept. 1994	N°92-84302, <i>Bull.crim</i> , 1994, n°308, p. 748, <i>BICC</i> 1994 n° 1199.
Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995	<i>D.</i> 1995, somm., p. 251.
Civ. 1^{re}, 21 févr. 1995	<i>D.</i> 1995, 15 ^e cahier, I.R., p. 97.
Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995	<i>D.</i> 1995, p. 251, note A. Bénabent ; <i>RTD civ.</i> 1995, p. 604, obs. J. Hauser.
Civ. 1^{re}, 21 février 1995	<i>Bull. civ. I</i> , 1995, n° 98, p. 70.

- Civ. 1^{re}, 6 févr. 1996** N°94-13.360, *JOP*, 1996. IV, 730.
D. 1996, 11^e cahier, I.R., p. 71.
- Civ. 1^{re}, 3 juil. 1996** *D.* 1997 jurispr. p. 500 note Ph. Régnié, *Defrénois* 1996 art. 36381 p. 1015 note Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996 p. 903 obs. J. Mestre ; *JOPG* 1997, I, 4015 n°4 et s.
- Com., 22 oct. 1996** Chronopost: *Defrénois* 1997, p. 416 obs. D. Mazeaud ; *D.* 1997, jurispr. p. 121 note A. Sériaux ; *JOP G* 1997, I, 4002 n°1 obs. M. Fabre-Magnan ; *JOP G* 1997, I, 4025 n°17 obs. G. Viney ; *JOPG* 1997, II, 22881 note D. Cohen, *Cont. conc. conso.* 1997, n°24 obs. L. Leveneur.
- Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998** *RTD civ.* 1999, p. 383, obs. J. Mestre.
D. 1998, jurispr., p. 563, concl. Sainte-Rose ; *JOP* 1998, II, 10202, note Malville.
- Civ. 1^{re}, 3 févr. 1999** N°96-11.946.
« *Contrat et obligations, La cause des libéralités entre concubins et les bonnes mœurs* », *D.* 1999, Jurispr. Somm. commentés, n°42, p. 377.
D. 1999, somm., p. 307, obs. GRIMMALDI M., p. 377.
La Lettre de Droit et Patrimoine, n°284 ; AP, 29 oct. 2004, *BICC* n°612 du 1er Févr. 2005, Rapport de M. Bizot et avis de M. Allix, p.7.
- Civ. 1^{re}, 30 mars 1999** *Bull. civ.*, n° 114, p. 74.
- Civ. 1^{re}, 13 avr. 1999** N°97-10.773, *D.* 1999, 19^e cahier, I.R., p. 131.
- Crim., 20 mars 2001** *Bull. crim.* 2001, n° 74. *Dr. Fam.* 2001, comm. 104, note LECUYER H.
- Soc., 15 févr. 2001** *Bull. civ.* V, n° 57 ; *D.* 2002, som. 535, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2001, 563, obs. J. Hauser.
- Ass. Plén., 29 oct. 2004** N°03-11.238, *BICC* n°612, 1^{er} févr. 2005.
- Mixte., 23 nov. 2004** *Gaz Pal.*, 2 déc. 2004, n° 337, p. 11.
- Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004** N°01-17.563.
« Le contrat de courtage matrimonial n'entraîne qu'une obligation de moyens », *RLDC* fév. 2005, n°13, article n°515.12

Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005	N°02-16.915, <i>Gaz Pal.</i> Recueil Mars-Avril 2006, J. du 9 mars 2006, n°68, p. 22.
Civ. 1^{re}, 15 mars 2005	N°02-13.285, <i>Gaz Pal.</i> Recueil Mai-Juin 2005, J. n°123, 3 mai 2005, p. 22.
Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006	<i>Bull.civ.</i> 2006, I, n° 123, p. 113; RJPF, mai 2006, n° 5, p. 16, obs. Anne Leborgne ; <i>Lamy Dt civ</i> , 05/2006, p. 42.
Civ. 2^e, 14 juin 2006	<i>BICC</i> n° 648 du 15 octobre 2006.
Civ. 2^e, 12 juil. 2007	Juris-Data n° 040220.
Civ. 1^{re}, 13 févr. 2007	<i>Cont. Conc. Consum.</i> , 4 avril 2007, 106.
Civ. 1^{re}, 19 juin 2007	<i>Cont. Conc. Consum.</i> , n° 10, 2007, comm. 264, note RAYMOND G.
Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007	<i>Rev. des Notaires</i> n° 31, janv. 2008.
Civ. 1^{re}, 30 oct. 2007	N°05-14-258.
Ass. Plén., 23 nov. 2007	<i>BICC</i> n°678 du 15 mars 2008
Civ. 1^{re}, 12 déc. 2007	Juris-Data n° 041931.
Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008	Jus Luminum n°J539564.
Civ. 2^e ch. Civ., 10 juill. 2008	<i>BICC</i> n°696 du 15 février 2009.
Civ. 1^{re}, 8 juill.2009	Aff. M. Yves F. & Thomas F. c/ Mme H. divorcée de Joël F, pourvoi n° 08-18223.
Civ, 2^e ch. Civ., 8 janv. 2009	<i>BICC</i> n°702 du 15 mai 2009.

- **Cours d'appel :**

Colmar 29 juill. 1806 Nîme, 7 août 1806	Arrêt Bourguadi c/ Erhard, S 1808, 2, 160 S, 1806, 2, 476.
Trèves, 5 févr. 1808	S, 1808, 2, 169 ; <i>Jur. Gén.</i> , v. Mariage, n° 83, p. 179.
Lyon, 18 déc. 1810 et Besançon, 8 mai 1811,	<i>Jur. Gén.</i> , v. Mariage, n° 82.
Colmar, 28 janv. 1812	<i>D. Rep.</i> , v° Mariage, sous n° 83, p. 179.

Amiens, 30 mai 1812	S, 1815, 1, 159.
Toulouse, 16 févr. 1813	aff. Fabarou c/ Danon : <i>D. Rep.</i> , cod., V° Mariage, sous n° 83, note 3.
Colmar, 13 mai 1818	<i>D. Rep.</i> , v° Mariage, sous n° 83, note 3.
Nîmes, 29 nov. 1827	<i>Jur. Gén.</i> , v. Mariage, n° 90 ; <i>D. Rep.</i> , v. Mariage, p. 186, note 2, sous n° 90.
Toulouse, 8 mars 1827	Aff. Regagnon c/ Castex : <i>D. Rep.</i> , cod., V. Mariage, sous n° 83.
Bastia, 3 févr. 1834	<i>Jur. Gén.</i> , v. Mariage, n° 82, p. 178.
Poitiers, 29 mai 1834	S 34. 2. 354.
Gand, 19 juin 1835	<i>D. Rep.</i> , v° Mariage, p. 180.
Montpellier, 11 août 1836	Aff. Lavit c/ Bessière : <i>D. Jur. Gén.</i> , v° Mariage, n° 90, S. 36. 1. 574 ; S. 1839. 2. 177.
Nîmes, 25 janv. 1839	Cour de renvoi dans l'affaire Lavit c/ Bessières, S 1839. 2. 177.
Toulouse, 13 mai 1842	<i>D. Jur. Gén.</i> , eod., v°, n° 89.
Riom, 11 août 1846	<i>D.</i> 1846, 2, 179 ; Paris, 19 janv. 1865 : <i>D.</i> 1865, 2, 22.
Caen, 6 mars 1850	<i>D.</i> 55. 5. 36 ; Douai, 3 déc. 1853 : <i>D.</i> 55. 2. 133 ; S 54. 2. 195.
Bordeaux, 23 nov. 1852	S 1853, II, 246.
C. imp. Aix 23 févr. 1865	S 1867, 2, 228.
C. imp. Metz 20 avr. 1866	Aff. Rouyer c/ Bérault, S 1866, II, 176.
C. imp. Nîmes 2 janv. 1867	S 1867, II, 39.
C. imp. Dijon, 1 déc. 1868	Aff. Leclerc c/ Vellut, S 1869, II, 15.
Paris, 16 déc. 1874	<i>D.</i> 1876, 2, 236.
Orléans, 12 janv. 1893	S 1893. 2. 267.

Dijon, 10 févr. 1892	S 1892, 2, 197.
Dijon, 20 févr. et 27 mai 1892,	S 1892. 2. 197.
Paris, 26 juin 1894	S 1894. 2. 264.
Besançon, 8 mai 1911	<i>D. Jur. Gén.</i> , v° Mariage, n° 82
Lyon, 5 févr. 1913	S 1914. 2. 47. <i>Gaz Pal.</i> , 1913. 1. 473.
Paris, 25 févr. 1921	<i>G. Tr.</i> 1921. 2. 522.
Nancy, 22 déc. 1921	<i>Gaz Pal.</i> 1922, 1, 367.
Paris, 4 juin 1927	<i>Gaz Pal.</i> 1927. 2. 457.
Poitiers, 28 mars 1927	<i>Gaz Pal.</i> 1927, 2, 227.
Poitiers, 29 oct. 1928	<i>D.P.</i> 1929, 2, 19, note. VOIRIN.
Riom, 12 juin 1934	<i>D.H.</i> 1934, 549.
Paris, 11 mai 1957	<i>D.</i> 1957, p. 658-659.
Paris, 8 nov. 1957	<i>D.</i> 1958, p. 45 s.
Paris, 14 déc. 1962	<i>JPG</i> 1963. 2. 13041.
Paris 3 déc. 1976	<i>D.S</i> 1978, 339, note FOULON-PIGANIOL
Angers, 4 févr. 1982	<i>JPG</i> 1982, IV, 362.
Paris, 25 juin 1985	<i>RTD</i> civ. 1989, p. 280 s.
Versailles, 24 mai 1988	<i>D.</i> 1988, inf. rap. P. 124.
Versailles, 13 janv. 1989	<i>D.</i> 1989, 10 ^e cahier, I.R., p. 76.
Paris, 8 déc. 1992	<i>D.</i> 1994, p. 272.
Paris, 7 mai 1993	Juris-Data n° 021332.
Dijon, 22 mars 1996	<i>JPG</i> 1997, II, n° 22774, obs. DOUCHY M., <i>RTD</i> civ. 1996, p. 880, obs. HAUSER J.

Nancy, 29 mai 1996	Juris-Data 1996-044052.
Rennes, 6^e ch., 2 déc. 1996	Juris-Data 1996-049900.
Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 10 mars 1998,	Juris-Data 1998-045595.
Bordeaux, 6^e ch., 14 mai 1998	Juris-Data 1998-047170.
Caen, 3^e ch., 6 mai 1999	Juris-Data 1999-107455.
Paris, 1^{er} déc. 1999	<i>D.</i> 2000, Jurisprudence sommaires commentés, n°40, p. 415-416.
Paris, 1^{er} juil. 1999	<i>D.</i> 2000, somm. p. 411.
Paris, 14 sept. 1999	<i>D.</i> 2000, somm. p. 412.
Paris, 1^{er} déc. 1999	<i>RTD civ.</i> 2000, p. 296, obs. HAUSER J.
Toulouse, 1^{re} ch., 12 juill. 2001,	Juris-Data 2001-162745.
Paris, 25 janv. 2002	Juris-Data 2002-167061.
Douai, 4 mars 2002	<i>Dr. fam.</i> 2002, comm. n° 139, obs. H. Lécuyer.
Aix-en-Provence, 10^e ch., 25 avril 2002,	Juris-Data 2002-184921.
Grenoble, 2^e ch., 21 mai 2002,	Juris-Data 2002-212834.
Dijon, 25 juin 2002	Juris-Data 2002-188886.
Douai, 28 oct. 2002	Juris-Data 2002-209226.
Versailles, 22 nov. 2002	<i>RG.</i> n° 00/03217 « <i>Mariage</i> », <i>Gaz Pal.</i> , 19 juill. 2003, n°200.
Nancy, 23 janv. 2003	Juris-Data 2003-229713.
Montpellier, 25 mars 2003	Juris-Data 2003-216634.
Montpellier, 7 déc. 2004	Juris-Data 2004-266639.
Aix en Provence, 3 mars 2005,	<i>Dr. fam.</i> 2005, n° 11, p. 22.

Riom, 28 sept. 2006,

Juris-Data n°2006-314464, *JCPG*, n°20, 16 mai 2007, IV 2050.

Douai, 17 nov. 2008

Dr. Fam., 2008, comm. 167.

• Tribunaux :

Trib. Civ. de Seine, 10 mai 1932 *D.H.* 1932, 390

Trib. de Paix, Puy Laurens, 7 mai 1929, *Gaz Pal.* 1929. 2. 275.

Trib. Civ. d'Auxerre, 6 juil. 1922 *G. Tr.* 1923. 2. 44.

Trib. Civ. de Toulouse, 1 févr. 1912 *G. Tr.*, 7 août 1912.

Trib. Civ. d'Aurillac, 21 févr. 1912 *Le droit*, 23 avr. 1912.

Trib. Civ. de Seine, 3 février 1907 *DH*1927, 160 S.

TGI Dieppe 13 juin 1974 *D.*1975, 71, 1^{ère} espèce, note D. Huet-Weiller; *JCP* 1974, IV, 6470, p. 421, note J.A.

TGI Bordeaux, 4^e Ch. Civ., 20 mars 1975, *Gaz Pal.*, 2^e sem., journal du 29 nov. 1975, p. 780.

TGI Nanterre, 16 juill. 1975 *Gaz Pal.*, journal du 29 nov. 1975, p. 779.

TI Chartres, 12 oct. 1976 *D.* 1977, Somm. p. 127

TI Douai, 7 juill. 1982 *D.* 1982, I.R. p. 491.

TI Dijon, 20 janv. 1983 « *Contrat et obligations – Cause – Cause immorale ou illicite – Agences matrimoniales – Licéité des contrats – Honoraires – conditions* », *Gaz Pal.* 1984 (1^{er} sem.), p. 186.

TI Dijon, 20 janv. 1983 *Gaz Pal.*, 1981-1, somm. 186. Cité par FEUERBACH-STEINLE (Marie-France), dans « Le courtage matrimonial », *LPA* 27 juil. 1994, n° 89.

TI Dijon, 20 janvier 1983 *Gaz Pal.*, 1983. 1, Somm., 186.

- **JURISPRUDENCES ISRAËLIENNE ET RABBINIQUE**

• **Haute Cour Israélienne**

HC4 mars 1955 Atia v. Barda JP 9 1205 421/54. P.445. 1955

HC 19 février 1960 Hadad v Mesilati JP 14 313 383/58 1959

HC12 juillet 1960 Ploni v Almonim 388/58 JP 14 1681. 1958

HC11 janvier 1960 Alsparna v Ploni 13/60

HC19 janv. 1960 Balben v Balben 313/59 JP 14 285.

HC19 mars 1961 Spornes v. Halver 786/55 JP 27 P. 270.

HC22 octobre 62 Bashari v Levi 242/62 JP 15 (1) 2737. 1962

HC29 janvier 1962 Etat d'Israël v. Pasler JP 15 102.384/61

HC15 mai 1963 Rizenfeld v. Jacobson JP 17 (1) 1009 337/62. 1963.

HC22 février 1965 Aboutboul v. Kliger JP 19 (1) 440 360/64. 1964

HC6 avril 1965 Timsit v Fhima JP 19 (4)129. 461/64 1965

HC7 mars 1966 Badash v Sadé 74/65 JP 20(1)617. 1966

HC10 juillet 1966 Yagar v Plavitz 563/65 JP 20 (3) 244.

HC19 juin 1967 Marom v Marom 401/66 JP 21(1)673.

HC27 novembre 1968 Halati v uzan 405/68 22(2) 1003

HC19 avril 1970 Nathan v Abdallah 609/68 JP 24(1)455.

HC4 juin 1971 Perez v Helmuth 469/70 JP 25 (2)35.

HC31 juillet 1973 Gnaim v. Gnaim 173/72 JP 26 (1) 414 p. 420.1972

HC5 septembre 1974 Shaked v Zilberferb JP 29(1)151.

HC 18 novembre 1975 Ploni v. Plonit 386/74 JP 30 (1) 383.

HC2 septembre 1976 Nahmani v Nahmani 5587/93

HC14 septembre 1976 Ron v Hazan 473/75 JP 31(1)40.

HC14 septembre 1976 Ploni v Plonit 473/75 31 (1) 40

HC18 septembre 1977 Lopaz v Shoshani 865/76. JP 31 (3) P. 751.

HC27 septembre 1976 Haik v. Safia 116/75 JP 31 (1) 90.

HC19 octobre 1976 Lockman v. Shif 308/74 JP 1977 (2) 480.

HC2 Janvier 1978 Dadon v Abraham 166/77 JP 33 (3) 365.

HC9 mai 1978 Plonit v Ploniot 545/77

HC3 septembre 1981 Sassi v Kikaon 403/80 36 (1) 762

HC4 février 1982 Novich v Libobich 260/80 36 (1) 537 1982

HC18 avril 1982 Beit Youlis v Raviv moshe 22/82 JP 43(1) P.441. 1983

HC 6 mars 1983 Versano v. Cohen 805/82 37(1)529.1983

HC16 février 1984 Shahar v Fridman 52/80 38 (1) 443

HC25 février 1991 Gargevski v. Premier ministre 1635/90 JP 45 (1) 749, 838.1990

HC17 octobre 1991 Tokan v Alanshabi 380/88 JP 45(5) p. 410. 1989

HC Skornik v Skornik 51/191 JP 8. 141. 1992

HC30 mars 1992 Shiperberg v. Avtalion du 647/89.

HC30 mai 1993 Triki v. Maman 416/91 JP 47 (2) 659

HC28 septembre 1994 Ganz v Kats 4839/92 JP 48 (4) 1994

HC Karni v Hadjaj 54611/93 97 (3) 3252

HC31 decembre 1994 Elasi v Hakak 69345/94 1996

HC30 novembre 1994 El-Al v. Danielovich. 721/94 Hamishpat Vol. 7.195.

HC Shiti v Hori 348/96 JP 97 (1) P. 890 1997

HC22 Novembre 2000 Katz v Katz 233/98

HC 27 février 2001 Bank Mizrahi Ltd v. Maitre Yossef Lilof 7302/96 55 (3)200. 206-207
2001

HC17 février 2002 Kal Binyan Ltd. V La ville de Raanana 6370/00 56 (3) 289 2002

HC18 septembre 2002 Ben Haroush v. Susan 118/02

HC21 octobre 2002 Yurist v Rahamanov 65325/99 Nevo

HC14 juillet 2004 Plonit v. Ploni 5258/98 JP 58 (6) 209

HC8 novembre 2004 Bank Leumi v Ltd v Hazan 898/03

HC15 février 2006 Kardosh v Kardosh 419/45

HC11 mai 2006 Migdalei Yerakot, Kibutz Orim v Etat d'Israel 2045/05 2006(2) 1681

HC25 juillet 2006 Nagar v Etat d'Israël 5988/06

HC01 août 2006 Aprofim v L'état d'Israël 4628/93

HC19 juillet 2009 Karmi v. Gabay 7156/06.

- Tribunaux

Trib.Reg. 1943 129/42 P.LR (Palestinian Law Review) v. 9 p. 707

Trib. Rab.1952 Ploni v Almoni 4376 vol 1 Yashar 530

Trib. Rab.1953 Ploni v Almoni 4553 vol 1 Yashar 531

Trib. Rab.1955 Shneider v Glik 216/54 JP 9 1331, 1335.

Trib.Special 28 juillet 1954 Sidis v. Sidis JP 12 1/55 P. 1137-1140

Trib. Reg. 15 octobre 1954 Tel-Aviv Barghuiz v Zilver 1279/54 JP 10 380.

Trib. Reg. 19 mars 1961 Tel-Aviv Sporms v Halver 786/55 26

Trib. Rab. 22 octobre 1962 242/62 JP 15 2737.

Trib. Reg. 1963 Beer Sheba. Ben Harosh v. Hazan 2068/62 JP 46 150. 1963

Trib. Reg. 1966 Boukris v Ben-Haim du 1055/65 JP 59 263.

Grand Tribunal de Justice (BAGATZ) 10 avril 1980 Katlan v Service de prison 355/ 79 JP 34 (3) 294

Trib. Rab. 1989 Koterman v Keren Torah 685/ 88 4, p. 602.

Trib.de Police 18 janvier 2000 Ashdod Luzon & Ote c. Doulev-Harela LTD 1137/ 99

Trib. de Police. 18 janvier 2000 Nahariya.Aldin v Amar 2209/ 98

Trib.Reg. 15 avril 2004 Jérusalem Ayalon v Abey 5487/ 03;

Trib. de Police 15 avril 2004 Jérusalem Ayalon v. Ayalon, 005487/ 03

Trib. de Police 25 avril 2004 Haifa Eliezer v Keren

Trib. de Police. 25 avril 2004 Haifa. Shiri v Ofer 10273/ 01

Trib. Reg. 24 aout 2004 Reg. Revivo v Kaspi 40553/ 99. 2000

Trib de Police 24 aout 2004.Tel-Aviv. Anonyme v Anonyme 40553/ 99

Trib. Rab.19 Mai 2005. Haifa Psad din Rabbanim.Vol.3.P.57-64

Trib.Reg. 30 aout 2005 Hadera. Safra v Grosberg 3319/ 02

Trib. Reg. 2006 Kafta v Abraham JP 2005 (1) 8091.

Trib. de Police. 06 février 2006 Jérusalem. Alias Jv Alias N. 003759/ 08.

Trib.Reg. 6 aout 2006 Tel-Aviv Ginat v Bena et Mashan 011468/ 05

Trib.Famille. 20 septembre 2006 Hadera. PGTZ v DMTZ 001940/ 05

Trib. de Police 11 juillet 2007 Tel-Aviv. Drori v. Tsfadia 026477/ 05

Trib. Famille 24 aout 2007 Tel-Aviv P. v P.

Trib. Famille. 2008 Beersheba.Plonit v Almoni 19680/ 07.

Trib de Police Beersheba. 2010 Taieb v. Asoulin.1066/ 09

Trib. Reg. 16 mai 2010 Rehovot. Zabari v Arazi 31810/ 01-010

Trib.Reg. 16 décembre 2010 Haifa. Rot v Sar 6619-01-10

Trib. Famille 31 janvier 2010 Tel-Aviv Mahmid v Mahmid 05-3730

Trib. de Police. 28 février 2010 Tel-Aviv/ Yafo Kehila v Hilo 16700-08.

Trib.Reg. 19 juillet 2010 Jérusalem. Etat d'Israël v Kashour 561/ 08.

Trib. de Police. 29 mai 2011 Jérusalem. 1T v 1K22167/ 08

Trib.Reg. 21 septembre 2011 Tel-aviv .Plonit v Ploni 1165/ 09.

- **JURISPRUDENCE ANGLAISE / Halsbury Law.2nd Ed**

Armony v. Delamiril 1 Str. 505 1721

Court of Appeal Hermann v. Charlesworth. 1905 2K 123.

Jefferson v Paskell 1916, 1 K B, 70

Jacobs v. Davis, 1917, 2 KB, 532

Balfour v Balfour 1919 2 K B. 571

Rose and Frank CO V. Crompton etc. 1923, 2 K B 261

Parks v.Marshall 1929 322 Mo. 218, 14 S.W. 2d 590

Newton v. Hardy 1933 149 LT. 165

Sacks v. Miklos All ER. 67 1948

Best v. Samuel 1950 2 All ER. 938 798

Shaw v. Shaw 1954 2Q.B. 429

Bevan v Bevan 1955 2 AELR

Kremezi v. Ridgway 1 All ER. 1979

Frost v. Knight LR. 7 Ex III 1982

- TEXTES SPECIFIQUES DE DROIT FRANÇAIS/ UE

1140-1150 :

Décret Gratien, Dictum sur canon, 2^e partie, 27^e canon, 2^e question.

Décrétales de Grégoire IX, X, IV, 2, 4 et 5 (*Liber Extra*).

1579 : Ordonnance de Blois, dans Isambert. Ordc., tome 14, pp. 391-392.

1639: Déclaration du 26 novembre 1639, dans Isambert, Ordc., tome 16, pp. 520-524.

1789 : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789 : www.assemblee-nationale.fr

1791: Constitution du 3 septembre 1791

1917 : Code de Droit canonique (1983)

1959 : Loi n°59-1583 du 31 déc. 1959 art. 23, JO. 8 janvier 1959.

1973 : Loi n°73-1193 du 27 déc. 1973. Loi dite « Loi Royer », J.O. du 30 décembre 1973.

1985 : Directive n°85/577/CEE, 20 déc. 1985, JOCE n° 372, 31 déc. 1985, p. 31.

1988 : Loi n°88-21 du 6 janv. 1988 Loi relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de « télé-achat », J.O. du 7 janv. 1988, Éd. G, E.

Recommandation 87-02, JO. Déb. Ass Nat. C.R., 26 nov. 1988, p. 2790-2 et 2809-1.

1989 : Loi n°89-421 du 23 juin 1989, modifié par Loi n°92-1336 du 16 déc. 1992, JO. 23 déc. 1992, en vigueur le 1^{er} mars 1994 (article 6). Loi relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, J.O. 29 juin 1983 ; JCP G 1989, III, 62881.

1990 : Décret n°90-422 du 16 mai 1990 portant application, en ce qui concerne les offres de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989.

1992 : Loi n°92-645 du 13 juill. 1992, loi fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyage ou de séjours, JO. 14 juill. 1992, Éd. G, E.

2004 : Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

- TEXTES DE DROIT ISRAËLIEN ET DROIT RABBINIQUE

BIBLE du Rabbinate français. Ed. Colbo.1902 (Traduction française du Grand Rabbin Zadoc KAHN)

CHOUHAN AROUKH (Recueil des lois rabbiniques.), Rabbi Yossef CARO, éd. Yohanan Lévi et fils, Amsterdam, 1802. Quatre volumes :

- **Vol.1. Orah Hayim** ☞ Règles relatives aux prières, aux bénédictions, Chabat et fêtes etc.
- **Vol.2. Yoré Déa** ☞ Lois de cacherout
- **Vol.3. Even Haézer** ☞ Lois matrimoniales (sur le mariage, le divorce et sujets afférents)
- **Vol. 4. Hoshen Michpat** ☞ Code civil (lois sur la finance, les responsabilités financières, les préjudices financiers).

JURISPRUDENCE du XVIe siècle: RIKANTI (Rabbi Menahem RIKANTI), p. 495.

ENCYCLOPÉDIE TALMUDIQUE Vol. 7. P. 180. Vol.3.P.46

ENCYCLOPÉDIE SUR LA HALAKHA "Otzar Dinim Veminhagim". Eizenstein Y-D. Ed. Shilo. Israël. 1975

RAMBAM. "Halhot Ishout" ch.3 Loi 22. ; ch.4 Loi 1

RAMBAM. Loi de vente ch. 15. Loi. 3-5.

RESPONSA de HARAMA (Rabbi Moshe Isserlis 1525-1573)

RESPONSA de HAROCH (Rabbi Acher ben Yehiel 1270-1343). Vilna. 1802

RESPONSA HARIBACH (Rabbin Izaac Bar Sheshet 1326-1408)

RESPONSA MAHARI VIL (Jacob Ben Juda WEIL XVe s) :

www.responso.co.il/searchg/page10.aspx

RESPONSA de MAHARIK (Rabbi yossef Colon 1420-1480). Nouvelle Ed. Jérusalem 1984

RESPONSA MINHAT YTSHAK (Rabbi Ytchak Stalman 1897-1980).New York, 1957 Ch.8.Loi 131

RESPONSA DE MAHARAM (Rabbi Meir de ROTHENBURG 1215-1293) : Numéros : 573, 927, 931, 932

RESPONSA De MAHARAL DE PRAGUE (Rabbi Yeouda Loew ben Bezalel 1512-1609)

RESPONSA Panim Meiros (Meir Eizenshtat). Ed. Zitmir. Vol.2.Lvov, 1899. 63

TALMUD BABYLONIEN. Vilna.Ed. De la veuve Reem. 1884

TALMUD. Baba Kama.

TALMUD.Baba Matsia .

TALMUD. Guitin.

TALMUD. Kiddoushin

TALMUD. Yebamot.

1948 : Loi fondamentale : Droits et Libertés de l'Homme

1953 : Loi relative à la compétence des tribunaux rabbiniques 1953

1968 : Loi fondamentale. Donation.1968. Rev.Hapraklit.vol.24.P.496

1968 : Loi relative à la responsabilité délictuelle en droit israélien 1968.(Nouvelle Codification)

1995 : Loi du tribunal 1995 en matière de la famille

1970 : Code des Contrats israélien 1970

-à"i ùú ,(äæç úøä à ùá úãäú) í éäç ä ÷äç 1970, www.moital.gov.il

1973: Code des contrats israéliens 1973

1979 : Loi relative a l'enrichissement sans cause 1979 : www.patentim.com

1980 : Loi fondamentale relative au recours du droit rabbinique en cas de lacune au droit israélien www.constitution.org.il

1992,1997 : Loi fondamentale sur la liberté de profession en droit israélien de 1992 modifiée en 1997 : www.constitution.org.il

- TEXTE DE LOI ANGLAIS

Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970. Ch.33 Sec. 1: www.legislation.gov.uk

- ENTRETIENS

- 10 mars 2008 : Rencontre à Jérusalem de Monsieur **VERHAFTING Itamar**, Rabbin, Professeur de droit rabbinique à l'Université de Bar-Ilan et à l'Université Hébraïque de Jérusalem.

- **11 mars 2009** : Rencontre à l'Université Bar-Ilan, à Tel-Aviv, avec Monsieur **LIFSHITS Shahar**, Professeur de droit Rabbiniq ue et Israélien de l'Université.

- **25 novembre 2009** : Rencontré à l'Université de Bar-Ilan, à Tel-Aviv, avec Monsieur **BRAND Ytchak**, Rabbin et Professeur de droit rabbinique de l'Université.

- **14 janvier 2010** : Rencontre au Tribunal avec Monsieur **DAYAN Raphael**, Rabbin au Consistoire de Jérusalem.

- **15 janvier 2010** :

- Rencontre au Tribunal à Jérusalem avec Monsieur **GOLDBERG Yossef**, Rabbin, Juge de Tribunal Rabbiniq ue de Jérusalem. Auteur du livre « *le droit relatif aux courtiers : lois de courtage matrimonial* » (v.Bibl.).
- Rencontre à Jérusalem au cabinet de Monsieur **YAACOVI Shimon**, Conseiller Juridique près du Tribunal Rabbiniq ue de Jérusalem.

- **24 janvier 2010** : Rencontre, à Ville Neve Daniel (Israël), avec Monsieur **BAS David**, Rabbin, juge de tribunal rabbinique. Auteur de l'ouvrage « *Les contrats en droit rabbinique* ».

- **5 août 2010** : Rencontre à Tel-Aviv avec Monsieur **GOLAN Shlomi**, Avocat et Notaire, droit israélien.

- **27 janvier 2011** : Rencontre, à Tel-Aviv, avec Madame **AMRAM Helena**, Propriétaire de la plus ancienne et grande agence matrimoniale en Israël, auteur de la proposition de loi en matière de courtage matrimonial a la Knesset en 1994.

- **Septembre 2011** : Plusieurs rencontres à la Synagogue de Paris X- Saint-Martin avec Monsieur **TOBALI Shmuel**, Rabbin de la Synagogue.

- **20 octobre 2011** : Rencontre à l'Institut Talmudique de Paris (49 rue Petit 75019) avec Monsieur **NISENBAUM Chaim**, Rabbin, diplômé Science-Po.

- **CORRESPONDANCE ELECTRONIQUE/ INTERNET**

- **12 novembre 2008** : Correspondance électronique avec Madame **GAVIZON Ruth**, Professeur de droit a l'Université Hébraïque de Jérusalem et auteur de divers articles relatifs a la promesse de mariage en droit israélien et droit rabbinique.

- **17 novembre 2008** : Correspondance électronique avec Monsieur **SHIFMAN Pinhas**, Professeur de droit Rabbiniq ue et israélien a l'Université Hébraïque de Jérusalem et important auteur d'une importante étude universitaire sur la promesse de mariage (voir Bibliographie).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

(p.8 - p.20)

TITRE I : L'empreinte des traditions dans l'esprit des lois

(p.21-p.169)

Chapitre 1 : Le courtage matrimonial, entre religion et commerce

(p.23-p.74)

Section 1 : Une institution religieuse et sociale fondamentale

(p.24-p.47)

Sous section 1 : Le courtage matrimonial, gardien des valeurs juives

(p.25-p.42)

1. Une fonction traditionnelle primordiale

(p.25-p.36)

a- Apparue dès les débuts du peuple juif

b- Une place primordiale dans la communauté

c- Un regain d'intérêt

2. Une exigence absolue pour la communauté juive orthodoxe

(p.37-p.40)

3. Le courtage matrimonial obligatoire

(p.40-p.42)

Sous section 2 : Vers une loi relative au courtage matrimonial en droit israélien ? (p.42-p.47)

1. L'absence de règles spécifiques

(p.43)

2. La nécessité d'une loi sur le courtage matrimonial

(p.43-p.47)

Section 2 : Une activité mercantile plutôt suspecte en droit français (p.47-p.74)

Sous section 1 : L'héritage de la tradition: du culte domestique à l'immoralité (p.47-p.56)

1. Une profession contribuant à la perpétuité du culte domestique en droit grec

(p.48-p.49)

2. Une profession licite rehaussant la dignité du mariage en droit romain (p.49-p.51)

3. Une profession immorale en ancien droit français

(p.51-p.56)

Sous section 2 : La lente maturation de la reconnaissance: de la condamnation à la consécration

(p.56-p.70)

1. L'apparition des agences matrimoniales

(p.56-p.61)

2. L'hostilité de principe de la jurisprudence

(p.62-p.63)

3. L'impasse de la jurisprudence

(p.63-p.64)

- 4. **Le revirement de 1944** (p.64-p.65)
- 5. **La qualification de l'activité commerciale** (p.65-p.70)
- Sous section 3 : D'un contrat innomé à un contrat de consommation** (p.70-p.74)
- 1. **Mandat ou louage d'ouvrage ?** (p.71-p.72)
- 2. **Un contrat de consommation** (p.72-p.74)

Chapitre 2 : La promesse de mariage: entre sacralisation et désacralisation (p.74-p.169)

Section 1 : Un acte religieux dans une société laïque (p.75-p.130)

Sous section 1 : Un préliminaire au mariage religieux pour les Hébreux (p.75-p.106)

- 1. **Le premier acte générateur du lien conjugal** (p.75-p.88)
 - a- Les Kiddoushin/Eroussin : première étape du mariage en deux étapes
 - 1) *La sanctification*
 - 2) *Le mohar*
 - 3) *Le Kiddoush*
 - 4) *Les Nissouin : la deuxième étape*
 - b- Les Shiddoukhim : apparition du mariage en trois étapes
 - 1) *Les Shiddoukhim : le premier lien*
 - 2) *Les Tenaim*
 - c- Les Kiddoushin et Nissouin : Une seule célébration
 - 1) *Les Kiddoushin/Erousin et Nissouin : unification*
 - 2) *Une célébration unique*
 - 3) *Un mariage en deux étapes*
- 2. **Un pré requis au mariage quasi obligatoire** (p.88-p.91)
- 3. **Les effets de la rupture : une responsabilité contractuelle** (p.91-p.106)
 - a- Les effets personnels
 - 1) *La preuve*
 - 2) *Le préjudice*
 - 3) *Le fait générateur*
 - b- Les effets patrimoniaux
 - 1) *La restitution des cadeaux*
 - 2) *Le cas du décès du ou de la fiancé(e) : effets à l'égard des tiers*

Sous section 2 : La nécessaire coordination des droits dans l'Etat d'Israël (p.106-p.116)

- 1. **L'héritage du droit britannique (1917-1948)** (p.107-p.111)
 - a- L'absence de formalités
 - b- La promesse synallagmatique
 - c- La nature civile de la promesse de mariage
 - d- La déclaration warranty
 - e- Les demandes de la victime
 - 1) *La restitution*

- 2) *Le "special damage"*
- 3) *Le "general damage"*
- f- Les causes d'exonérations
- 2. **La prévalence des préceptes religieux (1948-1980)** (p.111)
- 3. **Emergence d'une jurisprudence laïcisante à l'époque contemporaine** (p.112-p.116)
- a- Le processus social
- b- Le processus juridique

Sous section 3 : La neutralité du droit de l'Etat français (p.116-p.130)

- 1. **Les fiançailles, actes créateur du lien matrimonial** (p.116-p.124)
- a- L'héritage des droits antiques: un acte d'initiation juridiquement sanctionné
- b- Le droit canonique classique: les fiançailles, expression du consentement
- 2. **L'introduction de la faculté de rupture par le droit gallican** (p.124-p.126)
- 3. **Un contrat régi par le droit commun du Code civil** (p.126-p.130)
- a- La consécration du mariage-contrat par la Révolution
- b- L'assimilation de la rupture des fiançailles à l'inexécution du contrat

Section 2 : L'ambivalence de la laïcisation juridique (p.130-p.158)

Sous section 1 : Un droit rabbinique confronté à l'individualisme contemporain (p.130-p.133)

Sous section 2 : Un droit israélien confronté à la nouvelle conception du mariage (p.134-p.158)

- 1. **La fin du contrat sentimental** (p.134-p.136)
- 2. **L'aggiornamento de la responsabilité pour cause de rupture** (p.136-p.158)
- a- Les effets personnels
 - 1) *La preuve*
 - 2) *Le préjudice*
 - 3) *Le fait générateur*
- c- Les effets patrimoniaux
 - 1) *La restitution des cadeaux*
 - 2) *Le cas du décès du ou de la fiancé(e) : effets à l'égard des tiers*

Sous section 3 : Un droit français confronté à la liberté illimitée du mariage (p.158-p.169)

- 1. **"La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui"**
(article 4 DDHC) (p.159-p.164)
- a- De 1838-1901 : la reconnaissance de la nullité de l'acte
- b- 1901 à la fin du XXe siècle : l'application de la théorie de la faute dommageable
- 2. **"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" (article 1382 Cciv)** (p.164-p.169)

TITRE 2 : L'infléchissement des droits par l'évolution des mœurs ?

(p.170-p.346)

Chapitre 1 : Le courtage matrimonial, entre droit commun et règles dérogatoires

(p.172-p.261)

Section 1 : Un contrat ordinaire en droits rabbinique et israélien

(p.173-p.229)

Sous section 1 : Un contrat de droit commun en droit rabbinique

(p.173-p.199)

1. L'empreinte des règles traditionnelles dans la formation du contrat

(p.174-p.183)

a- Les conditions de forme

- 1) *Le serment*
- 2) *La clause pénale*
- 3) *La compétence d'attribution*

b- Les conditions de fond

- 1) *L'exigence d'un consentement libre et éclairé*
- 2) *La nécessité de conditions réalisables*
- 3) *L'absence d'exécution forcée*

2. L'empreinte des règles traditionnelles dans l'économie du contrat

(p.183-p.199)

a- La détermination d'un prix raisonnable

- 1) *Les règles d'équité et de prix raisonnable*
- 2) *Les limites*
- 3) *La détermination de la rémunération*

b- L'obligation de trouver l'époux(se)

c- L'obligation d'information de résultat ?

Sous section 2 : Un contrat à caractère commercial en droit israélien

(p.200-p.229)

1. La liberté contractuelle

(p.202-p.223)

a- La liberté contractuelle dans la formation du contrat

- 1) *Les conditions de fond du droit commun*
 - 1.1) *Un consentement valable*
 - 1.2) *La capacité à contracter*
 - 1.3) *L'objet et la cause*
- 2) *Les conditions de forme du droit commun*

b- La liberté contractuelle dans l'économie du contrat

- 1) *Une liberté de contenu*
- 2) *Un contrat complété selon les usages*
- 3) *Une condition suspensive possible*
- 4) *Une date déterminée ou déterminable*
- 5) *Une obligation de paiement*
- 6) *Une détermination contractuelle ou automatique du lieu d'exécution*

2. Le principe de bonne foi

(p.223-p.229)

- a- La bonne foi du courtier
- b- La bonne foi du client

Section 2 : Un contrat extraordinaire en droit français (p.230-p.261)

Sous section 1 : Des règles de droit commun insuffisantes (p.230-p.236)

1. **Un consentement valable** (p.231)
2. **La capacité à contracter** (p.231-p.232)
3. **L'objet** (p.232-p.233)
4. **La cause** (p.234-p.236)

Sous section 2 : Des règles dérocatives complémentaires (p.237-p.261)

1. **Des mentions obligatoires strictement encadrées** (p.237-p.243)
 - a- Les conditions de forme
 - b- Les conditions de fond
2. **Une publicité encadrée** (p.243-p.246)
 - a- La protection du consommateur contre les publicités mensongères
 - b- La responsabilité du professionnel
3. **Des rapports contractuels spécifiques** (p.246-p.257)
 - a- Les exigences fondées sur la morale
 - 1) *L'obligation de prix juste*
 - 2) *L'obligation de permettre un rapprochement entre deux personnes*
 - b- Les impératifs de la liberté
 - 1) *Les obligations d'information et de conseil: obligations de moyen*
 - 2) *Le droit de rétractation du client*
4. **Des sanctions sévères** (p.257-p.261)
 - a- Les sanctions civiles
 - b- Les sanctions pénales

Chapitre 2 : La promesse de mariage, entre bonnes mœurs et libéralisation des mœurs (p.261-p.346)

Section 1 : Un instrument de l'ordre moral pour le droit israélien (p.262-p.286)

Sous section 1 : De la sanction d'une "séduction masculine" à la réparation d'un "cœur brisé" (p.263-p.273)

1. **La fin d'un archétype: la femme séduite** (p.263-p.266)
2. **Une indemnité subordonnée à la conduite** (p.266-p.268)
3. **Réparation ou sanction ?** (p.269)
4. **Un pouvoir judiciaire ...censorial** (p.270-p.271)
5. **La reconnaissance de l'homme victime au nom de l'égalité** (p.271-p.273)

- Sous section 2 : La désuétude d'un instrument de l'ordre moral** (p.274-p.286)
1. **Une manifestation de la sollicitude du juge pour la fille-mère** (p.274-p.278)
 2. **L'effacement progressif de l'ordre moral par la vérité biologique** (p.279-p.286)

Section 2 : Une entrave à la liberté matrimoniale ? (p.286-p.346)

Sous section 1 : Une tradition vivante en droit rabbinique: les shidoukchim (p.288-p.298)

1. **Un rite essentiel** (p.288-p.289)
2. **La compétence des tribunaux rabbiniques limitée** (p.289-p.290)
3. **Les conditions de validité** (p.290-p.298)
 - a- Les conditions de forme
 - 1) *Un acte écrit devant témoins*
 - 2) *Le Kynyan : Transfert de propriété ou troc*
 - 3) *Un serment*
 - b- Les conditions de fond
 - 1) *L'indication des lois applicables*
 - 2) *La clause pénale*
 - 3) *Les engagements financiers des parents*

Sous section 2 : La réponse tranchée du droit israélien: Pacta sunt servanda (p.298-p.330)

1. **Un contrat "spécial" de droit commun** (p.299-p.309)
 - a- Un contrat de droit commun à caractère spécial
 - b- Les conditions de validité
 - 1) *Les conditions de forme : contrat écrit ou oral*
 - 2) *Les conditions de fond*
2. **Le statut de la promesse de mariage contesté** (p.310-p.319)
 - a- Le statut contractuel contesté par la doctrine
 - b- Une hostilité croissante des tribunaux
2. **L'arrêt Plonit vs Ploni : un surprenant renforcement du statut contractuel de la promesse de mariage** (p.319-p.330)
 - a- Un statut contractuel réaffirmé
 - b- La priorité de la promesse de mariage en cas de promettant déjà marié
 - c- Les indemnités post-promesse
 - d- Les suites de l'arrêt Plonit : vues sur la jurisprudence actuelle

Sous-section 3 : Le dilemme du droit français: sauvegarde de la liberté ou protection de la victime ? (p.330-p.340)

1. **Les fiançailles : promesse synallagmatique de contrat** (p.330-p.334)
 - a- Un avant-contrat
 - b- L'avant-contrat égal contrat
 - c- Un contrat provisoire
2. **Les fiançailles : contrat amputé** (p.334-p.336)
3. **Quelles perspectives pour le droit français ?** (p.336-p.340)

CONCLUSION

(p.340-p.345)

ANNEXES

Annexe 1

(p.347-p.372)

I- Vademecum sur les systèmes de droit rabbinique et israélien

(p.347-p.365)

Section 1 : Les origines des systèmes juridiques

(p.348-p.362)

Sous Section 1 : Le droit rabbinique : un droit religieux

(p.348-p.357)

1. Le judaïsme pharisien

(p.349)

2. Le Tanakh

(p.349-p.353)

a- La partie légale et rituelle : Torah shebikhtav

b- Les parties historiques, folkloriques et religieuses

1) *Les Nevi'im*

2) *Les Ketouvim*

3. Le Talmud

(p.354-p.357)

a- Les versions du Talmud

1) *Le Talmud de Jérusalem*

2) *Le Talmud de Babylone*

b- La Mishna

c- La Guemara

Sous Section 2 : Le droit israélien : un droit mixte

(p.357-p.362)

1. Les sources

(p.357-p.361)

a- Le droit Ottoman

b- Le common Law Britannique

c- Le droit juif traditionnel

1) *Les questions de statut personnel*

2) *Les nouveaux projets de lois*

3) *En cas de lacune juridique*

4) *Le droit hébraïque, une tentative avortée*

5) La législation de la Knesset

2. Un système juridique mixte

(p.361-p.362)

Section 2 : Les systèmes judiciaires

(p.362-p.365)

Sous Section 1 : Le système rabbinique

(p.363)

Sous Section 2 : Le système israélien

(p.363-p.365)

II- Glossaire sommaire de droit rabbinique (p.365-p.373)

Annexe 2 (p.373-p.376)

Contrat de courtage matrimonial israélien de 1958 (Original et traduction)

Annexe 3 (p.377-p.379)

Contrat de courtage matrimonial israélien de 2010 (Original et traduction)

Annexe 4 (p.380-p.381)

Contrat de courtage matrimonial en droit français

Annexe 5 (p.382-p.387)

Proposition de Loi en droit israélien en matière de "Courtage Matrimonial" (Original et traduction)

Annexe 6 (p.388-p.390)

Contrat des tenaïm (promesse de mariage en droit rabbinique) (Traduction et original)

Annexe 7 (p.391-p.392)

Tableaux explicatifs de l'évolution de l'appellation des fiançailles en droit rabbinique

BIBLIOGRAPHIE (p.393-p.440)