



**ASPECTS NOUVEAUX  
DU FORMALISME  
DANS LES CONTRATS CIVILS**

ETUDE COMPARATIVE

PAR

**Dr. FATHI ABDELRAHIM ABDALLA**

*Professeur adjoint à la faculté de droit du Caire*

---

Le Caire 1974

Publication de l'Université du Caire à Khartoum

---



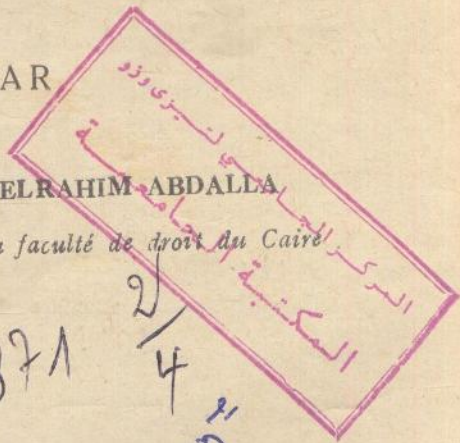
**ASPECTS NOUVEAUX  
DU FORMALISME  
DANS LES CONTRATS CIVILS**

ETUDE COMPARATIVE

PAR

Dr. FATHI ABDELRAHIM ABDALLA

*Professeur adjoint à la faculté de droit du Caire*



9871

2/4

Dr 436 (12)

Le Caire 1974

Publication de l'Université du Caire à Khartoum

## TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
AVANT PROPOS . . . . .	3
INTRODUCTION . . . . .	6

### PREMIERE PARTIE

SCHEMA DE BASE DU FORMALISME DANS SON ETAT CLASSIQUE.	15
--	----

TITRE 1—Aperçu sur l'histoire et la structure des systèmes envisagés. . . . .	17
--	----

CHAPITRE 1—Le formalisme en droit romain et son évo- lution en droit français . . . . .	23
--	----

<i>Section I</i> —Le formalisme dans les différents phases de la législation romaine. . . . .	28
--	----

§ 1—Procédés techniques du formalisme . . . . .	29
---	----

1—Les mots . . . . .	29
----------------------	----

2—Actions et signes . . . . .	31
-------------------------------	----

3—L'intervention des tiers . . . . .	33
--------------------------------------	----

§ 2—Origine du contrat formel et son évolution . . . . .	33
--	----

§ 3—Apparition du nexum . . . . .	36
-----------------------------------	----

§ 4—Des contrats qui se forment re. . . . .	37
---	----

§ 5—La stipulation (stipulatio). . . . .	38
--	----

§ 6—Le contrat litteris . . . . .	41
-----------------------------------	----

	<i>Pages</i>
§ 7—La loi de concordance entre les modes d'extinction et de création du droit . . . . .	48
<i>Section II</i> —L'évolution de la formes en droit français . . . . .	52
§ 1—Période du retour aux formes symboliques, L'insuffisance du consentement pour obliger à l'époque franque.	54
§ 2—Période de transformation. . . . .	58
CHAPITRE II—La genèse de la forme en droit anglais et sa transformation . . . . .	65
<i>Section I</i> —Caractères et traits distinctifs du droit anglais . . . . .	66
<i>Section II</i> —La racine du contrat et sa forme . . . . .	74
<i>Section III</i> —Action of debt . . . . .	76
<i>Section IV</i> —Action of Covenant . . . . .	82
<i>Section V</i> —Développement de l'assumpsit . . . . .	86
§ 1—Trespass on the case . . . . .	87
§ 2—Deceit on the case . . . . .	90
§ 3—Debt et assumpsit . . . . .	93
CHAPITRE III—Le particularisme du système soviétique . . . . .	97
<i>Section I</i> —Appartenance du droit russe prérévolutionnaire à la famille romano-germanique . . . . .	97
<i>Section II</i> —Le droit russe avant la révolution bolchevique . . . . .	100
—Le "Svodzakonov" Corps des lois . . . . .	103
<i>Section III</i> —Originalité du système juridique soviétique post-révolutionnaire. . . . .	107

	<i>Pages</i>
§ 1—Conception nouvelle du droit . . . . .	109
§ 2—Perspectives d'avenir . . . . .	112
§ 3—Les traits caractéristiques du droit civil et du contrat en U.R.S.S. et leur développement. . . . .	114
<i>Section IV</i> —Conclusion du Titre 1. . . . .	121
TITRE II—L'idée de la forme et la liberté . . . . .	127
—Aperçu général . . . . .	127
CHAPITRE UNIQUE—L'autonomie de la volonté . . . . .	133
— Vue d'ensemble . . . . .	133
<i>Section I</i> —Origine de la théorie . . . . .	136
§ 1—Atténuation du formalisme chez les glossateurs et les post-glossateurs . . . . .	138
(A) La théorie du pactum nudum et pactum vestitum. . . . .	138
(B) Extension de l'idée de bonne foi, de l'exécution à la conclusion du contrat . . . . .	139
§ 2—L'influence des principes religieux et le droit canonique . . . . .	140
§ 3—Les facteurs économiques et philosophiques . . . . .	141
— Le Kantisme . . . . .	145
<i>Section II</i> —Exposé de la théorie classique et son évolution . . . . .	147
Sous-Section I—La subsistance du principe . . . . .	147
Sous-Section II—Déclin du volontarisme . . . . .	150

<i>Section III—Conséquences techniques</i> . . . . .	159
<i>Sous-Section I—La liberté contractuelle</i> . . . . .	161
§ 1—Le droit français . . . . .	161
§ 2—Le droit anglais . . . . .	167
§ 3—Le droit soviétique . . . . .	174
<i>Sous-Section II—Le consensualisme</i> . . . . .	186
§ 1—Le droit français . . . . .	188
—La régression du consensualisme en droit français	190
§ 2—Le droit anglais . . . . .	194
§ 3—Le droit soviétique . . . . .	199
—Conclusion . . . . .	203
TITRE III—Le vouloir dans la genèse du contrat . . . . .	204
—Aperçu d'ensemble . . . . .	204
CHAPITRE I—Des éléments fortifiant le rôle de la volonté	212
<i>Section I—Des principes techniques et pratiques</i> . . . . .	213
<i>Sous-Section I—La théorie de la volonté et l'attitude de la jurisprudence</i> . . . . .	216
<i>Sous-Section II—La jurisprudence et le formalisme</i> . . . . .	224
(A) Des formes solennelles . . . . .	225
(B) Des formes de publicité . . . . .	230
(C) Des formes probatoires . . . . .	233
<i>Sous-Section III — L'attitude de la Common Law</i> . . . . .	240
<i>Sous-Section IV — Position du droit soviétique</i> . . . . .	244

<i>Section II—Des raisons philosophiques et morales</i> . . . . .	246
<i>Sous-Section I — La subsistance du principe de l'autonomie de la volonté et du droit subjectif</i> . . . . .	247
—La portée des critiques du principe de la volonté	247
§ 1 — L'existentialisme du droit . . . . .	251
§ 2 — La subsistance du droit subjectif . . . . .	252
— La négation du droit subjectif . . . . .	257
<i>Sous-Section II — La morale</i> . . . . .	269
CHAPITRE II — Analyse de l'acte de volonté dans le contrat	277
<i>Section I — L'offre et l'acceptation</i> . . . . .	280
<i>Sous-Section I — L'offre</i> . . . . .	281
§ 1 — L'offre distinguée de l'invitation aux pourparlers . . . . .	283
§ 2 — Les caractères et la portée de l'offre . . . . .	289
§ 3 — L'achèvement de l'offre . . . . .	293
<i>Sous-Section II — L'acceptation</i> . . . . .	297
§ 1 — Le silence vaut-il assentiment ? . . . . .	300
— L'attitude de la common law . . . . .	305
§ 2 — L'acceptation doit porter sur les mêmes éléments de l'offre . . . . .	313
<i>Section II — Le temps et le lieu comme éléments dans la formation du contrat</i> . . . . .	317
§ 1 — En droit français . . . . .	319
(A) Les théories de l'émission . . . . .	321
— Des critiques . . . . .	322

	<i>Pages</i>
(B) Les théories de l'information . . . . .	324
— La jurisprudence . . . . .	326
§ 2 — En droit anglais . . . . .	329
 CHAPITRE III — Influence de la technique sur le contenu subjectif du contrat . . . . .	 341
<i>Section I</i> — La décomposition du contrat en volonté et technique . . . . .	344
— Les traits essentiels de la technique juridique . . . . .	347
<i>Section II</i> — De la technique contractuelle législative . . . . .	349
<i>Section III</i> — De la technique contractuelle pratique . . . . .	366
(A) L'influence sur la formation du contrat . . . . .	377
(B) L'influence lors de l'exécution du contrat . . . . .	380
 CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE . . . . .	 385

## DUXIEME PARTIE

ESSAI D'UNE THEORIE COMMUNE DU FORMALISME . . . . .	391
 TITRE IV — La survivance du formalisme en droit positif moderne . . . . .	 396
 CHAPITRE I — L'essor du formalisme . . . . .	 398
<i>Section I</i> — Des causes de l'essor du formalisme . . . . .	401
§ 1 — La primauté du droit objectif . . . . .	403
§ 2 — Le renversement de la loi d'économie de temps et des efforts en faveur du formalisme moderne . . . . .	410

	<i>Pages</i>
(A) Des contrats formels du droit commercial . . . . .	411
(B) Des contrats standardisés . . . . .	412
 <i>Section II</i> — Fondement du formalisme . . . . .	 414
§ 1 — L'infrastructure économique et sociale, fondement unique du formalisme . . . . .	415
§ 2 — Des exigences sociales, économiques à satisfaire par le formalisme moderne . . . . .	419
 <i>Section III</i> — Des sources du formalisme moderne . . . . .	 424
Sous-Section unique — Des sources . . . . .	424
§ 1 — L'ordre juridique, source fondamentale du formalisme . . . . .	424
1 — Les codes et la common law, deux sources du formalisme . . . . .	425
— Le formalisme dans le code civil français . . . . .	426
— Des formes initiales et des formes intégrées . . . . .	428
— Le formalisme dans la codification soviétique . . . . .	434
— Le formalisme en "Common Law" et en "Equity" . . . . .	438
— "Equity" source d'un formalisme assoupli . . . . .	441
— Doctrine of part performance . . . . .	441
(A) Les actes d'exécution doivent être rattachables (referrable) au contrat . . . . .	442
(B) Il faut que l'invocation de l'exigence de la "statute" cause une injustice au demandeur . . . . .	444
(C) Il faut que le contrat soit spécifiquement "enforceable" par la Cour d'"Equity" . . . . .	445

(D) Une preuve convenable du contrat. . . . .	446
2 — Lois spéciales "Stautes" et coutumes soutenues probablement par la jurisprudence, source du formalisme . . . . .	447
§ 2 — La volonté est-elle une source du formalisme ? . . . . .	450
— Les conventions sur la preuve . . . . .	452
— Validité de la convention . . . . .	455
— Caractère impératif du système légal de preuve . . . . .	456
— La volonté peut-elle endurcir l'exigence de la forme ? . . . . .	463
 CHAPITRE II—Vers un formalisme unique conditionnant le perfectionnement du contrat. . . . .	468
— Introduction . . . . .	468
Section I—Exposé analytique de la position du formalisme en droit positif . . . . .	469
Sous-Section I—La transformation de la conception consensualiste vers un formalisme nouveau . . . . .	470
— Nulle part le droit déclare formellement un principe consensualiste. . . . .	470
Sous-Section II—Des formes contractuelles dans les entreprises publiques . . . . .	476
— Introduction . . . . .	476
§ 1—Le mécanisme contractuel dans les entreprises publiques en droit français et anglais. . . . .	480
— Droit anglais . . . . .	480
— Droit français . . . . .	685
§ 2—Le mécanisme contractuel dans les entreprises socialistes . . . . .	491

— Le processus de formation des contrats par rapport au plan. . . . .	495
(A) La première étape. . . . .	495
(B) Deuxième étape . . . . .	496
— Ordres de distribution . . . . .	497
— Ordres de livraison . . . . .	498
(C) Troisième étape ; la conclusion des contrats économiques . . . . .	500
— Comment se forme le contrat ? . . . . .	501
— Nature et utilité du contrat, sa technicité. . . . .	504
 Section II—L'ordre hiérarchique du formalisme . . . . .	514
Sous-Section I—L'importance de la sanction dans la théorie de la forme et sa transformation. . . . .	514
Sous-Section II—Vers une hiérarchie technique . . . . .	521
(A) Des formes sanctionnées par la peine civile capitale . . . . .	523
(B) Des formes sanctionnées par l'"unforceability" . . . . .	524
(C) Des formes sanctionnées par des peines qui affectent seulement la situation générale juridique du contractant . . . . .	526
 Section III—Nature hybride de la forme . . . . .	528
Sous-Section I—Nature fonctionnelle de la forme . . . . .	528
1—Fonction de la preuve . . . . .	530
2—Fonction protectrice et préventive . . . . .	530
3—Fonction purement économique et dirigiste . . . . .	531
4—Fonction constitutive. . . . .	532
Sous-Section II—La nature juridique de la forme . . . . .	533
— Des définitions classiques, modernes, et notre définition proposée. . . . .	538

TITRE V—La subsistance de la théorie de pacta nuda et de pacta vestita sous des aspects nouveaux . . . . .	542
CHAPITRE UNIQUE — Cause et considération, deux éléments objectifs et formalistes dans la formation du contrat . . . . .	545
<i>Section I</i> — L'évolution de la cause et ses traits actuels	547
—Prélude. La notion de la cause remplace-t-elle l'ancien formalisme ? . . . . .	547
Sous-Section I—La cause dans la théorie classique et la pensée contemporaine . . . . .	554
§ 1—Appréciation critique de la théorie classique . . . . .	556
—La théorie réformée de la cause de Capitant . . . . .	558
§ 2—Vers une notion objective de la cause dans la pensée juridique moderne . . . . .	560
—Dirigisme économique, ordre public et l'objectivisation de la cause . . . . .	566
Sous-Section II—Le contrat causé dit consensuel est-il un contrat réel perfectionné ? . . . . .	571
—La cause et l'exécution des prestations contractuelles . . . . .	574
(A) Exceptio non adimpleti contractus . . . . .	574
—Fondement de l'exception . . . . .	575
—Application . . . . .	576
(B) La résolution du contrat pour inexécution . . . . .	577
(C) La théorie des risques du contrat . . . . .	579
Conclusion . . . . .	580

<i>Section II</i> — L'origine et les caractères de la considération . . . . .	581
§ 1— Origine de la considération . . . . .	582
§ 2— Les caractères de la considération . . . . .	585
— Définition . . . . .	587
— Consideration need not to be adequate . . . . .	590
— Consideration executory, executed and past. . . . .	590
— La considération doit parvenir du détenteur de la promesse (promisee) . . . . .	592
— Consideration must be real . . . . .	596
1— Doit être une valeur économique (considération et motif) . . . . .	597
2— Impossibilité et incertitude . . . . .	598
3— Abstention d'ester en justice . . . . .	598
4— L'exécution d'une dette préexistante . . . . .	599
— Traits caractéristiques . . . . .	600
<i>Section III</i> — Le caractère objectiviste et formaliste de la cause et la considération . . . . .	603
CONCLUSION DU TITRE V . . . . .	612
CONCLUSION GENERALE . . . . .	616
Liste de quelques abréviations . . . . .	625
BIBLIOGRAPHIE . . . . .	627
TABLE DES MATIERES . . . . .	649