

# Table de matière

INTRODUCTION .....	13
--------------------	----

## PREMIERE PARTIE : L'ORDRE PUBLIC NEGATIF DESTRUCTEUR DU CONTRAT CIVIL

### TITRE I : LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC NEGATIF

#### CHAPITRE I : LA DIVERSITE DES SOURCES DE L'ORDRE PUBLIC NEGATIF

SECTION I : L'ORDRE PUBLIC LEGAL .....	29
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : Les lois impératives une composante de l'ordre public</b> .....	30
A- La distinction entre les lois d'ordre public et les lois impératives.....	30
B- L'inclusion des lois impératives dans l'ordre public.....	33
<b>PARAGRAPHE 2 : La détermination des lois d'ordre public</b> .....	35
A- La détermination de l'ordre public textuel .....	36
B- La détermination de l'ordre public virtuel.....	38
SECTION II: L'ORDRE PUBLIC EXTRA-LEGAL .....	46
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup>: L'ordre public judiciaire</b> .....	46
A- <b>L'affirmation de l'ordre public judiciaire</b> .....	47
1- La consécration de l'ordre public judiciaire par le droit positif .....	47
a- L'ordre public judiciaire dans le droit positif tunisien.....	47
b- L'ordre public judiciaire dans le droit français.....	50
2- Les techniques de l'ordre public judiciaire.....	54
B- <b>Les garanties contre l'ordre public judiciaire</b> .....	55
<b>PARAGRAPHE 2 : La coutume</b> .....	58

## **CHAPITRE II : LE CONTENU VARIABLE DE L'ORDRE PUBLIC NEGATIF**

<b>SECTION I : L'ORGANISATION DE L'ETAT ET L'ORGANISATION DE LA FAMILLE</b> .....	62
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : L'organisation de l'Etat</b> .....	62
<b>PARAGRAPHE 2: L'organisation de la famille</b> .....	66
<b>A- L'ordre public de la famille</b> .....	66
1- Les sources de l'ordre public de la famille.....	68
a- Les principes des droits de l'homme source de l'ordre public de la famille .	69
b- Le droit musulman source de l'ordre public de la famille.....	72
2- Le contenu de l'ordre public de la famille.....	80
<b>B- L'ordre public successoral</b> .....	85
1- Les sources de l'ordre public successoral.....	85
2- Le contenu de l'ordre public successoral .....	90
a- La prohibition des pactes sur succession future.....	90
b- La nullité des actes conclus pendant la dernière maladie.....	96
<b>SECTION II : L'ORDRE PUBLIC MORAL</b> .....	106
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : Les bonnes mœurs</b> .....	106
<b>PARAGRAPHE 2 : La personne humaine</b> .....	115
<b>PARAGRAPHE 3 : La spéculation sur le gain</b> .....	121
<b>A- Le principe de la prohibition du jeu et du pari</b> .....	121
<b>B- Les exceptions au principe de la prohibition du jeu et du pari</b> .....	125
1- Les exceptions prévues par le Code des obligations et des contrats .....	125
2- Les exceptions prévues par les textes spéciaux .....	126
a- Le domaine des exceptions.....	126
b- Les effets des exceptions sur le contrat .....	129
<b>PARAGRAPHE 4 : L'ordre public professionnel</b> .....	131

### *TITRE II :*

## **LA FONCTION DESTRUCTRICE DE L'ORDRE PUBLIC NEGATIF**

### **CHAPITRE I :**

#### **LES TECHNIQUES DE LA DESTRUCTION DU CONTRAT**

<b>SECTION I : L'OBJET : TECHNIQUE DE CONTRÔLE DU CONTRAT</b> .....	139
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup>: L'objet du contrat</b> .....	140
<b>A- La notion de l'objet de contrat</b> .....	140
<b>B- L'utilité de l'objet du contrat</b> .....	142
<b>PARAGRAPHE 2: L'objet de l'obligation</b> .....	144

<b>A- La prestation</b> .....	145
<b>B- La chose</b> .....	146
<b>SECTION II: LA CAUSE : TECHNIQUE DE CONTRÔLE DU CONTRAT</b> .....	151
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : La cause de l'obligation</b> .....	152
<b>A- La notion de la cause de l'obligation</b> .....	152
<b>B- L'étendue du rôle de la cause de l'obligation dans le contrôle de la licéité du contrat</b> .....	154
1- Les contrats à titre onéreux .....	154
2- Les contrats à titre gratuit .....	157
<b>PARAGRAPHE 2 : La cause du contrat</b> .....	157
<b>A- Le principe de l'admission de la cause du contrat</b> .....	159
1- Les contrats à titre onéreux .....	160
2- Les contrats à titre gratuit (la donation) .....	161
3- L'acte abstrait .....	162
a- La délégation .....	163
b- Le cautionnement .....	164
<b>B- Les conditions de la cause illicite</b> .....	166
1- Le caractère déterminant du motif, la cause impulsive .....	166
2- La connaissance commune du motif .....	167
a- Les actes à titre gratuit .....	167
b- Les actes à titre onéreux .....	168
<b>PARAGRAPHE 3 : La preuve de la cause illicite</b> .....	171
<b>A- La charge de preuve de la cause illicite</b> .....	171
<b>B- Les moyens de preuve de la cause illicite</b> .....	173
<b>SECTION III : La CONDITION TECHNIQUE DE CONTRÔLE DE L'ILLICITE</b> .....	176
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : La notion de la condition</b> .....	176
<b>PARAGRAPHE 2 : L'illicéité de la condition</b> .....	178
<b>PARAGRAPHE 3 : La sanction de la condition</b> .....	164

## CHAPITRE II:

### LA REALISATION DE LA DESTRUCTION DU CONTRAT

<b>SECTION I : LA MISE EN ŒUVRE DE LA NULLITÉ</b> .....	188
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup>: La détermination de l'action en nullité d'ordre public</b> .....	189
<b>A- La détermination de la nullité d'ordre public</b> .....	189
1- La notion de la nullité d'ordre public .....	189
a- La controverse doctrinale .....	189
❶ La Première tendance .....	189
* La distinction entre nullité d'ordre public et l'inexistence .....	190

** L'assimilation de la nullité d'ordre public à l'inexistence .....	191
② La seconde tendance .....	193
* La nullité d'ordre public eu égard à la distinction nullité absolue nullité relative.....	195
** L'inclusion de la nullité d'ordre public dans la nullité absolue .....	195
b- La position du droit positif .....	197
2- Les caractères de la nullité de l'ordre public négatif.....	200
<b>B- L'action en nullité.</b> .....	201
1- La nécessité d'une action civile en nullité.....	201
a- L'exclusion de l'arbitrage .....	202
b- L'exclusion de la transaction .....	204
2- Le déroulement de l'action civile.....	205
a- Les personnes titulaire de l'action en justice .....	207
b- Le rôle du Ministère Public .....	209
c- Le rôle du juge .....	212
<b>PARAGRAPHE 2: L'interdiction de la consolidation du contrat.</b>	217
<b>A- La confirmation du contrat nul</b> .....	217
1- Le principe de l'interdiction de la confirmation .....	217
a- La notion de la confirmation.....	217
① La divergence doctrinale.....	217
* La thèse classique .....	217
** La thèse moderne .....	219
② La notion de confirmation en droit positif .....	220
b- L'analyse du principe de l'interdiction de la confirmation.....	220
2- Les exceptions au principe de l'interdiction de la « confirmation » : la ratification .....	224
a- Le domaine de la ratification .....	224
b- Le régime de la ratification.....	225
① Les conditions de la ratification .....	226
② Les effets de la ratification.....	227
<b>B- La prescription de l'action en nullité</b> .....	227
1- La thèse admettant la prescription .....	228
2- La thèse rejetant la prescription.....	229
<b>C- La régularisation du contrat nul</b> .....	231
1- La notion de la régularisation .....	231
2- Le régime de la régularisation .....	232
<b>SECTION II: LES EFFETS DE LA NULLITÉ</b> .....	234
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : L'étendue de la nullité</b> .....	234
<b>A- Le principe de la nullité totale</b> .....	234

1- L'analyse du principe.....	234
2- La question de la clause compromissoire.....	235
a- Le droit tunisien.....	235
b- Le droit comparé.....	237
<b>B- L'exception au principe de la nullité totale.....</b>	<b>239</b>
<b>PARAGRAPHE 2: La rétroactivité de la nullité.....</b>	<b>240</b>
<b>A- Le principe de la rétroactivité dans les contrats extrapatrimoniaux (le contrat de mariage).....</b>	<b>241</b>
<b>B- Le principe de la rétroactivité dans les contrats patrimoniaux.....</b>	<b>243</b>
1- La consécration du principe de la rétroactivité de la nullité d'ordre public.....	243
a- La réfutation de l'adage nemo auditor propriam turpitudinem allegans.....	244
b- Les règles de la restitution.....	248
❶ Le débat doctrinal.....	248
* La thèse classique.....	248
** La thèse moderne.....	253
❷ La position du droit positif.....	257
2- Les exceptions au principe de la rétroactivité de la nullité d'ordre public.....	259
a- La protection des intérêts des tiers.....	259
b- La protection du contractant de bonne foi.....	260
c- La protection des intérêts du contractant ayant acquis a non domino.....	261
d- La protection de la morale.....	262
❶ Les conditions de l'exception du jeu.....	263
❷ Les effets de l'exception du jeu.....	265
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....</b>	<b>267</b>

**SECONDE PARTIE :**  
**L'ORDRE PUBLIC POSITIF DIRECTEUR**  
**DU CONTRAT CIVIL**

*TITRE I :*  
**LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC POSITIF**

**CHAPITRE I :**  
**LE COMMANDEMENT DU CONTRAT**

<b>SECTION I : LE CONTRAT CONTROLE.....</b>	<b>275</b>
<b>PARAGRAPHE 1<sup>ER</sup> : Le contrat contrôlé par le juge.....</b>	<b>276</b>
A- Le contrôle de la formation du contrat.....	276
1- Le contrôle a priori des contrats : L'autorisation d'habilitation.....	276

a- L'étendue du contrôle .....	277
① Le contrôle des contrats extra-patrimoniaux (le contrat de mariage).....	277
② Le contrôle des contrats patrimoniaux.....	278
* Les personnes concernées.....	279
* * Les contrats contrôlés .....	280
*** La décision du juge.....	282
b- La sanction du contrôle.....	283
① La sanction des contrats extra-patrimoniaux .....	284
② La sanction des contrats patrimoniaux.....	285
2- Le contrôle a posteriori des contrats : l'homologation .....	286
<b>B- Le contrôle de l'extinction du contrat.....</b>	<b>290</b>
<b>PARAGRAPHE 2 : Le contrat contrôlé par l'administration :</b>	
<b>Les autorisations administratives.....</b>	<b>292</b>
<b>A- Le mécanisme du contrôle par les autorisations administratives.....</b>	<b>293</b>
<b>B- Le domaine du contrôle par les autorisations administratives .....</b>	<b>295</b>
1- Le déclin du contrôle à caractère général .....	297
a- La phase de l'extension : de 1957 jusqu'à 1977.....	297
① L'objet du contrat contrôlé.....	297
② Les personnes concernées par le contrôle.....	298
③ La nature des contrats .....	299
b- La phase du déclin .....	301
2- L'extension du contrôle à caractère ponctuel .....	303
a- Le contrôle exigé en raison de la qualité du contractant.....	304
b- Le contrôle exigé en raison de la nature de l'immeuble.....	305
<b>C- La sanction du contrôle.....</b>	<b>309</b>
1- La nullité du contrat.....	310
a- La nullité pour défaut de condition de forme .....	310
b- La nullité pour non réalisation de condition (les actes authentiques).....	311
2- Les sanctions complémentaires .....	314
<b>SECTION II : LE CONTRAT IMPOSÉ.....</b>	<b>315</b>
<b>PARAGRAPHE 1<sup>ER</sup> : L'imposition d'un contractant par la</b>	
<b>substitution .....</b>	<b>316</b>
<b>A- La substitution dans le retrait .....</b>	<b>317</b>
1- Les conditions du retrait .....	318
2- La mise en œuvre du retrait .....	320
3- Les effets du retrait.....	324
<b>B- La substitution dans le droit de priorité .....</b>	<b>324</b>
1- La diversité des fondements du droit de la substitution .....	325
a- L'aménagement foncier et urbain .....	325
① Le droit de préemption reconnu par la loi du 14 avril 1973 .....	326
② Le droit de préemption reconnu par la loi du 1 août 1988.....	327
③ Le droit de préemption reconnu par le Code de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme.....	328
b- La réalisation de remembrement agricole .....	329
c- L'appropriation de l'immeuble occupé pour logement.....	330

❶ Le droit de priorité à l'achat reconnu par la loi du 7 juin 1978 .....	331
❷ Le droit de priorité à l'achat reconnu par la loi du 27 juin 1983 .....	332
d- La conservation du patrimoine archivistique.....	333
e- La protection du patrimoine archéologique, historique et des arts traditionnels	334
f- La constitution d'une réserve foncière pour l'Etat.....	335
2- La réalisation du droit de substitution .....	336
a- Les conditions du droit de substitution .....	336
b- La mise en œuvre du droit de substitution.....	339
❶ L'hypothèse du cumul entre la nullité et la substitution .....	339
❷ L'hypothèse de la substitution sanction unique .....	341
❸ L'hypothèse de l'exclusion de la substitution.....	341
<b>PARAGRAPHE 2 : L'imposition d'un contractant par le droit</b>	
<b>au maintien dans les lieux.....</b>	<b>343</b>
<b>A- La genèse du droit au maintien dans les lieux.....</b>	<b>344</b>
<b>B- Le fondement du droit au maintien dans les lieux .....</b>	<b>348</b>
1- Les conditions subjectives du droit au maintien dans les lieux .....	349
2- Les conditions objectives du droit au maintien dans les lieux .....	351
a- La loi du 18 février 1976 .....	351
b- Le décret lois du 1 <sup>er</sup> septembre 1981.....	353
<b>C- La réalisation du droit au maintien dans les lieux.....</b>	<b>353</b>
1- La mise en œuvre du droit au maintien dans les lieux.....	354
2- La portée du droit au maintien dans les lieux.....	356
a- Le droit de reprise partielle.....	357
b- Le droit de reprise totale.....	357

## CHAPITRE II :

### LA MODIFICATION DU CONTRAT

<b>SECTION I : LA MODIFICATION DU CONTRAT PAR RETRANCHEMENT .....</b>	<b>361</b>
<b>PARAGRAPHE 1<sup>ER</sup> : La notion de la nullité partielle.....</b>	<b>362</b>
<b>A) L'amputation du contrat.....</b>	<b>362</b>
1- Le droit comparé.....	363
a- Le droit français.....	363
b- Le droit Allemand.....	364
c- Le droit suisse .....	365
2- Le droit tunisien.....	366
<b>B- La correction du contrat.....</b>	<b>369</b>
<b>PARAGRAPHE 2 : Les effets de la nullité partielle.....</b>	<b>370</b>
<b>A- L'amputation du contrat.....</b>	<b>370</b>
<b>B- La correction du contrat.....</b>	<b>374</b>
1- La réduction du quantum.....	374
2- La majoration du quantum.....	377
<b>SECTION II : LA MODIFICATION DU CONTRAT PAR ADJONCTION.....</b>	<b>380</b>
<b>PARAGRAPHE 1<sup>ER</sup> : La modification subjective du contrat .....</b>	<b>381</b>
<b>A- L'exposé de la thèse subjective .....</b>	<b>382</b>
<b>B- Les critiques de la thèse subjective.....</b>	<b>385</b>

<b>PARAGRAPHE 2 : La modification objective du contrat</b> .....	386
<b>A- L'admission de la modification objective du contrat</b> .....	387
<b>B- L'étendue de la modification objective du contrat</b> .....	393
1- La divergence de la doctrine.....	393
2- L'évolution de la jurisprudence.....	395

*TITRE II :*

**LA FONCTION DIRECTRICE DE L'ORDRE PUBLIC POSITIF**

**CHAPITRE I :**

**LA DIRECTION DE LA VOLONTE DES CONTRACTANTS**

<b>SECTION I : L'EXISTENCE DU CONSENTEMENT</b> .....	401
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : La formation par étapes de l'offre</b> .....	402
<b>PARAGRAPHE 2 : La formation progressive du contrat</b> .....	403
<b>SECTION II : LA LUCIDITE DU CONSENTEMENT</b> .....	408
<b>PARAGRAPHE 1<sup>ER</sup> : Le formalisme protecteur du consentement</b> .....	409
<b>A- La pluralité des formalités protectrices du consentement</b> .....	410
1- Cas ou la loi n'exige qu'un écrit.....	410
2- Cas ou la loi impose l'acte authentique.....	415
<b>B- L'efficacité de la protection du consentement</b> .....	419
1- La sanction de l'article 581 du Code des obligations et des contrats.....	420
a- La thèse consensualiste.....	420
b- La thèse formaliste.....	422
2- La sanction de l'article 1416 du Code des obligations et des contrats.....	423
3- La sanction de l'article 454 du Code des obligations et des contrats.....	424
4- La sanction de l'article 116 du Code des droits réels.....	425
<b>PARAGRAPHE 2 : L'obligation précontractuelle d'information</b> .....	425
<b>A- L'admission de l'obligation précontractuelle d'information</b> .....	427
1- L'obligation précontractuelle d'information en droit tunisien.....	427
2- L'obligation précontractuelle d'information en droit français.....	428
<b>B- La portée de l'obligation précontractuelle d'information</b> .....	431
1- La structure de l'obligation de l'information.....	431
2- La sanction de l'obligation d'information.....	433

**CHAPITRE II :**

**LA DIRECTION DU LIEN CONTRACTUEL**

<b>Section I : La vigueur du lien contractuel</b> .....	435
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : La naissance des obligations</b> .....	436
<b>A- L'obligation contractuelle de source légale</b> .....	439
<b>B- L'obligation contractuelle de source jurisprudentielle</b> .....	445
1- L'obligation de sécurité affirmée.....	445
2- L'obligation de renégociation contestée.....	448
a- L'admission de l'obligation de renégociation.....	449

b- Le régime juridique de l'obligation de renégociation .....	452
<b>PARAGRAPHE 2 : L'extinction du lien contractuel</b> .....	454
<b>A- L'extinction des contrats à durée indéterminée</b> .....	454
<b>B- L'extinction des contrats à durée déterminée</b> .....	459
1- Le domaine de la révocation.....	460
2- Le régime juridique de la révocation.....	467
a- Les conditions de la révocation .....	467
b- Les effets de la révocation .....	468
<b>SECTION II : LE RAYONNEMENT DU LIEN CONTRACTUEL</b> .....	469
<b>PARAGRAPHE 1<sup>er</sup> : La disparition de la distinction partie-tiers</b> .....	470
<b>A- La genèse de la disparition de la distinction partie-tiers</b> .....	471
<b>B- Le fondement de la disparition de la distinction partie-tiers</b> .....	473
<b>C- La portée de la disparition de la distinction partie-tiers</b> .....	475
<b>PARAGRAPHE 2 : L'extension de la notion de partie</b> .....	476
<b>A- Les conditions de l'extension de la notion de partie : (L'exemple du contrat de bail)</b> .....	478
<b>B- Les effets de l'extension de la notion de partie</b> .....	480
1- Les effets de la cession à l'égard du nouveau propriétaire.....	480
2- Les effets de la cession à l'égard de l'ancien propriétaire.....	481
<b>PARAGRAPHE 3 : Le changement de la situation juridique du tiers..</b> 482	
<b>A- L'affirmation légale du changement de la situation du tiers</b> .....	484
1- Le changement de la situation du tiers dans le contrat de bail .....	485
2- Le changement de la situation du tiers dans le contrat de louage d'ouvrage .	488
3- Le changement de situation du tiers dans le contrat de dépôt .....	490
4- Le changement de la situation du tiers dans le contrat de prêt à usage .....	491
5- Le changement de la situation du tiers dans le contrat de mandat .....	493
<b>B- La portée de l'extension du lien contractuel</b> .....	495
1- Le droit tunisien <sup>4</sup> .....	495
2- Le droit français.....	497
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b> .....	501
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	505
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	509