

INTRODUCTION

Publier veut dire porter à la connaissance du public. La sécurité du commerce juridique repose sur la fiabilité des renseignements dont dispose les contractants. Telle est la finalité de tout système de publicité, instrument d'information et de protection¹.

Le consensualisme est la conséquence historique d'une intellectualisation de la technique juridique. Les parties au contrat n'ont besoin de respecter aucune forme pour la perfection de leur acte. On voit ici les idées du 19^{ème} siècle et une conséquence de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Seulement l'application de ce principe en matière des droits réels entraîne la clandestinité des transactions. Cette clandestinité des transactions présente un grand danger pour la sécurité des droits acquis par les tiers et ce, en raison même des caractères du droit réel².

En comparaison avec certaines institutions en la matière, notamment celle française, la formalité de publicité imaginée par le législateur pour extérioriser aux yeux des tiers les effets d'une transmission de droits réels immobiliers, qui, entre les parties, s'est réalisée par le seul échange de consentement. Ainsi, la publicité n'est pas constitutive ou translatrice des droits.

En d'autres termes, le droit français a fait de la publicité une simple mesure extrinsèque à l'acte juridique, n'ayant aucune incidence sur les effets de droit produit normalement par cet acte³. Elle constitue donc un simple moyen d'information. Ainsi dans un tel système ce qui est inscrit ne correspond pas nécessairement à la réalité juridique du droit ; il se peut qu'il y ait simplement propriété apparente⁴.

Le législateur marocain à l'instar de son homologue allemand, exige l'inscription sur le livre foncier, pour que le transfert du droit soit réalisé, non seulement à l'égard des tiers, mais entre les parties elles mêmes au contrat.

De ce fait, dans tout régime foncier, qui attribue à l'écriture sur des registres fonciers un caractère attributif de droit, c'est-à-dire ayant un effet constitutif, translatif ou extinctif du droit selon les cas. Le droit sera considéré

¹ PIEDERLIEVRE Stéphane, « *Traité de droit civil - la publicité foncière* ». p. 12

² CHANNAN Mohamed, « *Les principes directeurs de la publicité foncière et leur incidence sur les droits réels immobiliers en droit marocain* ». p. 14

³ El MERNISSI Mohamed, « *Essai sur la notion de publicité foncière - étude de droit français et marocain comparé* ». p. 5

⁴ Il y a propriété apparente chaque fois que le public, à la suite d'une erreur qui lui est impossible de découvrir, prend une personne pour le véritable propriétaire qui ne l'est pas en réalité.

comme réellement constitué, transmis, modifié ou éteint, c'est-à-dire que l'inscription sur le livre foncier a un effet créateur et attributif de droit.

Ainsi, les droits réels n'existent, *erga omnes*, que par le fait de leur inscription sur les livres fonciers, autrement dit, l'inscription seule établit, constitue, le droit de propriété ou tout droit réel, et ce à l'égard des tiers et, également, entre les parties elles-mêmes ; c'est ce qu'on appelle communément le principe de l'effet constitutif de la publicité foncière.

Cet effet constitutif des inscriptions se justifie surtout par ses avantages pratiques ; il permet de supprimer tout désaccord entre le fait et le droit en incitant les usages de la conservation foncière à inscrire immédiatement leurs droits et par la même mettre à jour leur titre foncier.

Cette règle originale de l'effet constitutif des inscriptions découle essentiellement des dispositions des articles 66 et 67 du dahir de 1913 sur l'immatriculation, articles fondamentaux en la matière, et également mais d'une manière indirecte, des dispositions de l'article 2 du dahir du 2 juin 1915, article concernant plus spécialement la garantie des droits, même entre parties⁵. L'article 66 énonce que tout droit réel, relatif à un immeuble immatriculé, n'existe, à l'égard des tiers, que par le fait, et du jour, de son inscription sur le titre foncier par le conservateur. Tandis que l'article 67 prévoit le même effet constitutif de l'inscription entre les parties elles-mêmes, il dispose que : « *les actes volontaires et les conventions, tendant à constituer, transmettre, déclarer, modifier, ou éteindre un droit réel, ne produisent effet, même entre parties, qu'à dater de l'inscription, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'inexécution de leurs conventions* ».

De ce fait, et à la lumière du droit foncier, on verra comment ce principe de l'effet constitutif des inscriptions a pu bouleverser les principes traditionnels du droit commun, et plus spécialement en matière de transfert de propriété. Cependant, peut-on parler du caractère absolu de ce principe, alors que des exceptions démontrent le contraire ?

On sait très bien que la publicité s'articule autour de trois socles fondamentaux à savoir : le principe de la légalité, de l'effet constitutif et de la force probante des inscriptions. Ce sont en fait, des éléments indissociables et qui vont de paire.

Mais pour des raisons de commodité, notre tâche se limite à l'étude minutieuse du principe de l'effet constitutif des inscriptions.

⁵ DECROUX Paul, « *Droit foncier marocain* ». p. 216

Pour ce faire, il est digne d'exposer dans une première partie l'impact du principe et son influence sur les règles du droit commun ; et dans une deuxième partie, de traiter de l'étendue de l'incidence de principe :

Première partie : *L'impact du principe de l'effet constitutif sur le droit commun*

Deuxième partie : *L'étendue de l'incidence du principe de l'effet constitutif*

Première partie : L'impact du principe de l'effet constitutif sur le droit commun

Contrairement au droit français, où le code civil en son article 1138 n'exige, pour le transfert des droits réels, que le seul consentement volontaire des parties, le droit germanique, qui a adopté le système des livres fonciers, fait de l'inscription du droit réel sur un registre public une condition de son existence⁶. C'est cette règle, qui est admise aujourd'hui par le droit marocain pour les immeubles immatriculés (Chapitre 2).

Dans ce système, la convention n'est pas dénuée de toute valeur, elle reste le moyen capital qui permet au créancier de contraindre judiciairement son débiteur à lui transférer le droit réel par inscription sur les livres fonciers (Chapitre 1).

Chapitre 1 : La valeur juridique de l'acte avant son inscription

Pour la réalisation de l'effet constitutif de la publicité, qui veut que tout droit réel, pour son existence et son opposabilité, doit être publié, la convention des parties joue un rôle important en permettant un recours judiciaire aux fins d'inscription forcée (Section 2). Ainsi, il convient tout d'abord de déterminer la nature juridique de la convention, nature qui n'a pas échappé à certaines imprécisions et confusions (Section 1).

Section 1 : La nature juridique de la convention

Le législateur foncier de 1913 a dissocié l'effet réel de l'effet obligatoire dans les conventions translatives de droit réel en matière d'immeubles immatriculés⁷. En ce sens et à la lumière de l'article 67 du dahir organique de 1913 ; il ressort que les actes volontaires et les conventions tendant à constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel ne produisent effet entre les parties qu'à dater de leur inscription sur le livre foncier. Donc, d'après les dispositions de cet article, la convention n'a pas par elle-même un effet créateur de droit réel. Alors quelle est la valeur juridique qui reste attachée à la convention ?

⁶ Le droit tunisien qui a adopté le système des livres fonciers n'a pas pour autant consacré le principe de l'effet constitutif de l'inscription. Cf. aux articles 15 et 342 du code tunisien du 1^{er} juillet 1885 modifié par le décret du 15 mars 1892.

⁷ MERNISSI Mohamed, « *Essai sur la notion de publicité foncière - étude de droit français et marocain comparé* », p. 5

Le bénéficiaire de la convention n'a, jusqu'à ce que l'inscription soit opérée, qu'un simple droit de créance. Ainsi, le tribunal de Casablanca, dans un jugement du 30 mai 1928⁸ énonce que : « *les actes et conventions, tendant à transmettre un droit réel sur un immeuble immatriculé, ne produisent effet, même entre les parties, que par leur inscription sur le livre foncier ; jusqu'à l'inscription, l'acquéreur n'a qu'un droit de créance contre l'aliénateur* ». Mais le disposant n'assume pas une obligation de faire, il lui incombe une obligation de donner. Celle-ci consiste dans le transfert de la propriété. Le mot « donner » doit être compris dans un sens de dation ; transfert de propriété ne non pas forcément donation c'est-à-dire transfert à titre gratuit.

L'obligation de donner est plus rare qu'on pourrait le penser ; le plus souvent le transfert de propriété résulte automatiquement au profit du créancier, de la convention elle-même, sans qu'il soit nécessaire qu'une obligation de donner soit créée à la charge du débiteur. Il en est ainsi de la vente telle qu'elle est définie dans le D.O.C.⁹ Cependant l'obligation de donner peut trouver lieu à s'appliquer dans deux hypothèses dont une nous intéresse ici tout particulièrement.

La première hypothèse est relative au cas où l'objet du droit translatif de propriété ne serait pas déterminé ou individualisé quant à sa qualité et à sa quantité, lorsqu'il s'agit de choses de genre dit-on.

La deuxième hypothèse qui nous intéresse concerne le cas du droit translatif de propriété et qui affecte un immeuble immatriculé. Même si l'objet de ce droit est individualisé, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un corps certain, il l'est forcément puisque l'immeuble affecté par le droit est identifié par un plan cadastral et porte un nom et un numéro et pourtant le disposant n'assume, jusqu'à la réalisation de la publicité, qu'une obligation de donner. C'est précisément parce que le bénéficiaire de la convention est créancier d'une obligation de donner et non d'une obligation de faire ou de délivrer, qu'il peut recourir à la justice pour contraindre le disposant à exécuter la convention en usant de l'assignation en inscription forcée.

⁸ G.T.M du 5 juillet 1928

⁹ En ce sens l'article 488 dudit dahir dispose que : « *la vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a consentement des contractant, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat.* »

Section 2 : La possibilité d'une assignation en inscription forcée sur la base de l'acte

En vertu donc de l'effet constitutif de l'inscription de l'acte relatif à ce droit. On a pu, par suite soutenir que, dans le cas où le concours du vendeur reste nécessaire, aux fins d'opérer l'inscription de l'acte, et ce pour une raison quelconque, l'acquéreur, titulaire d'un simple droit de créance et non d'un droit réel, n'a, en cas de mauvaise volonté du vendeur pour l'inscription, que la possibilité d'intenter contre son co-contractant une action mobilière en dommages-intérêts, et non une action réelle immobilière.

C'est ce qu'avait décidé le tribunal de Oujda dans un jugement du 6 septembre 1940, se basant sur l'article 67 du dahir de 1913, il avait déclaré que l'acquéreur n'était pas fondé à se prévaloir de la vente, parce que non inscrite, et qu'il pouvait seulement exercer, en vertu de son droit de créance à l'encontre du vendeur, une action en dommages-intérêts pour non exécution de son obligation (le vendeur s'étant refusé à prêter son concours pour permettre l'inscription), et non une action réelle en inscription de vente.

La cour d'appel de Rabat, dans un arrêt du 15 avril 1941¹⁰ a infirmé cette décision, en distinguant deux hypothèses : la convention dont on poursuit l'inscription est, ou n'est pas, primée par une autre inscription de droits réels.

« Attendu qu'en vertu de l'article 259 du D.O.C., le bénéficiaire d'une obligation peut contraindre son co-contractant à l'accomplir, si l'exécution en est possible, tout en ayant le droit de lui réclamer des dommages-intérêts pour sa résistance injustifiée et le préjudice qu'il lui a causé ».

« Mais attendu que ces textes, qui consacrent le principe de l'effet constitutif de l'inscription foncière, ne sont nullement en contradiction avec l'article 259 du D.O.C. qui donne le droit de contrainte au bénéficiaire d'une convention, créatrice d'un lien d'obligation ;

Qu'en effet, si la convention dont on poursuit l'inscription de droits réels, il est bien évident que la convention invoquée ne peut avoir d'effet translatif de propriété, même entre les parties en cause, et que le recours que l'une d'elle voudra exercer contre son adversaire ne pourra consister qu'en une demande en paiement de dommages-intérêts ;

Qu'au contraire, si aucune inscription de droits réels n'est susceptible de primer la convention discutée, l'exécution et le transfert de propriété par voie d'inscription restent disponibles, qu'il appartient dans ce cas à l'autorité judiciaire d'ordonner l'inscription. »

¹⁰ G.T.M. 1941, p. 83

Autrement dit, si la convention dont on poursuit l'inscription se trouve primée par une autre inscription de droits réels, seule une action en dommages-intérêts est concevable entre les parties co-contractantes. Si aucune inscription antérieure de droits réels ne fait obstacle à la demande d'inscription de la convention, l'autorité judiciaire est habilitée, compte tenu de l'article 259 du D.O.C. à ordonner cette inscription. Les règles de droit ne sont pas faites, en principe, pour permettre aux débiteurs d'échapper aux obligations qu'ils ont légalement contractées¹¹.

Chapitre 2 : L'apport de l'inscription sur les droits des parties

Dès l'inscription de l'acte sur les livres fonciers, la situation des parties est tout à fait autre que celle du début. Le transfert de la propriété et des risques constitue la conséquence directe de cette formalité (section 1), tout en signalant que l'inscription octroie le caractère réel au droit inscrit au moment de son inscription en dépit de la volonté des parties (section 2).

Section 1 : Au regard du transfert de la propriété

De par son caractère absolu, il est illogique qu'un droit réel, qui s'oppose à tous, puisse résulter d'un simple acte relatif qui est la convention et cette règle devient encore moins logique lorsqu'on décide, comme en droit français et tunisien, que le droit transféré en vertu du contrat au profit de l'acquéreur n'est pas opposable au tiers. On peut se demander et poser la question suivante : qu'est ce qu'un droit réel qui n'est pas opposable à tous ? Car par définition, le « droit réel » est absolu et le titulaire peut, de par son caractère absolu, l'opposer à tout le monde¹².

En effet, Le législateur foncier de 1913 a écarté délibérément la règle prévue par l'article 488 du D.O.C. en vertu de laquelle le droit réel est réputé transféré par l'échange de consentement des parties. Seule l'inscription sur les registres fonciers transfère le droit et quelque soit la volonté ou l'intention des parties pour décider le contraire et cette règle est d'ordre public ; elle doit être soulevée d'office par le juge malgré le silence des parties¹³.

¹¹ DECROUX Paul, « Droit foncier marocain ». p. 223

¹² CHANNAN Mohamed, « *Les principes directeurs de la publicité foncière et leur incidence sur les droits réels immobiliers en droit marocain* ». p. 42

¹³ Arrêt de la cour suprême n°140 du 21/04/1971 publié dans la revue « *jurisprudence de la cour suprême* » n°21 P.13

Si l'acte portant sur un immeuble immatriculé produit tout ses effets juridiques dès sa conclusion excepté le transfert de propriété, l'inscription est la formalité complémentaire qui permet la réalisation effective de ce transfert. Le même principe a été réaffirmé dans un arrêt du 2 juin 1968 de la Cour Suprême: « *la vente d'un immeuble immatriculé n'opère le transfert du dit immeuble, du vendeur à l'acquéreur, que lors de l'inscription de la vente sur les livres fonciers* ». De ce fait, ledit transfert de la propriété est l'effet le plus remarquable découlant de l'inscription, et tout cela sans contester la valeur juridique de l'acte, puisqu'il faut que chaque inscription sur les livres fonciers soit basée sur un acte valide. D'où l'efficacité du système de publicité réelle qui concrétise le principe de l'effet constitutif des inscriptions, tout en respectant la successivité et la continuité des inscriptions, car en cas de plusieurs contrats successifs, on ne peut pas concevoir l'inscription du dernier acte sans procéder à l'inscription des actes qui le précèdent¹⁴.

En principe, les risques sont à la charge du débiteur de l'obligation exécutée. En effet, en raison de l'interdépendance des obligations réciproquement contractées, si l'une des parties ne peut pas exécuter son obligation, il est normal que l'autre soit dispensé de la sienne. Pourtant, ce principe est expressément écarté dans les contrats translatifs de propriété. L'article 493 du D.O.C.¹⁵ fait supporter les risques à l'acquéreur, celui-ci les supporte en tant que propriétaire, « *res perit domino* ». On parle du risque de la chose, l'acquéreur est devenu propriétaire dès l'accord des volontés. Si on transpose la maxime « *res perit domino* » aux immeubles immatriculés on doit considérer que le vendeur, malgré l'accord des volontés demeurera propriétaire et en supporte les risques jusqu'à l'inscription de l'acte sur les livres fonciers car l'inscription seule opère le transfert de propriété.

De ce fait, si l'immeuble périt par cas fortuit ou force majeure alors que l'acte d'achat n'a pas encore été inscrit, le risque est à la charge du vendeur, en application de l'adage « *res peri domino* ».

Section 2 : La non rétroactivité des inscriptions

La convention, avant son inscription, a bien créé un droit au profit de l'acquéreur mais c'est un droit personnel, le caractère réel ne lui est conféré que

¹⁴ Arrêt de la cour suprême n°265 du 2 juin 1968 revue de « *la jurisprudence de la cour suprême* » n°4 année 1969. p. 9

¹⁵ Cet article prévoit que « ... en outre, la chose vendue est aux risques de l'acheteur, même avant la délivrance, sauf les conventions des parties ».

par une publicité et ce, non seulement à l'égard des tiers mais aussi, par application des articles 66 et 67 du 1913 sur l'immatriculation, entre les parties. Le caractère réel du droit ne prend naissance que du moment où l'inscription du droit est faite. Celui-ci ne bénéficie d'aucune rétroactivité ni au jour de la date de l'acte, ni à la date choisie conventionnellement, même si telle était la volonté expresse des parties.

Il est à signaler toutefois, que le principe de l'effet constitutif des livres fonciers s'appliquent non seulement, aux termes de l'article 67 du dahir sur l'immatriculation, aux actes volontaires, mais aussi aux jugements en application de l'article 202 du dahir du 02 juin 1915, ce texte n'a pas respecté au point de vue des constitutions et modifications des droits le vieux principe dit « *principe de l'autorité de la chose jugée* ».

De plus, le D.O.C. énonce que la prescription ne joue contre les droits qu'au moment où ils sont acquis¹⁶. Cependant, le droit réel ne s'acquiert que par l'accomplissement de la formalité de publicité. C'est donc, à dater de l'inscription que commence à courir le délai de prescription. En effet, en ce qui concerne les actions portant sur l'acquisition d'un droit réel, le point de départ de la prescription doit être fixée au jour de l'inscription sans aucune considération de la date de l'acte en soi ; cela à condition que le droit inscrit n'ait pas fait l'objet d'un transfert au profit d'un tiers de bonne foi, auquel cas, il est consolidé et devient irréfragable.

Ainsi, cette règle de non rétroactivité se manifeste dans le cas de l'exercice d'un droit de préemption sur un immeuble immatriculé ou le délai ne commence à courir que du jour de l'inscription de l'acte et non de l'acte en soi.

Dans le même ordre d'idées, le législateur dans son article 63 du dahir sur l'immatriculation dispose clairement que « *la prescription ne peut faire acquérir aucun droit réel sur un immeuble immatriculé à l'encontre du propriétaire inscrit, ni amener la disparition d'aucun des droits inscrits sur le titre de propriété* ». Ainsi, la possession en matière de biens immatriculés va seulement permettre de faire correspondre l'état de droit de l'immeuble, tel qu'il est reflété par le titre foncier, à son état de fait.

Deuxième partie : l'étendue de l'incidence du principe de l'effet constitutif

¹⁶ Article 380 du Dahir formant code des obligations et contrats

Dans la première partie, on a analysé la règle en vertu de laquelle seule la publicité sur les livres fonciers crée, valide et légitime les droits réels afférents à un immeuble immatriculé, ce qui présente l'intérêt évident de supprimer radicalement les constitutions et les transactions immobilières occultes, et permet d'assurer la sécurité de la circulation des biens et la protection du crédit public.

Seulement, cette règle de publicité obligatoire des droits réels, pour leur conférer une existence et une opposabilité, n'est pas d'une application totale, des exceptions sont prévues, dont certaines sont néanmoins en harmonie avec l'esprit général de la loi foncière et se présentent plutôt comme de simples atténuations à la règle ; en ce sens, qu'elles ne font pas complètement échec aux conséquences juridiques attachées à la formalité de publicité (Chapitre 1). Par contre, d'autres dérogations en constituent une véritable atteinte du fait de leur caractère purement légal (Chapitre 2).

Chapitre 1 : les atténuations apportées au principe

Dans ce premier chapitre, on étudiera des cas de dérogation, ou plus exactement, des cas d'atténuations parce qu'ils ne font pas table rase de toutes les conséquences juridiques attachées à la formalité de la publicité foncière ; tantôt l'exception se présente comme un moyen destiné à éviter la fraude fiscale, il en est ainsi de la dérogation reconnue au profit du fisc pour la perception des droits de mutation sur des transactions immobilières non encore publiées (Section 1). Tantôt la dérogation à l'effet constitutif du livre foncier n'est que passagère et c'est le cas de l'hypothèque différée. Et enfin, l'exception concerne le cas des droits réels résultant de l'ouverture d'une succession, ce dernier cas constitue plutôt une limite qu'une exception au principe de l'effet constitutif des inscriptions (Section 2).

Section 1 : Atténuation d'ordre fiscale

Pour la perception des droits fiscaux de mutation, le transfert de la propriété et des autres droits réels immobiliers, est censé établi par le seul fait de l'acte juridique, indépendamment de toute inscription.

Ainsi, l'article 141 du code général des impôts pose une présomption de mutation en énonçant clairement dans son alinéa 3 que « *nonobstant les dispositions relatives à l'immatriculation des immeubles, tous actes, tous*

jugements, toutes conventions mêmes verbales ayant pour objet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel portant sur un immeuble, doivent pour l'application du présent code, être considérés comme réalisant par eux-mêmes, et indépendamment de toutes inscriptions au titre foncier, les dites constitutions, transmissions, déclarations, modifications ou extensions de droits réels ».

Marc ROUSSEL estime que cette disposition fiscale porte une véritable atteinte au principe de l'effet constitutif, sans aucune considération de la loi foncière.¹⁷

De ce fait, la législation fiscale, par le biais de ces textes légaux, proclame, qu'en ce qui concerne, la mutation d'un immeuble même immatriculé, sera réalisé par la simple convention des parties, convention qui ne crée au regard des principes régissant les livres fonciers qu'un simple droit de créance. Une convention dépourvue de tout effet réel ou signification foncière devient ainsi, mais exclusivement dans un but fiscal, translatrice de droits réels affectant un immeuble titré.

On a fait remarquer que la dérogation à l'effet constitutif de l'inscription, qui est reconnue au profit du service de l'enregistrement peut porter un trouble sérieux dans l'esprit des usagers de l'immatriculation foncière ; ils peuvent légitimement croire de par la perception des droits de mutation, que la convention est suffisante pour la réalisation du transfert du droit réel. Ce qui est de nature à retarder une mise à jour rapide des livres fonciers et surtout de favoriser la clandestinité des transactions de droits immobiliers, et d'empêcher la règle posée par l'article 67 de jouer pleinement son rôle en faisant concorder les mentions du titre foncier à la réalité.

Toutefois, on peut dire que l'exception prévue au profit du fisc est loin de compromettre la mise à jour du livre foncier, les parties au droit y trouvent un intérêt.

Section 2 : Les atténuations dans l'intérêt privé

Le principe en vertu duquel les droits réels n'ont une existence légale que du jour de la réalisation de leur publicité aux livres fonciers ne s'applique

¹⁷ Citation de Marc ROUSSEL tirée de son article « **De la constitution et du transfert des droits réels dans le régime immobilier marocain** ». G.T.M. n° 959 du 15 août 1945 : « quoiqu'il en soit, en dehors de toute autre considération, décréter purement et simplement qu'une convention n'ayant aucune portée foncière réelle, même entre parties, sera néanmoins considérée comme constituant un transfert de droit réel dans un but exclusivement fiscal, qu'il était parfaitement possible d'atteindre par d'autres voies, c'est là avoir recours à un véritable subterfuge, à un coup de force que l'on peut qualifier d'hérétique, puisqu'il viole et dénature délibérément en définitive, en outre des principes de la loi foncière, ceux posés pour une perception des droits d'enregistrement... ».

pas aux droits réels immobiliers successoraux (Sous-section 1). De même, la loi a forgé une institution dite « hypothèque différée » qui n'est pas soumise à la formalité d'inscription certes, mais qui bénéficie de tous les avantages d'une hypothèque valablement inscrite (sous-section 2).

Sous-section 1: les mutations successorales

L'inscription sur les livres fonciers n'a pas d'effet constitutif lorsqu'il s'agit d'une transmission d'ordre successoral ; l'héritier est propriétaire des immeubles immatriculés qu'ils recueillent dans la succession à laquelle il est légalement appelé, avant même qu'il ait fait inscrire la dévolution successorale sur les titres fonciers concernés.

Dans le même ordre d'idées, un argument de pure logique justifie la dispense de la publicité des mutations « *post mortem* », une succession peut comprendre d'une part, des biens meubles, des biens immeubles non immatriculés, et d'autre part des biens immeubles immatriculés. Si les premiers se transmettent aux héritiers dès le décès du bénéficiaire du livre foncier, à qui appartiendraient alors les seconds pendant le laps de temps allant du moment du décès jusqu'à l'inscription qui, en règle générale, seule crée et valide les droits réels relatifs à un immeuble immatriculé ?

L'article 65 du dahir du 12 août 1913 passe sous silence l'obligation de l'inscription des droits réels résultant de l'ouverture d'une succession puisque les dispositions de ce texte ne font état que des faits et conventions entre vifs, des procès verbaux de saisies immobilières et des jugements passés en force de chose jugée. Les dispositions de l'article 2 du dahir du 2 juin 1915¹⁸ sont certes d'ordre général, mais elles concernent la garantie des droits par l'inscription et non l'effet constitutif proprement dit de l'inscription.

Il faut donc bien admettre que les héritiers deviennent propriétaires des biens immatriculés dépendant d'une succession du seul fait de leur qualité, indépendamment de toute inscription certes. Mais, l'héritier ne peut pas disposer valablement de son droit, si ce droit n'a pas été inscrit à son nom sur le titre foncier concerné. Il ne peut exercer en justice les actions spéciales dérivant de ce droit, il ne peut donc, notamment, exercer le droit de préemption en cas de vente d'une quote-part de l'immeuble indivis par un autre copropriétaire ; il ne peut, non plus exercer une tierce opposition contre un jugement ordonnant la licitation

¹⁸ Cet article est ainsi conçu : « *la garantie des droits réels ou charges foncière n'est obtenue, même entre parties qu'au moyen d'une publication desdits droits par voie de mentions sommaires sur les livres fonciers, au compte particulier ouvert pour chaque immeuble, ainsi que des modifications de ces mêmes droits, ladite publication étant précédée de la vérification des justifications produites* »

de l'immeuble indivis à la requête d'autres copropriétaires ; son droit non inscrit est juridiquement paralysé, il ne peut être invoqué utilement en justice pour faire échec, le cas échéant, à des droits détenus valablement par d'autres.

En effet, les héritiers ne peuvent notamment disposer valablement de leur droits, car leur acquéreur se trouvera dans l'impossibilité absolue de faire inscrire son acquisition sur le titre foncier intéressé tant que les héritiers eux-mêmes ne sont pas inscrits en qualité de propriétaires et ce, en application du principe de la continuité des inscriptions¹⁹. En vertu de ce principe, lorsqu'un droit aura fait l'objet de plusieurs mutations successives ; la dernière ne peut être inscrite avant les précédentes²⁰.

Toutefois, il faut reconnaître que cette dispense présente certains avantages. C'est pourquoi ne peut être ni soutenu, ni justifié, l'arrêt de la cour de cassation française du 10 juin 1959 qui a estimé que l'inscription de la dévolution successorale postérieurement à celle de la vente des droits indivis ne peut permettre aux héritiers l'exercice du droit de préemption puisque le droit réel du candidat à la préemption devra être inscrit antérieurement à la vente ouvrant droit à préemption.

En effet, les droits successoraux se transmettent de plein droit aux héritiers indépendamment de toute inscription et cette transmission automatique comprend forcément aussi bien le droit de propriété que celui de préemption qui appartenait à leur auteur, dès lors, les héritiers se trouvent investis du droit de préemption inhérent à leur qualité de co-propriétaires, qualité acquise à partir de l'ouverture de la succession.

De ce fait se trouve réalisée la condition d'antériorité du droit du futur candidat à l'exercice du droit de préemption. Il faut seulement pour que ce dernier puisse s'exercer valablement, la réalisation de deux conditions ; que la dévolution successorale soit inscrite, ensuite que le délai légal appliqué au défunt n'ait pas expiré.

Sous-section 2: l'hypothèque conventionnelle différée

Aux termes des articles 182 et suivants du dahir du 2 juin 1915, l'inscription d'une hypothèque conventionnelle peut être différée pendant un délai maximum de 90 jours, sans que le créancier soit exposé à perdre le rang

¹⁹ Article 28 de l'arrêté viziriel du 3 juin 1915.

²⁰ Principe confirmé par jugement du tribunal de Marrakech du 9 janvier 1950, G.T.M. 1951 p. 161

qui lui est acquis ; à cette fin, l'acte constitutif de l'hypothèque et le duplicata du titre foncier doivent être déposés à la conservation foncière, et mention de ce dépôt est faite sur le registre des dépôts et mention provisoire en est faite sur le titre foncier.

Si, dans le cours délai de validité, une nouvelle inscription vient à être requise, le conservateur procède alors préalablement, à l'inscription régulière de l'hypothèque différée, qui prend rang du jour de son dépôt ; dans le cas contraire, à l'expiration du délai de 90 jours, le créancier doit ou requérir l'inscription régulière, ou retirer ses pièces, l'hypothèque cesse alors d'être garantie²¹.

Ainsi, bien que non régulièrement inscrite, cette hypothèque, en tant que droit réel, est, pour une durée limitée, valable entre les parties et opposable aux tiers.

En effet, l'intérêt d'une telle institution réside dans la procuration à son bénéficiaire les avantages d'une hypothèque régulièrement inscrite sur les livres fonciers, tout en permettant une économie d'argent en évitant le paiement des droits d'inscription et de radiation. Ce but lucratif assigné à la création d'une hypothèque différée ne semble pas être celui recherché par le législateur.

Chapitre 2 : les véritables exceptions à l'effet constitutif

Dans le chapitre précédent, on a essayé de voir comment certains droits réels sans qu'ils soient publiés et contrairement à ce qu'énonce l'article 67 du dahir sur l'immatriculation foncière, produisent quelques effets réels sans pour autant faire table rase des principes fonciers en vertu desquels les droits réels affectant un immeuble immatriculé doivent, pour leur existence et opposabilité aux tiers, être inscrits sur les livres fonciers.

Par contre ce présent chapitre sera consacré à l'analyse de certains droits qui constituent de véritables exceptions aux principes fonciers ci-dessus rappelés. Parmi ces exceptions, on peut citer tout de suite, celle prévue par l'article 4 du dahir du premier juillet 1914, au profit du domaine public, qui lui confère un caractère de l'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, encore plus, le domaine public peut changer la situation juridique d'un immeuble immatriculé sans qu'une inscription modificative sur le titre foncier de l'immeuble intéressé soit nécessaire. Notre attention sera focalisée sur l'étude de deux sortes de dérogations à l'effet constitutif et ce, en raison de leur importance théorique et pratique. La première catégorie intéresse des exceptions spéciales

²¹ Article 184 du dahir du 2 juin 1915

nominativement désignées et dont le champ d'application concerne un droit réel donné, il s'agit des privilèges et des servitudes (Section 1). La deuxième catégorie comprend des dérogations d'ordre général (Section 2).

Section 1 : En matière de privilèges et de servitudes

Le privilège prévu par l'article 155 du dahir du 2 juin 1915 bénéficie, par dérogation spéciale au principe général posé par l'article 65 du dahir sur l'immatriculation foncière, d'une condition juridique d'existence et d'opposabilité en dehors de toute inscription sur les livres fonciers (Sous-section 1) ; en cette matière comme pour certaines servitudes dont on va parler, les dispositions légales se suffisent à elles-mêmes (Sous-section 2).

Sous-section 1 : les privilèges immobiliers

L'article 155 du dahir de 2 juin 1915 prévoit deux privilèges qui relèvent de cette catégorie : d'une part, les frais de justice pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix, d'autre part, les droits du trésor, tels qu'ils résultent et sont réglés par les lois qui les concernent.

Concernant le privilège des frais de justice, celui prévu à l'article 155 du dahir du 2 juin 1915 qui nous intéresse ici tout particulièrement, est un privilège immobilier spécial puisque les frais de justice qu'il garantit, ne concernent qu'un immeuble bien déterminé et par conséquent ne peut être exercé que sur cet immeuble.

En droit français, le privilège des frais de justice est général ; il s'exerce sur les immeubles du débiteur à défaut de mobilier. Par contre en droit marocain, les frais de justice sont garantis par deux privilèges distincts. En premier lieu, le privilège prévu par l'article 1248 du D.O.C. qui est un privilège général mais purement mobilier qui ne peut en aucune matière s'étendre aux immeubles du débiteur. C'est pourquoi dans un arrêt du 5 juillet 1935, la cour d'appel de Rabat a estimé qu'en absence de dispositions équivalentes à celles de l'article 1104 du code civil français dans la législation marocaine, aux termes desquelles les privilèges énoncés à l'article 2101 s'étendent aux immeubles, le privilège de l'article 1248 du D.O.C. est purement mobilier.

S'agissant du privilège en faveur du trésor on constate que l'article 155 renvoi expressément aux textes spéciaux sur les privilèges du trésor. On peut dire sans crainte de se tromper que cet article est loin de créer un seul privilège

en crée plusieurs. Seulement, les privilèges prévus par les textes spéciaux ont été supprimés, soit limités dans le temps quant à leur durée²².

Sous-section 1: les servitudes

La servitude est une charge foncière imposée sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. De cette définition donnée par l'article 108 du dahir du 2 juin 1915, il résulte que la servitude est un droit réel immobilier. Comme tel, et en vertu de l'article 65 consacrant le principe de l'effet constitutif, elle doit être soumise à la publicité. Cependant, contrairement aux servitudes conventionnelles, les servitudes légales²³ et celles qui dérivent de la situation des lieux y échappent.

Ainsi, les servitudes naturelles comme celles établies par la loi sont, aux termes de l'article 109 du dahir du 2 juin 1915, dispensées de publicité, en cette matière les dispositions légales se suffisent à elles-mêmes²⁴.

Mais il est fréquent que les propriétaires de fonds frappés d'une servitude légale, spécialement de la servitude de passage en cas d'enclave, aménagent conventionnellement les modalités de son exercice, telles que tracé, dimensions, conditions d'utilisation. Un tel acte, qui n'est pas créateur du droit de servitude, n'entre dans aucune des catégories d'actes soumis à publicité. Mais sa connaissance par les tiers, notamment les éventuels acquéreurs du fonds servant ou du fonds dominant, est d'une évidente utilité, ce qui justifie une publicité au moins facultative²⁵.

Pour toutes ces servitudes, qu'elles soient naturelles ou établies par la loi, les dispositions légales peuvent être invoquées comme titre permanent en dehors de toute publicité sur les livres fonciers.

Section 2 : Concernant certains droits en général

La loi subordonne l'opposabilité des droits de créance aux tiers à l'accomplissement de la formalité d'inscription sur les livres fonciers. Il s'avère donc souhaitable de faire une distinction entre les effets de ces droits entre les

²² CHANNAN Mohamed, « *Les principes directeurs de la publicité foncière et leur incidence sur les droits réels immobiliers en droit marocain* », p. 97

²³ Il est à noter que, bien que le dahir du 2 juin 1915 ait rangé la mitoyenneté parmi les servitudes légales, l'inscription d'un droit de mitoyenneté s'impose pour que celui-ci puisse être valablement invoqué.

²⁴ L'article 109 énonce de manière expresse que « *par dérogation au principe posé par les articles 65 et suivants du dahir sur l'immatriculation des immeubles, les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux et les obligations imposées par la loi sont dispensées de la publicité* ».

²⁵ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, « *Les sûretés - La publicité foncière* ». p. 676

parties, et leurs effets envers les tiers. Ces droits existent et demeurent opposables aux parties dès la conclusion du contrat. Or, ils sont dénués de tout effet envers les tiers qu'après leur inscription sur le livre foncier (sous-section 1). De même, l'inscription de certains droits demeure facultative, son rôle se borne à donner une valeur ajoutée à l'immeuble objet de ce droit, il en est ainsi des droits privatifs d'eau (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les droits de créance

Ces droits existent indépendamment de leur inscription sur les livres fonciers. L'inscription ne crée pas ces droits entre les parties, elle les rend simplement opposables aux tiers²⁶.

Certains droits de créance sont inscriptibles sur les livres fonciers tels que les baux d'immeubles excédant trois ans, quittances ou cessions d'une somme équivalente à plus d'une année de loyers ou fermages non échus²⁷.

De ce fait, l'opposabilité possible, pendant une durée maximum de trois ans d'un bail non inscrit, ne court que de la date de l'inscription du droit du tiers et non plus de la date du bail²⁸. Ainsi, l'inscription des baux s'impose le cas échéant, pour pouvoir invoquer le bénéfice de la propriété commerciale, à l'encontre d'un tiers acquéreur de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce appartenant au locataire.

Bref, Il est évident que ces droits de créance existent, sont valables, entre les parties, indépendamment de leur inscription sur les livres fonciers, l'inscription ne crée pas ces droits entre les parties, elle les rend simplement opposables aux tiers, c'est-à-dire à ceux qui, ayant acquis un droit réel sur l'immeuble donné à bail, ont fait inscrire leur droit, par exemple à un acquéreur de l'immeuble.

Sous-section 2 : Les droits privatifs d'eau

L'eau au Maroc, appartient au domaine public de l'Etat et les droits privatifs d'eau ne peuvent être reconnus, en principe que par une procédure administrative dont les résultats sont homologués par décret.

²⁶ Direction de la conservation foncière et des travaux topographiques, « *Immatriculation foncière en 300 questions - réponses* ». p. 35

²⁷ Article 65 du dahir du 12 août 1913

²⁸ Article 68 du dahir du 13 août 1913

Les droits privatifs d'eau, inscriptibles sur les livres fonciers, ne sont pas soumis à l'effet constitutif des inscriptions ; ces droits existent valablement indépendamment de toute mention sur les livres fonciers.

L'article 19 bis du dahir du 1^{er} août 1925, relatif au régime des eaux, a permis l'inscription des droits d'eau sur les livres fonciers ; cet article est ainsi conçu : « *par complément aux dispositions du dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation des immeubles et des autres textes réglementant le régime foncier de l'immatriculation, peuvent faire l'objet d'une inscription au livre foncier les arrêtés portant reconnaissance des droits acquis sur les eaux...* ».

Ainsi, l'inscription de ces droits privatifs d'eau, régulièrement reconnus, a simplement pour effet de rattacher ces droits à un terrain immatriculé, d'accroître ainsi naturellement la valeur de ce dernier, mais ce n'est pas l'inscription qui établit juridiquement ces droits.

CONCLUSION

En guise de conclusion, on peut déduire que dans le système foncier marocain, la convention des parties est dénuée de tout effet réel. Elle ne fait naître qu'une obligation strictement personnelle à la charge du propriétaire : une obligation de donner dit-on. Mais ce qu'il faut remarquer et relever c'est que l'exécution de cette obligation n'incombe et ne peut être assurée par le véritable débiteur. L'intervention d'un troisième personnage est nécessaire pour libérer le droit au profit du créancier au moyen d'une nouvelle écriture. Ce personnage est le conservateur. Mais celui-ci en opérant cette écriture peut être amené à commettre des erreurs dans cette opération. Le mal sera donc irréparable pour la victime ; le propriétaire inscrit, si un tiers de bonne foi a acquis sur le vu d'une inscription entachée d'irrégularité.