

La subhastation comme mode de transfert volontaire de la propriété foncière en droit genevois ancien

Autor(en): **Lescaze, Bernard**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Bulletin de la SHAG : revue annuelle de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève**

Band (Jahr): **17 (1980-1983)**

Heft 1

PDF erstellt am: **14.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1002568>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

LA SUBHASTATION COMME MODE DE TRANSFERT VOLONTAIRE DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE EN DROIT GENEVOIS ANCIEN

par Bernard LESCAZE*

1. LE MOT ET LA CHOSE

Les règles du transfert de la propriété immobilière par *subhastation* dans l'ancien droit genevois ont longtemps suscité l'admiration des contemporains. Au XVIII^e siècle, le procureur général François Naville écrit : « C'est cette loi qui fait reposer et vivre chacun de nous en paix, sous sa vigne et sous son figuier ; c'est bien d'elle qu'on peut dire : belle loi de Genève !¹ » Jean Cramer, professeur à l'Académie, lui fait écho : « C'est ici le chef-d'œuvre de nos Edits, la justice et la sagesse ont présidé aux diverses dispositions de ce titre ; chaque article est conçu en termes clairs et précis, et en donnant une parfaite sûreté à l'acquéreur, notre loi a facilité les ventes, procuré l'avantage des particuliers, et bonifié le fief de la Seigneurie². »

A dire vrai, cet enthousiasme semble partagé par les étrangers qui visitent Genève, tel Gilbert Burnet, évêque de Salisbury, qui, un siècle plus tôt, avait ainsi décrit la subhastation :

* Communication présentée à la Société d'histoire et d'archéologie, le 17 janvier 1980.

¹ François NAVILLE, *Etat Civil de Genève*, Genève, 1790, p. 122, ci-après cité *Etat Civil*. Sur François-André Naville (1752-1794) avocat, du Conseil des Deux Cents dès 1782, procureur général la même année, du Petit Conseil en 1789, destitué en 1792, exécuté le 2 août 1794 sur ordre du Tribunal révolutionnaire, voir [Louis de Manoël] de VEGOBRE, *Discours pour servir d'introduction à un ouvrage posthume de François-André Naville*, Genève, 1803 ; et Edouard-L. BURNET, *Le premier Tribunal révolutionnaire genevois. Juillet-août 1794*, Genève, 1925 (*M.D.G.*, XXXIV), notamment p. 247-272.

² BPU, Ms Cramer 154, Essai sur le titre XXV des Edits, fol. 1. Sur Jean Cramer (1701-1773), voir Gottfried PARTSCH, « Jean Cramer et son précis de l'histoire du droit genevois (1761) », dans *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, t. XIII, p. 13-87.

«La loi qu'on suit est belle, dont voici un article qui me paraît surtout considérable, c'est celui qui règle la manière de vendre les fonds. Selon cet article, un homme qui veut acheter quelque bien s'adresse d'abord au propriétaire avec lequel il s'accorde de prix, après quoi il le fait venir devant le juge, qui ordonne que par trois diverses proclamations faites consécutivement pendant six semaines on déclare à qui il appartiendra que la vente sera faite en un tel jour, lequel étant venu, si les créanciers du vendeur voient que le bien n'est pas estimé ce qu'il vaut par la vente qui en a été faite, ils peuvent enchérir sur cette première vente: sinon et s'ils ne disent rien, l'acheteur consigne ses deniers en justice, d'où il retire un titre pour lequel il ne peut jamais être tiré en cause. Cependant des deniers consignés, une partie se prend pour les frais de justice, et le reste est délivré aux créanciers du vendeur, ou au vendeur lui-même, s'il n'a point de créanciers. Cette manière de vendre s'appelle subhastation... de sorte qu'on peut dire qu'il n'y a point de lieu au monde où l'on jouisse plus sûrement de son bien qu'en ce pays-là³.»

La description de Burnet contient les éléments essentiels d'une subhastation volontaire: accord préalable entre le vendeur et l'acquéreur, annonces publiques, mise aux enchères, titre de propriété pleinement assuré. On comprend mieux l'assurance de Naville qui déclarait: «Acheter un fonds, une maison sur le territoire de Genève, c'est acheter un diamant, une rente; on n'éprouve ni plus de difficultés dans l'acquisition, ni plus de craintes dans la jouissance, et lorsqu'aucune circonstance étrangère ne nous travaille, on n'a pas plus d'embarras pour la revente, ni plus d'inquiétude sur la manière dont les héritiers se répartiront ce fonds entre eux⁴.»

A considérer les choses de plus près, force est de constater que la subhastation n'est rien d'autre qu'une vente judiciaire, volontaire ou forcée. Ce mode de transfert de la propriété est connu depuis l'Antiquité. Il convient donc d'examiner ce qui différencie la subhastation genevoise des institutions analogues qui ont cours dans d'autres pays.

Sur l'origine même de la subhastation, tous les auteurs anciens sont d'accord pour en faire remonter l'origine à la vente publique, sous l'autorité du prêteur. On vendit d'abord le butin, puis les biens des proscrits et des exilés, enfin ceux des débiteurs. Une lance, symbole d'autorité, était fichée dans le sol, d'où le nom *subhastatio*⁵.

³ Gilbert BURNET, *Voyage de Suisse, d'Italie et de quelques endroits d'Allemagne et de France, fait ès années 1685 et 1686*, Rotterdam, 1687, p. 15-16.

⁴ *Etat Civil*, p. 125.

⁵ Voir notamment Ludovicus POSTIUS, *De subhastatione tractatus*, Genève, 1670, qui rappelle que *hasta symbolum fortitudinis erat*, et déclare qu'*auctio idem est quod*

Toutefois, malgré l'homonymie, la *subhastatio* romaine et la subhastation ne doivent point être confondues.

«La vente par décret s'appelle encore dans quelques provinces subhastation, et elle a beaucoup de rapport à la subhastation qui se faisait chez les Romains des immeubles des débiteurs qui ne payaient point ce qu'ils devaient à leurs créanciers : en effet la subhastation ne se faisait à Rome qu'en vertu d'une ordonnance du préteur, après différentes proclamations par les officiers publics, et l'adjudication des biens se faisait au plus offrant et dernier enchérisseur sur la place publique, auprès d'une pique que l'on mettait en terre, pour marque de l'autorité en vertu de laquelle la vente se faisait⁶.»

Mais le même auteur ajoutait :

«Ce qui s'observe en France pour la vente des immeubles par décret est si différent de ce qui se pratiquait à Rome pour les subhastations, que l'on peut regarder cette partie de notre jurisprudence, comme étant purement de droit français⁷.»

Le même mot peut recouvrir des institutions fort différentes quant à leurs effets. Pour Claude-Joseph de Ferrière, le mot subhastation est d'une relative imprécision :

«Ce terme de l'article 150 de la Coutume de Paris se prend pour la vente des immeubles qui se fait par *criées* et par *décret*. Mais ce terme généralement pris signifie toute sorte de vente publique qui se fait à l'encan et à cri public au plus offrant et dernier enchérisseur.»

«Décret volontaire est celui qui se fait du consentement des parties sur le vendeur, afin de purger les hypothèques et de mettre l'acquéreur en sûreté⁸.»

Cependant, un arrêt de la Grande Chambre, du 4 mars 1746, précisait :

«Le décret volontaire ne purge point le droit de propriété contre celui qui ne s'est point opposé, parce que le décret ne fait qu'un même titre avec le contrat et ne peut pas donner plus de droit que le contrat⁹.»

subhastatio. Il est vrai que pour Postius, la subhastation est toujours une vente forcée et jamais volontaire. Il s'appuie sur *Greg. dec. 193 n. 2* et *decis. 319 n. 6*. Voir aussi Charles REVEL, *L'usage des pays de Bresse, Bugey, Valromey et Gez, leurs statuts, stil et édits* [1^{re} éd. 1663], Bourg-en-Bresse, 1729, *passim*, ci-après cité REVEL.

⁶ Louis de HÉRICOURT, *Traité de la vente des immeubles par décret*, Paris, 2 vol., 1727, t. I, p. 2

⁷ HÉRICOURT, *idem*, p. V. L'auteur renvoie aussi à GOUGET, *Traité des criées et décrets, hypothèques et nantissement*, Paris, 1619.

⁸ Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1769, t. II s.v. Voir aussi l'édit sur les criées du 5 septembre 1551.

⁹ Arrêt cité par Ferrière, fort important, car il fait voir la différence entre le décret volontaire français et la subhastation volontaire genevoise, *op. cit.*, I, p. 415.

Le décret a donc pour effet, en France, de purger tous les droits réels dont les titulaires n'ont pas fait opposition. Mais les droits féodaux ne sont pas affectés par cette purge¹⁰. Il en va de même dans les Pays-Bas espagnols¹¹.

La Bresse, le Valromey, le Bugey et le Pays de Gex possédaient leur propre usage, réservé par le règlement du Parlement de Dijon, qui connaissait des règles particulières de vente judiciaire appelée subhastation et discussion¹². En Bresse, par exemple, la subhastation immobilière ne purgeait pas l'hypothèque non plus que la vente volontaire, même avec interposition de décret judiciaire qui n'avait d'autre effet que de purger les nullités de forme¹³.

En Savoie, on distinguait la *subhastation* (vente des biens du débiteur saisis à concurrence de sa dette) et la *discussion* (vente d'une hoirie répudiée ou des biens abandonnés par un débiteur insolvable). La subhastation ne purgeait pas les hypothèques et offrait au débiteur la possibilité de racheter son bien dans un délai de six mois. La discussion, au contraire, n'offrait aucune possibilité de rachat, purgeait les hypothèques et anéantissait toutes actions des créanciers¹⁴.

¹⁰ Une définition générale du décret volontaire peut être trouvée dans M. MARION, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1976 (rééd.) p. 166: «Un bien vendu par décret était un bien saisi réellement et vendu par ordre des créanciers. C'était le décret forcé. Un décret volontaire était celui qu'un acquéreur faisait faire, sur lui ou son vendeur, d'un immeuble par lui acquis, pour purger les hypothèques, droits et servitudes qu'un tiers pourrait y prétendre. L'usage de cette formalité coûteuse fut abrogé par l'édit de juin 1771 sur les hypothèques, qui y substitua les lettres de ratification, que les acquéreurs pouvaient prendre dans les chancelleries établies à cet effet.»

¹¹ Philippe GODDING, *Le droit foncier à Bruxelles au moyen âge*, Bruxelles, 1960, p. 344-345 (*Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, I).

¹² Le Règlement du Parlement de Dijon, du 26 juillet 1614, comprenait 46 articles. L'usage de la Bresse, du Bugey, du Valromey et du Pays de Gex remontait sans doute au premier Statut accordé par Amédée de Savoie en 1430. Ce privilège avait été confirmé par Henri IV en novembre 1601. Dans ces pays, il n'existait pas de saisie réelle, de criée ou de décret, mais seulement des subhastations, des discussions et des bénéfices d'inventaires; voir les déclarations royales du 3 juillet 1702 concernant la Bresse et du 6 décembre de la même année pour ce qui regarde le Bugey et le Pays de Gex.

¹³ REVEL, *op. cit.*, p. 73, et [Antoine Favre], *Cod. Fabr. de distract. pign.*, déf. 27, auquel REVEL renvoie.

¹⁴ REVEL, *op. cit.*, p. 4, 5, 65. L'auteur renvoie aussi au statut savoyard de 1430, livre 2, chapitre 174 pour la subhastation en Savoie.

Le Pays de Vaud connaissait aussi des règles particulières concernant les gagements, les subhastations et les discussions¹⁵. Décrets et subhastations avaient donc pour but de purger un fonds de tous les droits des tiers non revendiqués dans un certain délai. En France, l'usage de cette formalité coûteuse fut abrogé par un Edit de juin 1771 portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, et abrogations des décrets volontaires. Le but de l'Edit royal était d'«assurer le droit de propriété de chacun...» et de «prévenir les troubles et les évictions qui résultent souvent de l'omission des formalités longues et embarrassantes, auxquelles les décrets volontaires sont assujettis»¹⁶.

Le système du décret volontaire fut donc remplacé, dès 1771, par celui, plus général, et d'une application plus large, de la conservation des hypothèques. Pourtant ce système décrié se rapprochait de celui en usage à Genève, jugé excellent par ailleurs. Il convient donc d'examiner les particularités de la subhastation genevoise.

2. LA SUBHASTATION GENEVOISE

a) Définition

«La subhastation est une vente publique et solennelle d'un immeuble, précédée de saisie, levation, taxe, criées et affixions de panonceaux, et faite sous autorité de justice au plus offrant et dernier enchérisseur¹⁷.» La définition de Jean Cramer paraît quelque peu succincte dans son bref résumé des articles 1-24 du titre XXV des Edits civils intitulé *Des criées et subhastations des biens immeubles*¹⁸.

¹⁵ Voir *Lois et statuts du Pays de Vaud*, Berne, 1730, en particulier les titres XXV Des gagements et subhastations, p. 525-545 et XXIX Des discussions, p. 561-578; Jean-François BOYVE, *Remarques sur les lois et statuts du Pays de Vaud*, Neuchâtel, 1756, 2 vol.; Jean-François BOYVE, *Définitions ou explications des termes du droit consacrés à la pratique judiciaire du Pays de Vaud*, Lausanne, 1766; G. OLIVIER, *Explication du coutumier du Pays de Vaud*, Lausanne, 2^e éd., 1796, et aussi Henri SANDOZ, *La procédure ordinaire de saisie et de vente forcée à l'époque bernoise dans le Pays de Vaud (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Lausanne, 1960, notamment p. 14 n. 3, et p. 96-99.

¹⁶ Cité par GRENIER, *Commentaire sur l'Edit portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs et abrogation des décrets volontaires*, Riom, 1787, p. 22.

¹⁷ BPU, Ms Cramer 154, p. 2.

¹⁸ Voir *Edits civils de la République de Genève*, Genève, 1735. En 1707, la première édition imprimée des Edits de 1568 place ce titre Des criées et subhastations en vingt-deuxième position.

Celle d'Antoine Flammer s'attache davantage aux effets :

« La subhastation était la procédure suivie en cas de vente forcée des immeubles du débiteur. Elle avait pour effet de consolider la propriété en mains de l'adjudicataire et de purger les droits réels dont elle était grevée. Seuls les droits de servitude, les droits seigneuriaux, de fief et de censive n'étaient pas éteints par elle. La sécurité qui en résultait pour les acquéreurs était si grande, malgré ces restrictions, que l'usage prévalut peu à peu d'étendre la subhastation aux ventes volontaires. On y recourait même, sans qu'il y eût vente, par une fiction en vertu de laquelle le propriétaire, voulant prouver que son fonds était libre d'hypothèque, se le faisait adjuger à lui-même¹⁹. »

Deux brèves remarques s'imposent ici. A lire les définitions de Jean Cramer et d'Antoine Flammer, rien ne paraît différencier fondamentalement la subhastation genevoise du décret français, d'autant que la subhastation volontaire apparaît fort tôt à Genève, puisque j'en ai retrouvé une, accomplie par le chanoine Eustache Chappuis, docteur en droit, en faveur de l'évêque Pierre de la Baume, le 19 novembre 1524, portant sur deux maisons, un jardin et huit poses de terrain à Coutance²⁰. Or, à cette époque, la subhastation n'avait pas encore atteint le degré de perfection qui fit son succès.

Pourtant François Naville semble formel :

« Cette loi paraît n'appartenir qu'à nous seuls en Europe. Quelques nations ont des institutions qui lui ressemblent, ou qui même en portent le nom ; mais ce sont d'autres formalités, d'autres délais, et comme le droit acquis par la subhastation ne souffre chez nous aucune exception quelconque, tandis que, partout ailleurs, les droits du Seigneur, du fisc, du domaine de l'Etat, les prétentions de l'Eglise sont plus sacrés et au-dessus d'elle ; il n'existe pas de comparaison possible entre les lois qui admettent ces restrictions et la nôtre. »

« ... Dès le jour que l'expédition a été faite à l'acquéreur, il obtient une certitude absolue, ou, pour mieux dire, une garantie légale, qu'il ne sera, ni évincé dans sa propriété, ni molesté dans sa jouissance²¹. »

b) *Textes légaux*

Dès le XV^e siècle, on rencontre le terme *subhastatio* signifiant vente judiciaire dans les textes genevois²². Toutefois, deux textes, promulgués à dix ans d'intervalle, réglementent l'institution de la

¹⁹ Antoine FLAMMER, « Le Droit civil de Genève. Ses principes et son histoire », dans *Bulletin de l'Institut national genevois*, XX, 1875, p. 1-303.

²⁰ AEG, Jur. Civ., Cd, 1, 19 novembre 1524. Le notaire qui instrumente est le procureur patrimonial Pierre Maître.

²¹ *Etat Civil*, p. 119-120 et 122.

²² Voir *Les Sources du Droit du canton de Genève*, éd. E. Rivoire et V. van Berchem, t. I, Aarau, 1927, p. 394, 17 août 1451.

subhastation. Il s'agit d'une part de l'édit sur les subhastations²³, adopté en Conseil des Deux Cents le 4 février 1558, d'autre part du titre XXII des Edits civils²⁴ adoptés en Conseil général le 29 janvier 1568, devenu le titre XXV des Edits civils en 1735.

Dans son préambule, l'édit de 1558 indique clairement que les subhastations n'offraient pas, jusqu'alors, de garanties suffisantes à l'acquéreur, en cas d'éviction, à tel point que les biens subhastés étaient souvent dédaignés et vendus à vil prix, au détriment des vendeurs et de leurs créanciers. Pour «rendre fermes et stables contre toutes actions et querelles les dictes cries et subhastations», l'édit de 1558 prévoit diverses «formes et solemnitez». La procédure, qui vise à assurer la publicité de la subhastation, est celle-là même dont rend compte la définition de Jean Cramer. On peut supposer que l'édit codifiait plus qu'il n'innovait des usages en vigueur, mais plus ou moins bien respectés.

En revanche, selon cet édit, la subhastation ne sort que des effets limités pour l'acquéreur. Certes, quiconque n'est intervenu durant la procédure n'est plus reçu «à demander droict ny action quelconque»²⁵ sur les biens expédiés, «sauf toutesfois tousjours les droictz de la Seigneurie», mais le débiteur conserve la faculté de rédimier son bien durant six mois après l'expédition, en remboursant, bien entendu, le prix de la subhastation²⁶. Pis, un même délai est accordé à ceux qui résident à Genève durant la subhastation et qui prétendent avoir des droits sur le fonds expédié²⁷. Ce droit d'intervention est porté à une année pour l'absent²⁸, à trois pour la veuve ou le pupille²⁹.

²³ Publié dans *Les Sources du Droit du canton de Genève*, éd. E. Rivoire, t. III, Aarau, 1933, p. 74-79.

²⁴ *Idem*, p. 208-217, qui reprend *in fine* le texte de 1558.

²⁵ *Idem*, p. 77 et p. 215 art. 36.

²⁶ *Idem*, p. 76: «le debiteur contre lequel le bien auroit esté levé et subhasté a liberté et faculté de retirer et redimer le bien... dedans demy an après la datte de l'expedition...».

²⁷ *Idem*, p. 76-77 et p. 214 art. 32: «ceux qui seront residentz dans la dicte jurisdiction au temps des cries, qui pretendront avoir aulcun droict sur le dict bien expédié, ils pourront estre receuz à agir et quereller sur icelluy bien crié, subhasté et delivré dedans le demy an...».

²⁸ *Idem*, p. 77 et p. 214 art. 33.

²⁹ *Idem*, p. 77 et p. 214 art. 34: «quant aux vefves et pupilles... ils pourront estre receus à agir comme dessus dans trois ans commençans à la datte de telle expedition». Mais pour que ceux qui avaient acquis auparavant des biens par subhastation puissent avoir quelque assurance, malgré l'inobservation de certaines prescriptions édictées en 1558, on proclame une prescription absolue de dix ans, portés à quinze pour les pupilles et les absents (p. 279 et p. 217, art. 43).

C'est dire que l'édit de 1558 n'offrait pas encore à l'institution de la subhastation la solidité qui lui fut ensuite reconnue.

De ce point de vue, c'est bien l'édit promulgué en 1568 qui innove, tout en maintenant la validité de l'édit de 1558 pour les subhastations conclues avant le 29 janvier 1568. Seuls, les articles 1-21 du titre XXII des Edits civils importent. Ils modifient quelques points de procédure: désormais les criées n'ont plus lieu de trois en trois semaines, mais bien de six en six semaines³⁰, allongeant ainsi la durée totale de la subhastation et la portant, en principe, à quatre mois et demi, délai encore valable à la fin du XVIII^e siècle, mais délai tout théorique, puisque fêtes et reports augmentaient souvent de manière sensible.

Surtout, ces articles suppriment la possibilité d'intervenir pour quiconque, une fois l'expédition prononcée. Comme le stipule l'article 12:

«aucuns quelz qu'ilz soient, soient absens, puppilles, vefves, ni mesmes le fisque, qui ne se seront auparavant opposez ny intervenus comme tiers ou querellans sus telz biens subhastez et expediez dans les temps predictz respectivement dessus declarez, ne seront plus receuz à demander droict, propriété ny actions et ypotecques quelconques sur telz dictz biens, ains seront forcloz³¹.»

Désormais, la subhastation genevoise, non seulement purge les hypothèques, mais elle emporte présomption de propriété. Ces deux innovations, suppression des interventions postérieures à l'expédition et présomption de propriété vont donner à la subhastation genevoise son caractère propre et en faire l'un des modes courants de transfert volontaire de la propriété immobilière.

3. ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA SUBHASTATION EN DROIT GENEVOIS

Au XVIII^e siècle, Jean Cramer distingue quatre éléments essentiels dans la subhastation, dont l'absence rend nulle ou imparfaite celle-ci. Ce sont la saisie, les criées et la taxe préalable, l'affixion des panonceaux et enfin l'expédition au plus offrant³². Secondaires apparaissent les diverses sortes d'opposition, la distribution du prix de la vente, la retaxe ou la folle enchère.

³⁰ *Idem*, p. 208 art. 4.

³¹ *Idem*, p. 210 art. 12.

³² Pour Jean Cramer, les articles essentiels sont donc les articles 1, 2 et 3 (saisie), 2, 4 et 5 (criées et taxe préalable), 10 (affixion des panonceaux), 6 et 11 (expédition au plus offrant).

Il est intéressant de noter que les Archives d'Etat conservent, sous la cote Jur. Civ., C, quatre séries distinctes de subhastations qui correspondent, à une exception près, aux phases essentielles de la subhastation. En effet, Jur. Civ., Ca³³ enregistre les exploits de levation (= saisies), Jur. Civ., Cb³⁴ les criées judiciaires, Jur. Civ., Cc³⁵ les subhastations et Jur. Civ., Cd les expéditions³⁶.

a) *La saisie*

«La saisie et levation d'immeuble est le fondement et vrai commencement de toute subhastation³⁷.» Il s'agit d'une saisie *réelle*, soit d'une prise de possession, faite par un exploit d'huissier, d'un immeuble. Cette saisie est faite en vertu d'un titre suffisant, à l'instance d'un créancier sur son débiteur. En principe, n'importe quelle somme peut faire l'objet d'une saisie immobilière, pourvu que soit respecté le principe d'équité et de proportionnalité, qui exige que le créancier se rembourse d'abord, si cela est possible, par une saisie de meubles, de fruits, ou de revenus d'immeubles. La saisie ne peut excéder plus que le tiers de ce qui est dû. Il faut agir contre un propriétaire du fonds, qui ait la capacité d'agir et d'ester en justice. On ne peut saisir ni l'usufruitier, ni le substitué.

Dans une subhastation volontaire, l'acquéreur, en vertu de son contrat fait sous condition de subhaster, «procède du consentement du vendeur à la levation du fonds»³⁸. Il faut en effet que les formalités prescrites pour les subhastations forcées soient également suivies pour les subhastations volontaires si l'on veut qu'elles emportent les mêmes effets.

³³ La série Jur. Civ., Ca contient donc les exploits pour avoir paiement d'une somme, et mandement du Lieutenant et auditeurs aux seigneurs commis aux immeubles de taxer en vue de subhastations. Vol. 1-5 (1576-1727), 6-34 (1728-1778).

³⁴ La série des criées judiciaires comporte 65 volumes: Jur. Civ., Cb, vol. 1-2 (1592-1595) et Jur. Civ., Cb, vol. 3-65 (1625-1792).

³⁵ Il s'agit de la série la plus complète dans le temps. Jur. Civ., Cc, vol. 1 couvre 1530-1581, Jur. Civ., Cc, vol. 2 va de 1588 à 1605 tandis que les volumes Jur. Civ., Cc, 6-57 couvrent de manière ininterrompue la période 1626-1798.

³⁶ Des actes d'expéditions sont contenus dans les 6 volumes de Jur. Civ., Cd, 1-6 (1509-1798) très incomplets. Il faut ajouter qu'il subsiste, aux AEG, de nombreux registres de subhastations dans les terres de la campagne; voir Jur. Civ., I à P. Quant à la série Jur. Civ., S, 26 volumes de 1582 à 1793, elle concerne le Tribunal des visites d'immeubles.

³⁷ BPU, Ms Cramer 154, p. 24.

³⁸ *Idem*, p. 125.

La saisie doit aussi être signifiée au véritable propriétaire. Un litige curieux s'éleva en 1706, à ce sujet. Un père vendit une boutique appartenant jadis à sa femme et dont il n'était que le possesseur jouissant. Sa fille, la véritable propriétaire, l'ignorait avant l'expédition et elle obtint l'annulation de la subhastation. L'argumentation de cette dernière, adoptée par le Petit Conseil, était la suivante: la subhastation ne sert qu'à purger les hypothèques quand elle est faite en vertu d'un contrat de vente. Ce n'est pas la subhastation qui a un effet translatif de propriété dans ce cas, mais bien le contrat de vente. Il y eut recours au Deux Cents. Dans son factum, l'avocat Pierre Sales démontra que le Petit Conseil renversait tout le système de la subhastation et violait l'esprit comme la lettre des articles 7 et 12 du titre des subhastations, tout en rompant la sécurité des acquéreurs. La subhastation a été introduite pour mettre à couvert l'acquéreur contre les demandes de ceux qui se prétendent propriétaires. Admettre la réclamation d'un prétendu propriétaire contre un acquéreur de bonne foi serait renverser le système. Si celui qui n'est pas possesseur, et dont on ignore la propriété peut revendiquer son fonds subhasté, sans s'être opposé, en temps voulu, à la subhastation, alors celle-ci ne purge pas les droits de propriété et les propriétaires seraient maintenus en leur propriété, nonobstant la subhastation et expédition faite. Pierre Sales obtint gain de cause et la subhastation fut déclarée valide par le Deux Cents le 26 avril 1710³⁹.

Objets de la saisie

Les objets de la subhastation sont ceux qui seuls peuvent faire l'objet d'une saisie, à savoir: tout immeuble (sans les accessoires qui suivent l'objet principal), les moulins, fixes ou à bateaux étant réputés immeubles, tout fief, avec ou sans justice, tout droit de dîme.

Conditions de la saisie

Elles sont au nombre de sept; il faut en effet un commandement de payer, la présence d'un huissier et de deux témoins, un exploit qui

³⁹ *Idem*, Ms Cramer 167, p. 165 ss. (Recueil de décisions et d'observations de jurisprudence à l'usage des juges et des avocats de Genève). Le problème est aussi de savoir si le contrat initial pouvait valablement être conclu. Cette jurisprudence est analysée par Jean Cramer. Cet arrêt est capital pour comprendre la singularité de la subhastation genevoise.

doit contenir les causes de la levation, la description des confins, l'assignation à comparaître devant le Lieutenant de justice pour la taxe des fonds, les criées, la subhastation et expédition adressée au débiteur, la signification de l'exploit à ce dernier, le dépôt de l'original du procès-verbal de la saisie au greffe avec remise de copies aux parties. La désignation précise du fonds peut être importante. En 1663, un certain Bellamy réussit à annuler la subhastation forcée de son fonds parce qu'on avait publié boutique au lieu de haut-banc⁴⁰.

b) *Taxe et criées*

Celle-ci est en principe du ressort des seigneurs commis aux visites des immeubles, mais en fait, au XVIII^e siècle, selon Jean Cramer, elle est établie par le sautier. Tous les rapports mentionnant les commis sont donc des faux ne contenant « ordinairement pas un mot de vrai », bien qu'il s'agisse d'une « pièce probante et nécessaire » ajoute le professeur⁴¹. On voit par ce modeste exemple combien la pratique pouvait s'écarter du texte formel de la loi dans le droit genevois ancien, dans lequel il importe toujours de confronter les règles à leur application.

La criée est une proclamation faite publiquement par les carrefours de la ville et à la porte du temple, dans les villages, par un crieur « à l'effet de trouver des enchérisseurs. La criée s'effectue par huissier suivi du trompette, le samedi à midi. La première criée a lieu le second samedi après la levation, la deuxième six semaines plus tard, et ainsi de suite ».

c) *Affixion des panonceaux*

L'affichage a lieu à la Maison de ville, au Molard, à Saint-Gervais et sur la maison ou le fonds subhasté. L'écrit contient la levation, le nom de l'instant, le nom du débiteur (vendeur dans le cas de la subhastation volontaire), la situation et les confins du fonds, la somme pour laquelle on le subhaste, le jour des criées et celui de l'expédition.

⁴⁰ *Idem*, Ms Cramer 167, p. 209. Le Petit Conseil avait annulé la subhastation, mais condamné Bellamy aux dépens et dommages-intérêts. Le Deux Cents confirma la sentence le 15 janvier 1664.

⁴¹ *Idem*, Ms Cramer 154, p. 15.

d) *L'expédition*

Elle a lieu six semaines après la troisième criée. C'est du moins ce que conclut un arrêt du Deux Cents, le 22 mai 1774, qui décida, presque unanimement, de s'en tenir à l'usage ancien qui établissait un délai de dix-huit semaines entre le jour de la levation et celui de l'expédition⁴². Certains auraient voulu que ce dernier soit celui de la dernière criée, ce qui eût raccourci le délai à douze semaines. Toutefois, la pratique des renvois, pour vacations ou à la demande du débiteur-vendeur, allongeait considérablement les délais.

L'expédition se tient sous la halle de la Maison de ville. Selon un arrêt du 21 août 1733, l'instant où son procureur doit être présent et requérir l'expédition du fonds. Une fois le fonds misé, l'expédition a lieu par la tradition de la plume qui investit le nouvel acquéreur de la propriété du fonds⁴³. Depuis 1697, le dernier enchérisseur doit jurer de n'avoir ni détourné ni empêché les miseurs, non plus que d'avoir promis de verser une somme plus importante que celle qui figure au contrat de subhastation. Certains acquéreurs semblent en effet s'être employés à frauder le fisc⁴⁴.

Le transfert de propriété

L'adjudication transfère la propriété. Cette propriété est si fermement acquise à l'adjudicataire que qui que ce soit qui n'est intervenu ou ne s'est opposé (pas même le fisc) n'est reçu à demander droit, propriété, actions ou hypothèques quelconques sur les fonds levés et expédiés, mais en est forclos vis-à-vis de l'adjudicataire.

Comme on l'a vu, même en cas de subhastation volontaire, dans laquelle le contrat de vente est en principe translatif de propriété, et

⁴² Un exemple concret suffit à expliquer la chose : Levation vendredi 28 novembre, 1^{re} criée le samedi 3 décembre, 2^e criée le samedi 19 janvier, 3^e criée le samedi 2 mars, expédition le samedi 14 avril. Il y avait en effet une sorte de contradiction entre l'article XXV, 4 et l'article XXV, 6. Ce dernier semblait autoriser l'expédition le jour de la dernière criée. Mais l'usage ancien prévalut.

⁴³ La tradition de la plume est le signe classique d'investiture de la propriété à Genève. On trouve parfois d'autres signes. C'est ainsi que le 27 février 1559, l'officier du Sr Lieutenant prend possession d'un jardin, au nom de la Seigneurie, ensuite d'une subhastation «par l'entree et sortee dud. curtil, apprehension et tradicion d'une poignee de terre et du verrouz des portes» (Jur. Civ., Cd 1).

⁴⁴ Voir *Les Sources du Droit du canton de Genève*, éd. E. Rivoire, t. IV, Aarau, 1935, p. 635, 27 décembre 1697. Ce serment a pour origine «un abus qui se commet aux enchères qui se font sur les fonds qui se subhastent et se vendent publiquement sous la Maison de ville».

non la subhastation elle-même, l'adjudicataire est protégé contre toute intervention de tiers. D'ailleurs, seule la tradition de la plume transfère immédiatement la propriété, et non l'argent. L'enchérisseur doit rapporter l'argent de la subhastation dans les huit jours, mais en cas de vente volontaire, ce rapport n'a pas lieu, pour éviter les frais. Il n'y a donc qu'un rapport feint, bien que l'on écrive sur le livre des consignations que l'acquéreur a rapporté le prix et que ce prix a été délivré au vendeur! Le montant du droit de consignation est en effet de 1% sur la consignation réelle, alors qu'il s'abaisse à un ½% sur la consignation feinte⁴⁵. Une fois cette formalité effectuée, l'adjudicataire reçoit une quittance judiciaire, apposée au bas du contrat de subhastation.

L'acquéreur n'a pas à s'embarrasser de savoir si les deniers délivrés tombent dans la bonne escarcelle. Il est propriétaire. Comme le dit Jean Cramer:

«C'est cette solidité dans la manière d'acquérir par subhastation qui en fait la beauté et l'utilité. L'acquéreur n'est point obligé de s'informer de la solvabilité du débiteur au préjudice de qui le fonds avait été levé. Son obligation ne consiste qu'au rapport à faire du prix auquel le fonds lui a été expédié⁴⁶.»

La subhastation ayant été introduite pour purger les hypothèques et assurer l'acquéreur de sa propriété, elle ne saurait acquérir à l'acheteur plus de droits que n'en avait le propriétaire du fonds. Les droits seigneuriaux, les dîmes et les servitudes ne sont donc pas purgés. A noter qu'en France, le décret purgeait la servitude occulte et non apparente, si son propriétaire ne s'était pas opposé à ce dernier. A Genève, au contraire, toute servitude réelle, occulte ou non, subsiste, nonobstant la subhastation⁴⁷.

4. CAS PARTICULIERS À LA SUBHASTATION VOLONTAIRE

Une subhastation volontaire peut avoir lieu lorsque tous les créanciers d'un même débiteur se mettent d'accord pour vendre l'immeuble de ce dernier à un tiers pour un certain prix sous condition

⁴⁵ BPU, Ms Cramer 154, p. 33. Encore une divergence entre la lettre de la loi et la pratique, reconnue même dans les tarifs officiels!

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*, p. 71. Le 14 juillet 1732, le Petit Conseil maintint une servitude *ius altius non tollendi* car la levation n'avait pas été signifiée au propriétaire du fonds dominant.

de subhaster afin d'éviter les frais plus élevés d'une subhastation forcée.

Mais la subhastation volontaire devant répondre aux mêmes formalités qu'une subhastation forcée, le fonds doit être vendu au plus offrant. Peu importe l'acquéreur. Que se passe-t-il si les enchères ont dépassé le prix fixé par le contrat de vente? La solution préconisée par Jean Cramer respecte le droit et l'équité, en distinguant l'intérêt du vendeur et celui de ses éventuels créanciers:

«A l'égard du vendeur, à quelque prix que soit portée l'adjudication, l'acquéreur n'est jamais tenu de lui payer réellement une somme plus considérable que celle qui est portée au contrat de vente; le surplus du prix de l'adjudication cède au profit de l'acquéreur.»

«A l'égard des créanciers opposants, les conventions du contrat de vente ne leur pouvant porter aucun préjudice, n'ayant point contracté avec l'acquéreur, ils peuvent le contraindre à rapporter réellement en justice le prix entier de l'adjudication, à quelque somme qu'elle puisse monter, sauf à l'acquéreur son recours et sa garantie contre son vendeur⁴⁸.»

De même, l'une des questions qui surgit est de savoir si l'on doit payer un double lod dans le cas d'une vente par contrat, suivie d'une subhastation volontaire. Deux cas se présentent. Si l'adjudicataire est la même personne que l'acquéreur par contrat, il est évident qu'un seul lod est dû. Si l'acquéreur par contrat n'a pas été le dernier enchérisseur, on pourrait imaginer qu'un double lod doive être payé, puisqu'il y aurait eu double transfert de propriété. Tel n'est pas le cas à Genève où l'on admet qu'un seul lod doit être versé, mais calculé sur le prix de l'adjudication et non sur le prix du contrat⁴⁹.

5. L'EXPOSITION EN VENTE

Il s'agit d'une subhastation volontaire sans acquéreur déterminé. Le 7 septembre 1645, Domaine Mestrezat avait formulé, au Conseil des Deux Cents une proposition pour qu'il «soit loisible à ceux de la ville, de même qu'il est permis dans les terres de la souveraineté, d'exposer vendables publiquement en cette cité leur fonds situés en ville et rière les Franchises»⁵⁰. Cette proposition aboutit dans les faits à

⁴⁸ *Idem*, p. 127.

⁴⁹ *Idem*, p. 129-130.

⁵⁰ R.C. 145, fol. 300, 7 septembre 1645. Cité également dans Ms. Cramer 167, p. 211.

l'exposition en vente, connue à Genève au XVIII^e siècle. On y observe également les formalités des criées, des panonceaux, des enchères et de l'adjudication. L'acquéreur en obtient la même sûreté qu'avec la subhastation volontaire.

6. PRATIQUE DE LA SUBHASTATION VOLONTAIRE

A s'en tenir à l'affirmation de François Naville, la plupart des mutations foncières genevoises, au XVIII^e siècle, s'opéreraient par subhastation. Cette assertion est difficilement vérifiable, dans la mesure où le mouvement des propriétés n'est pas connu avec précision. Il serait sans doute possible de le retracer à l'aide des registres de lods⁵¹, puis de comparer le chiffre obtenu avec ceux tirés des registres de subhastations et d'expéditions. Tout au plus peut-on fournir ici quelques données à titre purement indicatif, car elles ne sauraient être vraiment significatives d'une tendance.

En 1580, j'ai dénombré 59 subhastations forcées contre 11 volontaires. En 1652, 82 subhastations forcées s'opposent à 39 volontaires. En 1702, 29 subhastations forcées contre 38 volontaires. A la fin du siècle, les subhastations volontaires l'emportent sur les ventes forcées, puisqu'en 1779 on compte 30 subhastations volontaires contre 8 forcées, en 1780, 26 contre 13, en 1781, 30 contre 16 et en 1782, année de crise, 10 contre 6. Ces chiffres tendraient à indiquer que la subhastation volontaire est toujours pratiquée alors que la subhastation forcée paraît en déclin.

Ces chiffres montrent également, d'une manière curieuse, une diminution des ventes par subhastations au XVIII^e siècle, sans que l'on puisse en conclure que cette diminution est celle de l'ensemble des transactions immobilières. En 1661, j'ai compté 57 subhastations, dont 39 en ville et 18 dans les Franchises, alors qu'en 1671, on dénombrait 53 subhastations, toutes en ville, et en 1681, 69 subhastations, dont 44 concernant des fonds en ville, 24 dans les Franchises et 1 subhastation d'une cédule⁵². Mais tant que la proportion des subhastations par rapport au total des transactions

⁵¹ Nous songeons ici aux registres de la série Fin., Y.

⁵² AEG, Fin., Y, 18. En 1861, le montant total des subhastations se monte à 176 000 florins environ, alors qu'en 1671 la somme atteint 240 000 florins, chiffre encore dépassé en 1681 avec 253 000 florins. Le tiers des subhastations environ concernait la vente de chambres, d'appartements ou de galetas.

immobilières ne sera pas connue, on ne pourra estimer l'importance véritable de la subhastation comme mode de transfert de la propriété en droit genevois ancien. Assurément, elle devait être non négligeable. Outre les témoignages des voyageurs et des juristes contemporains, d'autres chiffres peuvent être comparés. Les transactions immobilières en ville de Genève s'élevèrent à 140 en 1897, 118 en 1898, 99 en 1899 et 110 en 1900, sur un territoire équivalent à celui de l'ancienne cité, augmenté du terrain des fortifications, avec une population en forte hausse⁵³. Le chiffre total des mutations foncières n'atteint que le double du chiffre des seules subhastations deux siècles auparavant. Mais il est vrai que la copropriété par étage n'existait plus à la fin du XIX^e siècle!

D'ailleurs, au moment même où Cramer et Naville vantaient la subhastation, d'autres témoignages lui étaient moins favorables. Constatant qu'il n'existait aucune hypothèque spéciale à Genève et que cette dernière ne pouvait être créée que par voie de subhastation, Lullin de Châteaueux déclarait qu'il s'agissait d'une «précaution qu'on n'emploie que vis-à-vis des gens suspects et dont on se méfie»⁵⁴.

Il ajoutait que:

«les frais de l'expédition de la subhastation et l'espèce de sentiment désagréable et de discrédit qui en sont la suite font qu'on y a rarement recours, au moins les honnêtes gens. Ce moyen n'est en usage qu'entre gens absolument étrangers les uns aux autres ou dont l'une des parties se défie ou a des raisons de se défier de l'autre!»⁵⁵

Autant dire que pour Lullin de Châteaueux, la subhastation était le mode volontaire de transfert de la propriété entre fripons! Au-delà de l'histoire du droit se profile un problème d'histoire des mentalités.

⁵³ Ces chiffres sont tirés du *Bulletin immobilier 1898-1900*.

⁵⁴ AEG, Factum, vol. 8, *Lettres apologétiques et instructives*, Genève, 1790 (rédigées par Lullin de Châteaueux), p. 165.

⁵⁵ *Idem*, p. 175. L'auteur donne de précieuses indications sur la manière dont il considérait l'institution de la subhastation: «La forme de la subhastation n'a été imaginée que pour obvier au manque d'un bureau d'hypothèques qui n'a jamais existé dans ce pays et que l'on ne veut point établir parce qu'on diminuerait le revenu d'un fisc auquel on paie un droit considérable et proportionné à la valeur de l'immeuble que l'on fait subhaster» (*id.* p. 173) ou encore: «La voie des subhastations n'a été ouverte que pour mettre le prêteur à l'abri de la fraude de l'emprunteur qui pourrait, s'il était un malhonnête homme et un fripon, offrir au prêteur pour sûreté de son capital une maison ou des terres chargées de dettes au-delà de leur valeur réelle, ce qui serait très difficile à vérifier, vu qu'il n'y a point ici de bureau où les hypothèques soient enregistrées» (*ibid.*).

7. CONCLUSIONS

Le procureur général François Naville prouve l'excellence de la subhastation genevoise par le fait qu'elle anéantit tous les procès en matière de propriété d'immeubles. Il reconnaît toutefois que la disposition genevoise «ne pourrait être adoptée par un peuple qui posséderait un territoire plus étendu sans des modifications assez importantes»⁵⁶. Il se félicite surtout de telles «institutions qui facilitent et accélèrent à ce point la transmission des propriétés foncières et leur pleine propriété»⁵⁷, et estime qu'en l'espace de trente ans, les immeubles genevois sont soumis à une totale transmutation. Cette affirmation étonne quand on sait avec quelle lenteur s'opéraient les subhastations et quand on se souvient de maisons, propriétés de la même famille durant un siècle ou deux. En revanche, il est hors de doute que cette loi facilitait les emprunts.

«L'esprit de la loi des subhastations est *que la terre soit libre entre les mains de l'acquéreur*⁵⁸.» C'est dans cette phrase de Naville que réside le secret de la subhastation genevoise comme mode de transfert volontaire de la propriété immobilière. A la différence du décret volontaire français qui purgeait les hypothèques, mais non le droit de propriété, la subhastation, dans l'ancien droit genevois, était constitutive d'une présomption de propriété opposable à quiconque n'avait fait opposition dans les délais. L'acquéreur de bonne foi, la jurisprudence du XVIII^e siècle le confirme, en reçoit une formidable protection en un temps où n'existent ni cadastre, ni registre foncier, ni même publicité des droits réels⁵⁹.

⁵⁶ *Etat Civil*, p. 123. Naville assure qu'il n'y a pas cinq procès par an au Tribunal des visites, qui ne concernent guère que des servitudes urbaines ou rustiques (*id.* p. 119).

⁵⁷ *Idem*, p. 124.

⁵⁸ *Idem*, p. 134.

⁵⁹ Suivant le système du Code civil français, il n'existait aucun moyen pour l'acquéreur d'un immeuble de s'assurer que le possesseur en est, au moment de la vente, le légitime propriétaire. La transmission d'un immeuble par vente, échange, partage peut résulter d'un acte authentique ou privé complètement ignoré du nouvel acquéreur. De même, ce dernier est dans l'ignorance des charges réelles grevant l'immeuble. Après la Restauration, Bellot introduit la publicité, d'abord le 13 juin 1816, puis le 20 septembre 1819 en revenant, dans la loi sur la procédure civile, au titre relatif à l'adjudication forcée des immeubles, aux subhastations, auxquelles on ajouta un projet de loi sur l'inscription des droits réels, voté le 28 juin 1820. C'est la dernière apparition de la subhastation dans le droit genevois. En effet, le 24 décembre 1827, un grand projet de loi sur les droits réels soutenu notamment par Rossi et Bellot prévoit le principe de la publicité absolue.

