



HAL
open science

La nature juridique de l'affranchissement de l'esclave dans les colonies françaises

Frédéric Charlin

► **To cite this version:**

Frédéric Charlin. La nature juridique de l'affranchissement de l'esclave dans les colonies françaises : d'une liberté octroyée au droit à la liberté. Journées internationales de la Société d'histoire du droit : Droit naturel et droits de l'homme, Société d'histoire du droit; Centre d'études et de recherche sur le droit, l'histoire et l'administration publique (CERDHAP), May 2009, Grenoble, France. pp.241-270. hal-01926574

HAL Id: hal-01926574

<https://hal.science/hal-01926574>

Submitted on 8 Dec 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LA NATURE JURIDIQUE DE L’AFFRANCHISSEMENT DE L’ESCLAVE
DANS LES COLONIES FRANÇAISES : D’UNE LIBERTÉ OCTROYÉE VERS UN « DROIT » À LA LIBERTÉ**

FRÉDÉRIC CHARLIN
Docteur en histoire du droit
ATER à Grenoble

L’affranchissement, envisagé dans des études relatives à la condition des affranchis dans les colonies françaises¹ – qualifiée d’ « état mitoyen » à la fin du XVIII^e siècle par le juriste Emilien Petit – fournit la matière propice à une réflexion juridique stimulante. Comme la *manumissio* à Rome, la « libération » de l’esclave ne présente pas un visage unique. Relevant à la fois du droit de propriété du maître et de l’état des personnes, l’affranchissement est emblématique d’un statut juridique hybride puisant sa source dans l’édit de mars 1685, appelé par commodité « Code noir »², assimilant l’esclave aux meubles (art. 44), tout en le reconnaissant responsable sur le plan criminel (art. 32). La *personnalité juridique* est, dans l’ancien droit, dissociable de l’*humanité*, et

¹ C. DUVAL-MEZIN, *La condition des hommes de couleur libres à la Martinique du temps de l’esclavage*, th. droit, Paris II, 1975 ; E. HAYOT, *Les gens de couleur libres du Fort-Royal. 1679-1823*, Paris, Société d’Histoire d’Outre-Mer, 1971 ; J. FALLOPE, *Esclaves et citoyens. Les Noirs à la Guadeloupe au XIX^e siècle dans les processus de résistance et d’intégration (1802-1910)*, Basse-Terre, Société d’histoire de la Guadeloupe, Bibliothèque d’Histoire antillaise, 1992, et « Les affranchissements d’esclaves à la Guadeloupe entre 1815 et 1848 », *Annales de l’université d’Abidjan*, Série I, Histoire, 1978, t. 1, p. 5-32 ; D. ROGERS, *Les libres de couleur dans les capitales de Saint-Domingue. Fortune, mentalités et intégralités à la fin de l’Ancien Régime (1776-1789)*, th. histoire, Bordeaux, 1999 ; A. LEBEAU, *De la condition des gens de couleur libres sous l’ancien régime*, th. droit, Poitiers, 1903 ; J. ADELAÏDE-MERLANDE, « Problématique d’une histoire de l’esclavage urbain. Guadeloupe, Guyane, Martinique vers 1815-1848 », *Bulletin de la Société d’Histoire de la Guadeloupe*, n° 65, 2001, p. 3-23 ; G. STEHLE, « Petit historique des grands recensements antillo-guyanais et en particulier de la Guadeloupe », *ibid.*, n° 115, 1^{er} trim. 1998, p. 3-59 ; N. VANONY-FRISCH, *Les esclaves de la Guadeloupe à la fin de l’Ancien Régime d’après les sources notariales. 1770-1789*, th. histoire, *ibid.*, n° 63-64, 1985. V. aussi F. RÉGENT, *Esclavage, métissage, liberté : la Révolution française en Guadeloupe. 1789-1802*, th. histoire, Paris I, 2002, éd. B. Grasset, 2004. Il s’agit là d’études « localisées ». Les autres références sont de nature juridique : J.-F. NIORT, « La condition des libres de couleur aux îles du vent (XVII^e-XIX^e siècles) : ressources et limites d’un système ségrégationniste », *Cahiers Aixois d’Histoire des Droits de l’Outre-Mer français*, n° 2, 2004, p. 61-119 ; D. A. MIGNOT, « Droit romain aux Antilles : la pratique des affranchissements », in D. A. MIGNOT, *Histoire d’outre-mer. Etudes d’histoire du droit et des institutions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 35-75, et « *In servitute revertis... Exceptions à la sortie de l’esclavage aux Antilles* », in A. GONZALES (éd.), *La fin de l’état servile ? (affranchissement, libération, abolition...)*, hommage à J. Annequin, 30^e colloque du Groupe International de Recherches sur l’Esclavage dans l’Antiquité (GIREA), Besançon, 15-17 décembre 2005, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2008, 2 vol., t. 2, p. 551-563. V. aussi l’étude plus ancienne mais indispensable d’Yvan DEBBASCH, *Couleur et liberté. Le jeu des critères ethniques dans l’ordre esclavagiste. L’affranchi dans les possessions françaises de la Caraïbe (1635-1833)*, Paris, Dalloz, 1967. La liste des références est loin d’être exhaustive.

² J.-F. NIORT, « Code noir », in O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU (dir.), *Dictionnaire des esclavages*, Larousse, à paraître en 2010 ; J.-L. HAROUEL, « Code noir », in S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 208-210 ; J. RICHARD, *L’esclavage des noirs, discours juridique et politique français (1685-1794)*, th. droit, Aix-Marseille, 2009, 1^e partie, chap. prélim. Au sens large, le « Code noir » désigne la législation applicable aux esclaves et aux colonies (v. les éd. Prault, dont le titre en 1767 est par exemple : *Code noir ou recueil des règlements rendus jusqu’à présent concernant le gouvernement, l’administration de la justice, la police, la discipline et le commerce des nègres dans les colonies françaises*). Au sens strict, il s’agit de l’édit de mars 1685 qui contient soixante articles relatifs aux esclaves et aux affranchis, sans oublier quelques dispositions sur les juifs et les protestants (*Code noir, ou édit servant de règlement pour le gouvernement et l’administration de la justice et de la police des îles françaises d’Amérique*, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *Lois et constitutions des colonies françaises de l’Amérique sous le Vent*, Paris, 1784-1790, 6 vol., t. 1, p. 414). Il existe deux autres édits au contenu similaire, l’édit de décembre 1723 pour la Réunion (ANOM, D 102, J.-B. E. DELALEU, *Code des Iles de France et de Bourbon*, Port-Louis, Tristant Mallac et C^{ie}, 1826, p. 247) et l’édit de mars 1724 pour la Louisiane (*Code noir, ou édit du roi de mars 1724 servant de règlement pour le gouvernement et l’administration de la justice, police, discipline et le commerce des esclaves nègres dans la province et colonie de la Louisiane*, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 3, p. 88).

si la nature humaine de l'esclave lui confère certains droits³, il n'a pas de véritable personnalité civile avant les réformes adoptées sous la Monarchie de Juillet⁴.

Si par l'affranchissement, qui ne peut avoir lieu que dans les colonies⁵, le maître renonce à « son bien », il procure aussi la liberté à son esclave, qui devient une personne libre. L'affranchi n'est pourtant pas un sujet égal aux autres, car l'article 58 de l'édit de mars 1685 lui commande un respect singulier à son ancien maître et à sa famille, à l'instar de l'affranchi en droit romain⁶. Le retour en esclavage peut être prononcé à titre de sanction criminelle, mais rarement pour un simple manque de déférence⁷. La disposition est d'autant moins surprenante que les colonies insulaires forment un monde clos où la puissance des maîtres peut s'épanouir, à proximité de juges eux-mêmes propriétaires d'esclaves, marque de concentration du pouvoir. Dans un tel contexte, l'assimilation des affranchis aux autres sujets naturels du royaume ne peut qu'être *relative*, divers liens de dépendance succédant au rapport domestique maître-esclave. L'affranchissement devrait donc aussi être considéré à travers la condition des descendants d'affranchis – même si la question déborde le cadre de cette étude – comme « une étape, fragile et encore précaire, vers un retour définitif à la liberté »⁸. Le décalage chronique entre la réalité quotidienne et les normes applicables est attesté par la répétition de certaines règles dans les textes. Des particularités prolongent le statut de l'ancien esclave, comme la condamnation du

³ Le baptême, le mariage et l'inhumation en terre sainte sont mentionnés dans l'édit de mars 1685, alors que l'art. 26 indique que les esclaves mal entretenus par leur maître « pourront en donner avis à notre procureur général et mettre leurs mémoires entre ses mains » (J.-F. NIORT, « Le problème de l'humanité de l'esclave dans le Code noir de 1685 et la législation postérieure : pour une approche nouvelle », *Cahiers Aixois...*, *op. cit.*, n° 4, PUAM, 2008).

⁴ J. CARBONNIER, « Scolie sur le non-sujet de droit. L'esclavage sous le régime du Code civil », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 247-254. V. aussi notre art., « La condition juridique de l'esclave sous la Monarchie de Juillet », *Droits*, 2010, n° 50.

⁵ Pour un rappel, lettre du ministre de la Marine et des Colonies à Madame de Grandpré, 13 mars 1777, ANOM, F³ 79, 53.

⁶ Art. 57 : « Déclarons leurs affranchissements faits dans nos îles, leur tenir lieu de naissance dans nos îles et les esclaves affranchis n'avoir besoin de nos lettres de naturalité pour jouir des avantages de nos sujets naturels de notre royauté, terres et pays de notre obéissance, encore qu'ils soient nés dans les pays étrangers. » ; art. 58 : « Commandons aux affranchis de porter un respect singulier à leurs anciens maîtres, à leurs veuves et à leurs enfants ; en sorte que l'injure qu'ils leur auront faite soit punie plus grièvement que si elle était faite à une autre personne. Les déclarons toutefois francs et quittes envers eux de toutes autres charges, services et droits utiles que leurs anciens maîtres voudraient prétendre, tant sur les personnes que sur leurs biens et successions en qualité de patrons. ». L'art. 58 correspond respectivement aux art. 52 et 53 de l'édit de décembre 1723 et de l'édit de mars 1724. La règle fait une référence implicite aux obligations de travail mises à la charge des affranchis à Rome, le rejet de ces *operae* en 1685 montrant qu'elles étaient exigées avant l'édit, alors que la tentation d'y revenir a pu être assez forte au XVIII^e siècle. Les art. 51 et 52 des édits de 1723 et 1724 reprennent l'art. 57 de l'édit de 1685, mais en déclarant les affranchis et nègres libres, « incapables de recevoir des blancs aucune donation entre vifs à cause de mort, ou autrement », l'augmentation des libres de couleur ayant entre-temps contribué à « raciser » les rapports sociaux définis par l'administration.

⁷ Arrêt du Conseil de Port-au-Prince, qui prive un affranchi de la liberté, pour avoir commis un crime à son corps défendant, 10 mai 1764, ANOM, F³ 272, 565 ; arrêt du Conseil supérieur du Cap, qui déclare Hercule, nègre libre, déchu du bénéfice de la liberté et ordonne qu'il sera vendu au profit du roi, ses biens acquis, et confisqués à Sa Majesté, pour avoir retiré, et caché pendant plusieurs jours une négresse esclave fugitive, 23 mars 1768, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 5, p. 165. V. aussi arrêt du Conseil souverain de la Guadeloupe, concernant des esclaves ayant tenu des propos séditieux et relatifs à leur liberté, 9 juillet 1790, ANOM, F³ 234.

⁸ D. A. MIGNOT, « *In servitute reverteris...* », art. cit., p. 563.

luxu vestimentaire⁹, les interdictions d'ordre onomastique¹⁰, l'exclusion de la noblesse¹¹ et de certains métiers¹² ou encore la limitation du droit de propriété¹³.

Englobant les affranchis et leurs descendants, les « libres de couleur » sont perçus à la fin du XVIII^e siècle comme un risque par les autorités en raison de leur dynamisme économique¹⁴. L'affranchissement ne concerne pas en réalité tous les esclaves, les maîtres ayant plus tendance à affranchir les esclaves artisans ou commerçants de la ville que les « nègres de jardin » utilisés dans les plantations – même si l'éventail des catégories d'esclaves présents dans les colonies est bien plus large. Si les premiers, avant comme après leur affranchissement, ont un mode de vie qui implique plus de liberté concrète, ils sont prédisposés à une utilisation économique efficiente, parfois sous la dépendance de l'ancien maître, devenu leur « patron ». Pour la majorité des autres esclaves, attachés à la culture, le rendement du fonds d'exploitation en dépend trop pour qu'on imagine des affranchissements massifs, sauf cas exceptionnel. La libération peut être motivée aussi sur des motifs très variés, consistant à écarter les esclaves dangereux ou devenus inutiles, même si l'article 27 du « Code noir » dissuade d'affranchir les esclaves infirmes ou malades¹⁵. Cette mise en contexte de l'acte « libérateur » permet de souligner les enjeux de l'affranchissement, qui n'est pas un élément extérieur au système esclavagiste mais un prolongement du besoin de domination de la classe servile.

Les Révolutionnaires, indifférents dans leur globalité à la liberté des esclaves – mis à part une abolition relative entre 1794 et 1802¹⁶ – en dépit de la condamnation de l'esclavage dans des

⁹ Ordonnance des administrateurs des Iles du Vent sur le luxe des esclaves et gens de couleur, 4 juin 1720, DURAND-MOLARD, *Code de la Martinique*, Saint-Pierre, Martinique, 1807-1814, 5 vol., ANOM, B 274, 1, 159.

¹⁰ Règlement des administrateurs de Saint-Domingue concernant les gens de couleur libres, 16 juillet 1773, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 5, p. 448 (contrairement à ce qui est parfois affirmé, le texte ne concerne pas tous les libres de couleur, seuls les enfants naturels, les nouveaux affranchis et les vieux affranchis ayant usurpé le nom d'un blanc devant se soumettre à la nouvelle réglementation) ; ordonnance du Général et de l'Intendant, faisant défense aux gens de couleur de porter les noms des Blancs, 6 janvier 1773, ANOM, B 274, 3, 151 ; arrêt qui défend à tous curés, notaires, arpenteurs et autres officiers publics, de qualifier aucuns gens de couleur du titre de sieur et dame, 6 novembre 1781, *ibid.*, 3, 448. Les curés ont l'habitude d'inscrire sur les actes baptistaires les noms des pères naturels des libres, en vue de promouvoir la responsabilité des pères pour faire connaître publiquement ces unions (A. LEBEAU, *op. cit.*, p. 87) ; arrêt du Conseil du Cap, qui ordonne l'exécution de l'ordonnance des administrateurs du 24 juin 1773, fait défense en conséquence à tous gens de couleur de prendre et signer le nom de leurs patrons, leur enjoint de prendre des noms de l'idiome africain ou de leur couleur et métiers, sous les peines portées par l'ordonnance, 18 mars 1782, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 6, p. 238. A Rome, l'affranchi pouvait porter le nom de son « patron » ou ancien maître, G. BOULVERT, *Domestique et fonctionnaire sous le Haut-Empire romain : la condition de l'affranchi et de l'esclave du prince*, Paris, Les Belles Lettres, 1974, p. 211-212.

¹¹ Lettre en commandement adressée par le ministre de la Marine et des Colonies aux conseillers de Saint-Domingue, sur l'état des Indiens et nègres libres, 7 janvier 1767, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 5, p. 80. Le ministre répond par un refus aux administrateurs à la question de savoir si les libres de couleur peuvent faire enregistrer leur titre de noblesse, comme les Indiens : « La raison de cette différence est prise de ce que les Indiens sont nés libres et ont toujours conservé l'avantage de la liberté dans les colonies, tandis que les nègres n'y ont été introduits que pour y demeurer dans l'état d'esclavage, première tache qui s'étend sur tous leurs descendants et que le don de la liberté ne peut effacer. »

¹² Ordre du roi décidant que tout habitant de sang-mêlé ne pourra exercer aucune charge dans la judicature ou dans les milices, 7 décembre 1733, *ibid.*, t. 3, p. 282 ; arrêt du Conseil souverain de la Martinique, portant défenses à tous greffiers, notaires, procureurs, et huissiers, d'employer des gens de couleur, pour le fait de leur profession, 9 mai 1765, ANOM, B 274, 2, 375.

¹³ Déclaration royale sur le recel, par des nègres libres de la personne et des vols des esclaves, et sur les donations faites aux gens de couleur par les Blancs, 8 février 1726, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 3, p. 159. V. aussi la demande en cassation d'un arrêt du Conseil supérieur de la Guadeloupe qui confirme une donation de pension viagère faite par un Blanc à son esclave affranchie, 12 juillet 1768, ANOM, F³ 228, 923.

¹⁴ J.-F. NIORT, « La condition des libres de couleur... », art. cit., p. 76-82.

¹⁵ Art. 27 : « Les esclaves infirmes par vieillesse, maladie, ou autrement, soit que la maladie soit incurable ou non, seront nourris et entretenus par leurs maîtres, et en cas qu'ils eussent abandonnés, lesdits esclaves seront adjudés à l'hôpital, auquel les maîtres seront condamnés de payer six sols par chacun jour, pour la nourriture et l'entretien de chacun esclave. »

¹⁶ Le décret du 16 pluviôse an II dispose que « tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français, et jouiront de tous les droits assurés par la Constitution », DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat de 1788 à 1949*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824-1949, 158 vol., t. 7, p. 30. Le jeu politique n'est pas étranger à l'improvisation d'une décision dont les inspireurs n'ont pas envisagé l'application concrète, un des objectifs étant le trouble dans les colonies anglaises, notamment la Martinique aux mains de l'ennemi. Deux décrets des 27

débats philosophiques et politiques¹⁷, appliquent seulement le principe d'égalité aux affranchis et descendants d'affranchis¹⁸. Promulgué aux colonies en 1805, le Code civil est une adaptation aux spécificités locales du texte de 1804¹⁹, dont le Livre I^{er} sur les personnes n'est pas applicable aux esclaves, dans un contexte idéologique où les rapports sociaux sont fondés sur le « préjugé de couleur »²⁰. Si l'édit de mars 1685 – *mesure de police* à l'origine, qui fait figure au XIX^e siècle de *législation spéciale* – ne peut se prêter à une comparaison intelligible avec une œuvre juridique telle que le Code civil, il ne faut pas pour autant les envisager en simple opposition, notamment sur la personnalité juridique dont ils sont porteurs. Si le « Code noir » ne peut être réduit au texte « monstrueux » présenté par le philosophe Louis Sala-Molins²¹, le Code civil n'est pas forcément la traduction des principes déclarés en 1789, la mort civile subsistant en droit français jusqu'en 1854. La problématique du statut de l'esclave est redéployée à partir de grandes ordonnances royales, faisant entrer en scène le contrôle de la Cour de cassation sur les juridictions des colonies, obligées de motiver leurs décisions²². La magistrature locale reste composée de propriétaires d'esclaves, dont la notoriété familiale et le pouvoir ont suffi à rendre inapplicable l'article 112 de l'ordonnance du 24 septembre 1828 qui visait à écarter des fonctions de Procureur général les créoles de naissance ou par alliance ainsi que les propriétaires fonciers²³.

L'analyse de l'affranchissement permet de mieux comprendre la manière dont le droit a appréhendé la situation de l'esclave, intégré au droit des biens dans le patrimoine du maître, mais contre une liberté naturelle vers laquelle la loi et une jurisprudence « civilisatrice »²⁴ tendent à le ramener par tous les moyens sous la Monarchie de Juillet. La liberté ne peut initialement qu'être *octroyée* à l'esclave, car elle résulte d'un acte plus ou moins discrétionnaire. Rapidement, la seule décision du maître ne suffit plus à affranchir l'esclave. L'autorisation préalable des administrateurs, l'acquiescement d'une taxe et le respect obligatoire d'autres formalités sont ressentis par les colons comme des obstacles incitant à des affranchissements dissimulés ou incomplets au regard de la loi, ce qui donne naissance aux *libres de fait* – appelés « libres de savane » à la Martinique. Les libres de fait sont dans une situation ambiguë du « fait » de leur absence de titre légal de liberté. L'émancipation ne passe pas forcément par l'abrogation du « Code noir ». La réglementation

juillet et 19 septembre 1793 interdisent les primes d'encouragement à la traite négrière (*op. cit.*, t. 6, p. 61 et p. 175) ; B. GAINOT, « Quel(s) statut(s) pour les cultivateurs sous le régime de la liberté générale ? (1794-1802) » ou « Comment peut-on lier, sous la zone torride, l'industrie au bonheur ? » (D. Lescallier) », in D. BÉGOT (dir.), *La plantation coloniale esclavagiste. XVIII^e-XIX^e siècles*, actes du 127^e congrès national des sociétés historiques et scientifiques, Nancy, 2002, éd. CTHS, 2008, p. 23-46.

¹⁷ J. RICHARD, *op. cit.*, 2^e partie, titre 2.

¹⁸ Sur l'adoption du décret des 15 mai-1^{er} juin 1791 accordant l'égalité politique aux libres de couleur, v. J.-D. PIQUET, *L'émancipation des Noirs dans la Révolution française (1789-1795)*, Karthala, 2002, p. 71-95.

¹⁹ J.-F. NIORT, « Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en métropole et aux colonies », in J.-F. NIORT (dir.), *Du Code noir au Code civil. Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe*, L'Harmattan, 2007, p. 81-85 ; G. G. MARION, « Le Code civil en Martinique : de l'influence du climat », *op. cit.*, p. 256-263.

²⁰ MOREAU DE SAINT-MÉRY, *Description topographique, géographique, physique, civile, politique et historique de la partie française de l'île Saint-Domingue* (1797), Paris, Société d'Histoire d'Outre-Mer, rééd. 1984, 3 vol., t. 1, p. 83 et s.

²¹ L. SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le Calvaire de Canaan*, PUF, 1987, p. 9. L'édit de mars 1685 est désigné comme « le texte juridique le plus monstrueux qu'aient produit les Temps modernes », dans cette étude à la tonalité très militante, mais qui conserve le mérite d'avoir exhumé les débats sur la légalisation de l'esclavage colonial.

²² L'obligation de motiver les jugements dans les colonies date de l'ordonnance du roi du 22 novembre 1819 (DUVERGIER, *op. cit.*, t. 22, 1819, p. 311, art. 4). Le contrôle de la Cour de cassation est institué par l'ordonnance du 24 septembre 1828 pour les Antilles, celle du 30 septembre 1827 pour la Réunion et celle du 21 décembre 1828 pour la Guyane. La publicité des audiences et la motivation obligatoire des jugements sont rappelées pour la Réunion par l'art. 4 de l'ordonnance du 24 janvier 1827, et pour les Antilles par l'art. 4 de l'ordonnance du 24 septembre 1828. Après l'ordonnance du 12 octobre 1828 rendant applicable le Code d'instruction criminelle à la Martinique et à la Guadeloupe, l'ordonnance du roi du 29 octobre 1828 y promulgue le Code pénal « colonial ».

²³ ROUVELLAT DE CUSSAC, *Situation des esclaves dans les colonies françaises ; urgence de leur émancipation*, Paris, Pagnerre, 1845, p. 159-160.

²⁴ J. RICHARD, « Le statut juridique de l'esclave aux Antilles sous l'empire du Code civil (1805-1848) : d'un effort de « civilisation » à la réticence du parti colon », in *Du Code noir au Code civil*, *op. cit.*, p. 130.

interdisant les dons et legs entre libres de couleur et Blancs est ainsi abandonnée au motif qu'elle a « été [prononcée] contrairement à l'esprit et à la lettre du Code noir »²⁵.

L'évolution de la nature juridique de l'affranchissement est emblématique de l'influence du contexte économique et politique sur le droit, instrument de régulation de la main-d'œuvre servile disponible sur les habitations. Au XIX^e siècle, les principes de la Révolution, indépendamment de leur application dans les colonies, inscrivent la question de l'esclavage dans une phase générale de transition, au confluent d'idées et de courants contradictoires²⁶. Liberté octroyée à l'esclave d'après l'édit de mars 1685 (I), l'affranchissement correspond à cette définition jusqu'à la fin de l'esclavage en 1848. Détaché de sa racine domestique, l'affranchissement devient dans certains cas et sous l'effet d'un processus de *personnalisation juridique* de l'esclave sous la Monarchie de Juillet²⁷, un droit à faire valoir, ce qui en fera l'instrument de libération de certains esclaves (II).

I- L'affranchissement avant 1830 : une liberté octroyée à l'esclave

L'affranchissement fait accéder l'esclave non seulement à la liberté et à la pleine capacité juridique, mais aussi au statut de sujet régnicole français, comme le prévoit l'article 57 du « Code noir ». En exigeant « que le mérite d'une liberté acquise produise en eux [...] les mêmes effets que le bonheur de la liberté naturelle cause [aux] autres sujets », l'article 59 oppose les notions de liberté naturelle (*iure naturali*) et de liberté acquise (*iure civili*) du droit romain classique²⁸. Mais si « l'esclavage est un état violent et contre nature »²⁹, d'après un mémoire de Louis XV en plein Siècle des Lumières, l'affranchissement rétablit l'esclave dans une liberté ôtée par le droit positif, même si cette liberté est avant tout *méritée*. L'affranchissement est conçu à l'origine comme un acte domestique procurant la liberté à l'esclave (A), alors que sa réglementation progressive en fait un acte administratif (B).

A- L'affranchissement de l'esclave défini comme un acte domestique par l'édit de mars 1685

Découlant directement du pouvoir domestique du maître légitimé par son droit de propriété (1), l'affranchissement peut aussi n'en être qu'une conséquence indirecte (2).

1- L'affranchissement, fruit de la volonté du maître

Avant 1685, les maîtres pratiquent l'affranchissement d'une manière proche de celle des Romains, exigeant vraisemblablement de leurs affranchis divers charges et services – les *operae* à Rome – à défaut de réglementation plus précise. L'article 55 de l'édit de mars 1685 dispose que « les maîtres âgés de vingt ans pourront affranchir leurs esclaves [...], sans qu'ils soient tenus de

²⁵ Rapport au roi sur la condition des hommes de couleur, 24 février 1831, DUVERGIER, *op. cit.*, t. 31, 1831, p. 477.

²⁶ J. FALLOPE, art. cit., p. 6, affirmant que « l'idéologie libérale et la propagande abolitionniste constituent la toile de fond renforcée à certains moments par des jalons : l'interdiction de la traite anglaise en 1808, l'abolition de l'esclavage dans les colonies anglaises en 1833 ; sur le plan intérieur français : l'arrivée de la monarchie de juillet en 1830 et la république de 1848. ».

²⁷ V. notre art. cit. La période réformatrice de la Monarchie de Juillet ne doit pas donner l'image d'une évolution linéaire du système esclavagiste, comme si la redéfinition du statut juridique de l'esclave allait de pair avec l'amélioration de sa condition réelle. En effet, les dernières années se traduisent souvent par un durcissement des pratiques des colons à l'égard de leurs esclaves, certaines mesures émancipatrices étant particulièrement mal reçues au niveau local.

²⁸ D. A. MIGNOT, « Droit romain aux Antilles... », art. cit., p. 45 ; A. GISLER, *L'esclavage aux Antilles françaises*, éd. Universitaires Fribourg, 1965, p. 25. V. les art. 53 et 54 dans les édits de 1723 et 1724.

²⁹ Mémoire du roi pour servir d'instructions au comte de Nozières, Commandant général, et à Tascher, Intendant des Iles du Vent, 30 novembre 1771, O. KRAKOVITCH, *Arrêts, déclarations, édits et ordonnances concernant les colonies, 1666-1779. Inventaire analytique de la série Colonies A*, Paris, Archives nationales, 1993, ANOM, A 13, n° 43.

rendre raison de l'affranchissement, ni qu'ils aient besoin d'avis de parents, encore qu'ils soient mineurs de vingt-cinq ans ». D'après Lucien Peytraud, « Le Code noir, très libéral sur ce point, n'impose aucune restriction à la faculté laissée aux maîtres d'affranchir leurs esclaves, soit de leur vivant, soit après leur mort, ce qui nous laisse supposer qu'auparavant l'habitude était que les maîtres pussent disposer d'eux à leur gré, puisqu'ils étaient leur propriété »³⁰.

L'affranchissement relève *a priori* du droit des biens, le maître qui décide de libérer son esclave exerçant une forme d'*abusus*. Il s'agit donc d'un acte juridique unilatéral, mais de nature complexe, car à la fois prérogative du droit de propriété³¹ et acte de « naissance » d'un nouveau sujet de droit, même si le terme « franc » renvoie surtout à la liberté, donc au second aspect. Ce double visage interroge sur le degré de liberté attribué à l'ancien esclave. Versailles n'a pas reproduit dans les colonies la structure métropolitaine des trois ordres, ce qui a donné forme à une société opposant, sur un plan global, les esclaves aux colons libres³², avant que les libres de couleur ne forment une autre catégorie. La liberté acquise par l'affranchi ne peut le placer sur un pied d'égalité avec les colons, autant en raison de la loi (art. 57 de l'édit) que de son inexécution locale, qui rend aléatoire le respect des droits de l'affranchi. Olivier Pétré-Grenouilleau soutient que si du point de vue juridique, l'affranchissement peut être considéré « comme une libération immédiate unilatéralement décidée [...], [il] apparaît comme le résultat de relations sans cesse renégociées entre l'esclave et le maître, et non pas uniquement comme la conséquence d'une action unilatérale »³³.

C'est bien en cela que l'affranchissement ne peut être dissocié des enjeux du système esclavagiste colonial, dont il est une composante. Par sa technique, l'affranchissement s'apparente à une renonciation du maître à son droit de propriété – et non à l'aliénation de son bien, qui impliquerait par exemple une vente de l'esclave. L'enjeu économique et social, lié à la jouissance d'un bien d'une telle valeur, ne peut qu'inciter la métropole à réglementer l'affranchissement par des conditions d'âge minimal du maître et des critères d'évaluation des moyens de subsistance de l'esclave. Si l'affranchissement est subordonné à certaines conditions, il peut aussi être plus ou moins imposé, car il n'a pas que la volonté domestique pour origine.

2- L'affranchissement, conséquence indirecte de la volonté du maître

Il existe des cas légaux d'affranchissement dans lesquels la libération n'est que la conséquence d'un autre acte. L'esclave désigné comme légataire universel, nommé exécuteur testamentaire ou encore tuteur des enfants du maître, est affranchi de plein droit (art. 56³⁴), la capacité juridique de l'affranchi étant indispensable pour accomplir certains actes.

En réaction à la proximité affective et sexuelle de certains colons avec leurs esclaves, l'Eglise cherche à faire reconnaître et officialiser la paternité des enfants issus de ces unions. L'article 9 de l'édit de mars 1685 prévoit l'affranchissement de la femme esclave et de ses enfants si « l'homme libre qui n'était point marié à une autre personne durant son concubinage avec son esclave, épouse [...] dans les formes observées par l'Eglise ladite esclave ». A défaut, la règle interdit pour toujours l'affranchissement de cette esclave et de ses enfants, « adjugés à l'hôpital ». Ce n'est pas de la volonté d'affranchir que résulte la liberté de l'esclave dans ces cas, mais de la

³⁰ L. PEYTRAUD, *L'esclavage aux Antilles françaises avant 1789* (1897), éd. Désormeaux, 1973, p. 405.

³¹ D. A. MIGNOT, art. cit., p. 48 ; G. BOULVERT, *op. cit.*, p. 87.

³² V. notre th., *Homo servilis...*, *op. cit.*, introduction.

³³ O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, « Modes de sortie de l'esclavage », in *La fin de l'état servile ?...*, *op. cit.*, t. 2, p. 513.

³⁴ D'après l'art. 56, « Les esclaves qui auront été fait légataires universels par leurs maîtres ou nommés exécuteurs de leurs testaments ou tuteurs de leurs enfants, seront tenus et réputés [...] pour affranchis. ». L'art. 50 de l'édit de décembre 1723 et l'art. 51 de l'édit de mars 1724 reprennent le même principe pour les esclaves tuteurs.

confiance du maître envers un tuteur potentiel pour ses enfants, ou du souhait de former une famille légitime avec son esclave et leurs enfants.

L'article 7 de l'édit d'octobre 1716 vise le cas d'un affranchissement tacite de l'esclave par le maître autorisant son mariage lors d'un séjour en métropole³⁵, possibilité remise en cause par l'article 10 de la déclaration royale du 15 décembre 1738. L'article 11 de la même déclaration indique que les maîtres qui ont emmené en France des esclaves ne peuvent les affranchir autrement que par testament, le décès du testateur devant intervenir avant la fin du délai de renvoi des esclaves dans les colonies³⁶. L'autre voie d'accès à la liberté est le consentement du maître au mariage de l'esclave avec une femme libre, car dans ce cas l'homme doit être affranchi et les enfants issus de ce mariage sont réputés libres à leur naissance (art. 13 de l'édit de 1685). Acte purement discrétionnaire aux termes de l'article 55, l'affranchissement de l'esclave peut donc aussi être imposé par la loi.

En pratique, la volonté du maître exprimée devant notaire est insuffisante pour assurer à l'esclave sa liberté, à défaut de payer la patente et, plus tard, de remplir d'autres formalités administratives. Josette Fallope rappelle ainsi pour la Guadeloupe que « le plus souvent, comme en témoignent les minutes notariales [...], c'était l'esclave qui devait se procurer les moyens de payer la patente ; et en réalité plusieurs années pouvaient s'écouler entre le désistement et le paiement de la patente, donc de la délivrance effective du titre d'affranchissement. »³⁷. La volonté métropolitaine de contrôler les affranchissements, pour économiser la main-d'œuvre disponible sur les habitations³⁸, aboutit à conditionner l'affranchissement, rapidement assimilable à un acte administratif.

B- La réglementation de l'affranchissement de l'esclave, acte administratif à partir du XVIII^e siècle

L'encadrement de l'affranchissement commence avec un régime d'autorisation préalable (1), prolongé par des mesures fiscales (2).

1- Le régime d'autorisation préalable et le contrôle des motifs de l'affranchissement

Les autorités locales commencent par remettre en cause les affranchissements de facilité au nom de l'ordre public. Une série d'ordonnances des administrateurs et de décisions des conseils supérieurs annulent ainsi des affranchissements testamentaires³⁹. Une ordonnance rendue à la

³⁵ Edit sur les nègres esclaves des colonies et leur transfert comme domestiques en France, octobre 1716, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *Lois...*, *op. cit.*, t. 2, p. 527.

³⁶ Edit du 15 décembre 1738, en forme d'ordonnance complétant l'édit d'octobre 1716 sur le passage des esclaves en France, les habitants ne pouvant les embarquer sans l'autorisation du Gouverneur, les séjours n'excédant pas trois années, et les Noirs ne pouvant se marier en France, ANOM, B 274, 1, 454.

³⁷ J. FALLOPE, art. cit., p. 10. Il est en effet rarissime que le paiement des frais de patente précède le désistement par le maître devant notaire. C'est pourquoi il peut être pertinent de distinguer la *manumissio* (« main-levée ») de l'affranchissement complet, après paiement de la patente, la première étape ne donnant naissance qu'à un libre de fait.

³⁸ R.-J. VALIN, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681*, La Rochelle, 1766, 2 vol., p. 390. Abordant l'édit de mars 1685, l'auteur fait de l'affranchissement un thème essentiel dans la réglementation de l'introduction d'esclaves en métropole : « C'est à quoi on n'avait pas d'abord fait assez d'attention. La faveur de la liberté l'avait emporté sur le bien de l'Etat ; & c'est sur ce principe puisé dans l'humanité, que par l'édit de 1685 art. 55, il avait été permis aux maîtres, même mineurs, pourvu qu'ils fussent âgés de vingt ans, d'affranchir leurs esclaves, par tous actes, entrevifs ou à cause de mort, sans être tenus de rendre raison de leurs affranchissements, ni qu'ils eussent besoin d'avis de parents. »

³⁹ Arrêt du Conseil supérieur du Cap, qui annule un trop grand nombre de libertés, données par le testament d'un particulier, 29 août 1712, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 2, p. 327 ; arrêt du Conseil de Léogane qui, attendu qu'une succession est chargée de dettes, rejette la réclamation de plusieurs libertés testamentaires, 2 septembre 1709, ANOM, F³ 269, 375 ; arrêt du Conseil de Léogane, sur un appel comme d'abus des libertés testamentaires et un legs à des bâtards, 18 juillet 1740, ANOM, F³ 270, 749.

Guadeloupe en 1711 impose des affranchissements par écrit et avec de justes motifs⁴⁰. Le contrôle *a posteriori* s'étant révélé insuffisant, le durcissement des conditions de l'affranchissement est confirmé par Versailles, qui impose une autorisation préalable à l'affranchissement à partir de 1713. Le roi déclare qu'

« il s'est commis [...] plusieurs abus par l'avidité de plusieurs habitants qui, sans d'autres motifs que ceux de leur avarice, mettaient la liberté des nègres esclaves à prix d'argent ; ce qui porte ceux-ci à se servir des voies les plus illicites pour se procurer les sommes nécessaires pour obtenir cette liberté »⁴¹.

L'âge requis pour affranchir un esclave passe de vingt ans à vingt-cinq ans pour les maîtres, qui devront avoir la permission écrite du Gouverneur et de l'Intendant. L'accord des autorités doit être publié dans la juridiction du lieu d'affranchissement. La déclaration royale du 24 octobre 1713 impose le passage devant le greffe ou devant notaire, le nom des affranchis étant inscrit sur un registre, mesures devant garantir l'ancien esclave contre le maître qui voudrait revenir sur sa décision. La question se pose plus tard de savoir s'il est utile de rechercher les affranchissements effectués en fraude à cette législation⁴². Une série de textes confirme la nécessité de l'autorisation préalable⁴³, de nombreuses décisions locales illustrant l'application de la règle⁴⁴. Les modalités du régime de l'affranchissement sont « canalisées par le législateur qui, à l'instar de la longue expérience romaine, entend contrôler par une législation cette faculté [...] laissée à la jouissance des particuliers »⁴⁵.

L'article 49 de l'édit de décembre 1723 et l'article 50 de l'édit de mars 1724 – « codes noirs » pour la Réunion et la Louisiane – sont les fruits de l'expérience acquise depuis 1685 : ils portent l'âge minimum pour affranchir un esclave à vingt-cinq ans, l'acte devant au préalable être autorisé par le Conseil supérieur⁴⁶. L'Intendant de la Martinique confirme au ministre de la Marine et des Colonies en 1724 la bonne exécution de la déclaration de 1713, ainsi que la

⁴⁰ Ordonnance des administrateurs généraux de la Guadeloupe touchant les affranchissements, 15 août 1711, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 2, p. 272.

⁴¹ Déclaration du roi du 24 octobre 1713 sur les affranchissements (ANOM, F³ 236, 680, où le texte est désigné comme ordonnance, le Code de la Martinique parlant d'un arrêt du Conseil d'Etat), MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 2, p. 398. Le texte interdit l'affranchissement d'esclaves sans l'autorisation des gouverneurs généraux et des intendants, les affranchissements contraires étant nuls et les affranchis réputés esclaves et vendus au profit du roi. Cette déclaration n'est pas rétroactive, les libertés accordées en contravention au texte antérieur n'étant pas annulées.

⁴² Lettre du ministre de la Marine et des Colonies à M. de Larnage et M. de la Chapelle, administrateurs de la Guadeloupe, touchant les affranchissements, 10 juin 1737, ANOM, F³ 89, 23. Il y a divergence entre le premier, qui estime qu'il ne faut pas toucher aux affranchissements effectués dans le passé, avant 1713. M. de la Chapelle pense au contraire qu'il faut faire rétroagir la règle. Cette proposition finit par être rejetée.

⁴³ Ordonnance du roi qui attribue au Gouverneur et au Commissaire-ordonnateur de la Guadeloupe le pouvoir d'accorder des autorisations pour l'affranchissement des esclaves, 28 juin 1729, ANOM, F³ 224, 485 ; ordonnance du roi qui confirme celle du 24 octobre 1713 et qui interdit l'affranchissement d'esclaves, sans l'autorisation des gouverneurs généraux et intendants des Iles du Vent et de Saint-Domingue, ainsi que celle du Gouverneur particulier et de l'Ordonnateur de Cayenne, 15 juin 1736, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 3, p. 453. Sans l'autorisation d'affranchir, les libertés sont nulles et les affranchis réputés esclaves et vendus au profit du roi, avec désormais une amende pour le maître qui ne peut être moindre que la valeur des esclaves ; ordonnance du 20 août 1766 concernant l'affranchissement des noirs esclaves aux îles de France et Bourbon, ANOM, A 18, n° 4. Le texte reprend la règle de l'autorisation de la permission d'affranchir par le Gouverneur ou l'Intendant, sans frais et à condition que les motifs invoqués paraissent légitimes (art. 1^{er}). Il est fait interdiction aux religieux de baptiser des esclaves comme libres sans vérifier leurs titres de liberté (art. 3). V. aussi ordonnance du 1^{er} février 1766 réglant le gouvernement civil de Saint-Domingue, et complétant le règlement du 24 mars 1763, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 5, p. 13, art. 27.

⁴⁴ Arrêt du 25 décembre 1743 qui ordonne l'exécution du jugement rendu le 8 février 1738 par le Gouverneur et l'Ordonnateur de l'île, lequel annulait l'affranchissement d'André, accordé par Catin Quiesmes, femme de Richard Longly, comme étant contraire à l'ordonnance royale du 21 mars 1716 [en réalité, celle du 24 octobre 1713, contrairement à l'intitulé], ANOM, F³ 226, 75 ; arrêt du 10 juillet 1768 qui casse celui du 29 décembre 1767 rendu par le Conseil supérieur de Port-au-Prince, concernant l'affranchissement des esclaves, comme contraire aux art. 39 et 40 de l'ordonnance du roi du 1^{er} février 1766, en ce qu'il peut remettre en cause la compétence du Gouverneur et de l'administrateur en matière d'affranchissement, ANOM, A 12, n° 69 ; arrêt du Conseil du roi du 16 mai 1771 qui casse celui du Conseil supérieur de Port-au-Prince du 29 décembre 1767, sur les affranchissements, comme contraire aux prescriptions des art. 39 et 40 de l'ordonnance du 1^{er} février 1766, ANOM, F³ 273, 437.

⁴⁵ D. A. MIGNOT, art. cit., p. 48-49 et n. 71.

nécessité d'empêcher l'accroissement du nombre d'affranchis, ce qui « pourroit devenir d'une d'angéreuse Conséquence en ses isles », l'approbation des libertés ne devant viser que « les Esclaves qui ont sauvés la vie a leur maitre, a sa femme ou a quelques uns de leurs Enfants & a Ceux qui ont empêché la perte totale des biens de leurs maitres. »⁴⁷. La volonté de récompenser les esclaves pour des actions conformes à l'intérêt de la colonie est typique de l'approche officielle de l'administration, garante de la pérennité du système esclavagiste, qui commande de ne pas aller trop loin dans l'« offre de liberté », la métropole restreignant parfois les cas d'affranchissement pour bons et loyaux services⁴⁸.

La métropole annule par ailleurs des réglementations locales⁴⁹ tendant à fragiliser le statut de ces nouveaux libres, afin de ne pas multiplier les catégories d'affranchis, d'où la défense faite par exemple aux curés de baptiser comme libres des esclaves sans vérifier leurs titres⁵⁰, ou la situation des esclaves envoyés en métropole par un maître n'ayant pas respecté les formalités requises⁵¹. Dans ce cas, la confiscation de l'esclave « épave » prévue par la loi n'est pas toujours suivie, comme le prouve le cas d'une esclave en métropole⁵². Certaines pratiques peuvent aussi échapper à la loi, ce qui donne lieu à une sorte d'« évasion fiscale », comme c'est le cas des affranchissements « par degrés successifs », qui consistent à faire travailler seulement quelques

⁴⁶ Les mesures sont prises contre les « maîtres assez mercenaires pour mettre la liberté de leurs esclaves à prix », à défaut de quoi les affranchissements sont nuls et les affranchis réputés esclaves et « confisqués au profit de la Compagnie des Indes ».

⁴⁷ Lettre de Blondel de Jouvancourt, Intendant de la Martinique, au ministre de la Marine et des Colonies, 31 octobre 1724, ANOM, F³ 79, 19. Pour des exemples d'affranchissements faisant suite à un acte bienveillant de l'esclave : lettre des administrateurs de la Guadeloupe, M. de Clieu et M. Marin, sur la permission donnée à une maîtresse d'affranchir un esclave qui lui a sauvé la vie à deux reprises, ANOM, F³ 79, 29 ; ordonnance des administrateurs, confirmative de la liberté donnée par le Conseil du Cap à un esclave, pour un service rendu à la colonie, 10 février 1710, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 2, p. 180.

⁴⁸ Arrêt du Conseil du roi qui annule celui du Conseil supérieur de Petit-Goâve du 6 mai 1726, en ce qu'il met à prix les têtes de plusieurs nègres fugitifs et contumaces, et qu'il accorde la liberté aux esclaves qui les amèneraient morts ou vifs, mais qui ordonne l'exécution des autres décisions prises, 30 septembre 1726, ANOM, A 27, n° 34. D'après les conseillers, « il pourroit S'ensuire de grands desordres dans la Colonie de la part des Esclaves qui pour acquerir cette liberté abandonneraient les travaux des habitants & leurs maitres ». Un arrêt du 30 septembre 1726 annule une autre décision du Conseil supérieur de Petit-Goâve du 6 mai 1726 qui promettait une somme de 300 l. par tête d'esclave ramené ou la liberté aux noirs qui auraient participé aux poursuites (ANOM, A 28, n° 195).

⁴⁹ Arrêt qui casse et annule l'ordonnance rendue le 29 décembre 1774 par le Commandant général et l'Intendant des Iles du Vent, laquelle enjoignait aux gens de couleur libres de rapporter sous trois mois le titre primordial de leur affranchissement, sous peine d'être déclarés esclaves et vendus comme tels au profit du roi, 18 août 1775, ANOM, F³ 261, 611. Emilien Petit dénonce aussi les réglementations excessives qui fragilisent le statut des affranchis, en observant à propos de l'ordonnance de 1774 « que ses dispositions tendoient à jeter l'incertitude sur l'état des gens de couleur, à les rapprocher de la classe des esclaves, et à détruire dans les esclaves eux mêmes, le desir des bonnes actions », rappelant « le principe qu'on ne peut être privé de la liberté, qui est de droit naturel, après en avoir joui sans trouble pendant cinq ans. » (Martinique, *Décisions*, 3 juin 1776, ANOM, C 8^B 14, 44).

⁵⁰ Arrêt qui casse et annule l'ordonnance rendue le 29 décembre 1774 par les administrateurs des Iles du Vent et qui enjoint aux curés de ces îles de ne baptiser les enfants de couleur comme libres, qu'après que les pères et mères auront fourni leurs actes de liberté autorisés par les administrateurs, 8 juin 1776, ANOM, B 274, 3, 258. Les curés avaient pris l'habitude inverse pour des raisons morales tenant à la paternité des enfants nés de relations entre maître et esclave. Sur les modalités de vérification des titres de liberté, v. A. LEBEAU, *op. cit.*, p. 58-74.

⁵¹ Edit d'octobre 1716, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 2, p. 527, art. 7 : « Les esclaves nègres, de l'un ou de l'autre sexe, qui auront été emmenés ou envoyés en France par leurs maîtres, ne pourront s'y marier sans le consentement de leurs maîtres, et en cas qu'ils y consentent lesdits esclaves seront et demeureront libres en vertu dudit consentement. ». L'art. 4 de la déclaration royale de 1738 remet en cause cette liberté, en ordonnant la confiscation de l'esclave au profit du roi.

⁵² Ordres du roi pour l'affranchissement de la négresse Marie Magdeleine, attendu les circonstances particulières où elle se trouve, 15 août 1748, ANOM, F³ 90, 34. D'après ces ordres, « S. M. étant informée que les formalités prescrites par ses ordonnances au Sujet du passage de lad. négresse et de Son séjour en France n'ayant pas été remplies, elle est dans le cas de la confiscation prononcée par la déclaration du 15 X^{bre} 1738 aiant néanmoins egard aux circonstances particulières où elle se trouve et voulant la traiter favorablement, S. M. a par grace et sans tirer à conséquence ordonné et ordonne que lad. négresse nommée Marie Magdeleine soit censée tenue et réputée libre et qu'en conséquence elle jouisse de Sa liberté dans lad. Isle de S^t. Domingue sans qu'elle puisse y être inquiétée [...] et sans qu'elle puisse être recherchée Sous prétexte des dispositions de lad. déclaration du 15 X^{bre} 1738 dont S. M. l'a déchargée et ce à condition qu'elle repassera dans 6 mois en lad. Isle S^t Domingue et qu'elle ne reviendra point en France [...] ».

jours de la semaine des esclaves dont le statut indiqué dans les papiers de l'habitation peut osciller entre ceux de « nègre de l'habitation », « libre de l'habitation » et « libre »⁵³. Cette pratique est intéressante pour le propriétaire qui échappe ainsi à la taxe sur l'affranchissement.

En tant qu'acte administratif, l'affranchissement devient plus susceptible de fraude, soit envers les créanciers soit dans le seul but d'échapper à l'impôt. L'éloignement de la métropole rendant illusoire l'effectivité du droit, les réglementations successives ne sont pas suivies au pied de la lettre par les autorités locales, comme le reconnaissent, avec nuance, les administrateurs de Saint-Domingue en 1768 :

« La matière des Libertés [...] intéresse [...] le bon ordre et la bonne police de la colonie, aussy y à t'il Sur ce point les plus beaux et les plus Sages reglemens ; mais ils ont eù le Sort, qu'ont icy presque toutes les loix ils Sont demeurés Sans exécution. Inutilement examinerions nous par quels motifs tous nos prédécésseurs ont jugé à propos de ne ratifier les affranchissements faits Sans qu'on En ait préalablement obtenu d'eux la permission. [...] indépendamment de la peine que toujours on ressent a Suivre l'usage plutôt que la loi, peu à peu l'expérience nous a fait connoitre qu'il importoit au bien général et à L'interrêt des particuliers de ramener Les choses à la règle. »⁵⁴.

Peu après une ordonnance royale interdit de laisser des esclaves libres en vertu d'un simple billet du maître⁵⁵. Le formalisme en matière d'affranchissements atteint son apogée vers 1775, les administrateurs de Saint-Domingue ordonnant que les maîtres seront désormais tenus de présenter une requête et qu'ils ne pourront affranchir gratuitement un esclave que pour services particuliers rendus à eux-mêmes ou à la colonie⁵⁶. Le ministre de la Marine et des Colonies recommande aux administrateurs de rendre difficile « l'homologation des libertés données par testament ou acte de dernière volonté »⁵⁷. Si dans le « Code noir » la liberté d'affranchir est large,

⁵³ D. A. MIGNOT, « Le droit romain et la servitude aux Antilles », in *Histoire d'outre-mer, op. cit.*, p. 26. Egal. G. DEBIEN, *Les esclaves aux Antilles françaises (XVIIe-XVIIIe siècles)*, Société d'Histoire de la Martinique, Basse-Terre - Fort-de-France, 1974, p. 383.

⁵⁴ Lettre de M. de Rohan et de M. Bougars, administrateurs de Saint-Domingue, au ministre de la Marine et des Colonies sur les libertés accordées aux esclaves, 20 février 1768, ANOM, F³ 79. Le Gouverneur général et l'Intendant présentent aussi les inconvénients liés à la fausse croyance répandue chez les nègres de leur statut de libre : « Nombre de noirs des deux Sexes, Munis Seulement de ce qu'on appelle icy billets de Libertés, Se croyent affranchis de l'esclavage, Et vivent comme tels, quoique la Liberté n'ait point eù le Seau de la ratification, formalité qui par le fait, tenoit lieu de la permission d'affranchir commandée par la Loy, ces prétendus libres, après avoir joui, pendant plusieurs années de la Liberté, se trouvent Souvent dans le cas, Soit par la perte de leurs billets, qui n'est le plus ordinairement que Sous Signature privée, Soit par la mauvaise humeur du maitre ou de Ses heritiers, de rentrer dans un esclavage, qui leur est d'autant plus amer qu'ils ont goûté pendant plus longtems Les douceurs de L'état contraire [...] ». Pour une illustr. sur une opposition, décision du Conseil supérieur de Port-au-Prince rejetant une demande d'opposition à l'affranchissement de deux esclaves, [s. d.], ANOM, F³ 79, 51. V. aussi D. ROGERS, *op. cit.*, p. 72. Sur 1 630 actes de liberté dépouillés sur la période étudiée, l'auteur en recense 151 qui ne procurent pas la liberté officielle, mais seulement un consentement à la liberté. Ces actes donnent aux esclaves une sorte de « liberté de fait » légalisée. Les esclaves sont autorisés à travailler pour obtenir la ratification de leur liberté. L'acte de consentement est en théorie plus intéressant qu'une demande officielle d'autorisation de liberté, car à défaut de paiement de la taxe, l'autorisation tombe automatiquement et il faut recommencer les démarches. En pratique, les esclaves sont munis de simples billets de liberté.

⁵⁵ Ordonnance qui précise celle du 15 juin 1736 et l'art. 28 du règlement du 1^{er} février 1766, concernant l'affranchissement des esclaves aux Iles sous le Vent, 10 juillet 1768, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 5, p. 190.

⁵⁶ Ordonnance des administrateurs de Saint-Domingue concernant les libertés, 23 octobre 1775, *ibid.*, p. 610. L'autre moyen de libérer l'esclave est son incorporation dans les régiments de Port-au-Prince ou du Cap, ou dans les compagnies d'artillerie pendant huit années consécutives, ou de l'engager pour dix ans dans les compagnies des gens de couleur libres. L'esclave doit être rendu à son maître si toutefois il se conduit mal. En dehors de ces cas, l'affranchissement fait l'objet d'un droit pouvant aller jusqu'à 2 000 livres pour une femme. V. arrêt du Conseil de Petit-Goâve contre plusieurs esclaves voleurs et assassins et qui met à prix la tête de plusieurs autres, 6 mai 1726, *ibid.*, t. 3, p. 168-169. Les récompenses allouées dans la chasse aux marrons dépendent du statut de l'intéressé, car « il sera donné aux personnes de condition libre, la somme de trois cent livres par chacun desdits nègres qu'ils remettront vifs [...], et celle de cent cinquante livres par chaque tête et étampes desdits nègres qui seront remises [...] ; et à l'égard des esclaves, donne la liberté à celui qui amènera un desdits nègres mort ou vif, et sera le prix dudit esclave, devenu libre par ce moyen, remboursé à son maître par le receveur des deniers publics, suivant l'estimation qui en sera faite [...] ».

⁵⁷ Lettre du ministre de la Marine et des Colonies qui recommande de rendre très difficile l'homologation des affranchissements faits par actes de dernière volonté, 6 avril 1786, ANOM, B 274, 3, 690.

« l'affranchissement change de nature : d'acte unilatéral, comme dans certaines périodes du droit romain [...] il devient un acte solennel car homologué par la puissance publique. De purement privé, il devient public. »⁵⁸.

Estimant jouir d'un droit naturel sur leur « plus beau bien », certains maîtres exigent au moins de recevoir en échange de la libération le prix d'acquisition de l'esclave – ou son prix de revient s'il a été acquis par la naissance. La pratique qui consiste alors à faire racheter par les esclaves leur propre liberté à l'aide du pécule⁵⁹ donne lieu à un « trafic de libertés » contraire au droit et à la morale. L'édit de mars 1685 prévoit en effet une liberté *octroyable* et non pas *monnayable*, ce qui n'exclut pas la validité des affranchissements sous conditions⁶⁰, ou sous forme de promesse⁶¹. Cette apparence « contractuelle » de l'affranchissement par rachat demeure problématique sur le plan technique car l'esclave n'a pas de patrimoine (art. 28 de l'édit). Cet « abus de pouvoir » domestique est préjudiciable à l'affranchissement, qui peut facilement être remis en cause, raison pour laquelle les administrateurs ressentent la nécessité de *confirmer* les libertés, alors qu'ils ne peuvent que les *accorder* comme le rappelle le ministre, en réaction à des volontés locales de soumettre les affranchis à cette vérification :

« Le droit de confirmer les libertés anciennes est bien différent de celui de permettre de donner la liberté. Le premier suppose une juridiction, puisqu'il s'agit de prononcer sur l'état ou du moins sur la possession d'état des affranchis ; L'exercice du second n'est qu'un simple acte d'administration qui tend à corriger l'abus des affranchissements, ou parce qu'ils se multiplieroient trop ou parce que les raisons n'en seroient pas légitimes. [...] au surplus les titres des anciens affranchissements étoient réguliers ou ne l'étoient pas. Dans le premier cas, la confirmation est superflue et ne peut avoir d'autre effet que de donner de l'inquiétude aux affranchis. Dans le second, les administrateurs n'en peuvent pas connoître et l'examen en est réservé aux tribunaux comme tenant à la fois à une question d'état et aux droits de la propriété. »⁶².

La nature administrative de l'affranchissement présente elle-même un double visage. Si la vérification des libertés implique une phase juridictionnelle, la décision des administrateurs d'accorder ou de refuser l'affranchissement est plutôt discrétionnaire. Versailles en appelle par la même occasion au respect du « Code noir », dont l'exécution devrait empêcher l'acquisition de libertés illégitimes, alors qu'à défaut de l'avoir respecté, les autorités sont parfois amenées à taxer aussi la simple *confirmation* de liberté.

La signification de l'affranchissement n'est pas perçue de la même façon par tous les administrateurs, comme le montre une correspondance du ministre de la Marine et des Colonies, à destination de la Guyane en 1776. Alors que le Gouverneur envisage de « pouvoir donner, sans

⁵⁸ D. A. MIGNOT, « Droit romain aux Antilles... », art. cit., p. 52.

⁵⁹ Sur le rachat de sa liberté par le *servus*, G. BOULVERT, *op. cit.*, p. 99 ; M. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris, Les Belles lettres, 1981, p. 168-169.

⁶⁰ Ordonnance des administrateurs de Saint-Domingue touchant la liberté conditionnelle accordée à un esclave, 28 février 1751, ANOM, F³ 79, 37, confirmant la validité d'un affranchissement, le maître conditionnant la libération à l'achèvement de travaux de charpente par son esclave ; arrêt du Conseil du Cap touchant la vente d'un esclave, à charge pour l'acquéreur de lui donner la liberté, 6 décembre 1784, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 6, p. 670. La condition peut avoir une finalité plus collective (ordonnance des administrateurs qui, à la demande des habitants, accorde la liberté à un esclave pour service rendu à la colonie, à la charge de servir trois ans dans la maréchaussée, 28 juin 1734, *ibid.*, t. 3, p. 402). Dans un autre cas, le mérite d'un esclave, qui s'est fait tuer pour avoir sauvé la vie d'un Blanc, bénéficie à son fils, qui est affranchi (arrêt du Conseil de Port-au-Prince, 5 juillet 1771, ANOM, F³ 273, 445).

⁶¹ Arrêt du Conseil du Cap touchant une promesse de liberté, 7 mai 1784, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 6, p. 503. Un maître avait donné en 1760 une promesse de liberté à son esclave, qui avait continué à le servir jusqu'en 1782, le maître nommant en 1783 un bienveillant à l'esclave pour ratifier sa liberté. Après le décès du maître, sa veuve prétendait que l'ingratitude de l'esclave, ne venant pas soigner son maître mourant, la rendait indigne de l'affranchissement, ce que le Conseil conteste, confirmant la liberté acquise.

⁶² Lettre du ministre de la Marine et des Colonies à M. d'Argout et M. Tascher, administrateurs de la Martinique, sur les affranchissements, 21 juin 1776, ANOM, F³ 261, 770-771.

le consentement des Maîtres, la liberté aux Esclaves qu'il auroit jugé les plus propres à servir dans les Compagnies », l'Ordonnateur, considère que « les Nègres ne profitoient de la liberté qu'ils obtenoient, que pour se livrer à la paresse, à la débauche et au libertinage » :

« Les esclaves sont comme tous les autres biens des objets de propriété dont on ne peut dépouiller aucun citoyen sans son consentement et l'autorité ne doit intervenir qu'en faveur de ceux de ces esclaves qui auront rendu des services essentiels en découvrant des complôts ou des empoisonnements ou qui se seroient distingués par des actes de fidélité et de courage utiles à la Colonie. [...] Le bien général qui doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier exige alors que le Gouvernement corrige l'avarice mal entendue des maîtres et que les administrateurs donnent la liberté aux esclaves qui l'ont méritée en indemnisant les propriétaires. »⁶³.

La différence, entre l'approche personnalisante de l'esclave et une vision patrimoniale avant tout respectueuse du droit de propriété du maître, montre que l'intervention de l'Etat peut heurter la mentalité des colons, « beaucoup de maîtres [pensant que] leurs esclaves [sont] leur pleine propriété [...], l'administration [étant] sans droit sur eux. »⁶⁴. L'affranchissement de l'esclave offre un objet d'analyse stimulant dans la mesure où il peut être associé à des revendications certes opposées, mais fondées sur le droit naturel : la liberté et la propriété.

2- La volonté de réguler le nombre des affranchissements par leur taxation

Les taxes sur l'affranchissement apparues dans les colonies antillaises vers 1740 sont confirmées à partir de 1745 par la métropole⁶⁵. Les sommes perçues font partie des revenus annexes utilisés pour subvenir aux besoins que l'administration centrale ne satisfait que de manière parcimonieuse⁶⁶. Sans surprise, l'assemblée des conseils supérieurs du Cap déclare en 1764 que « la taxe des libertés n'a aucun établissement légal ; cette taxe est odieuse en elle-même »⁶⁷. Cette fiscalisation est un cas de conscience pour le patrimoine des colons, non pour la dignité de l'esclave. Le ministre de la Marine et des Colonies

« recommande de rejeter toute demande en affranchissements qui ne [...] paroissent pas conformes aux réglemens, de n'accorder des libertés gratuites ou modérées que dans des

⁶³ Lettre du ministre de la Marine et des Colonies à M. de Fiedmont et Malouet, administrateurs de la Guyane, 3 septembre 1776, ANOM, F³ 218, 105.

⁶⁴ P. BUTEL, *Histoire des Antilles françaises, XVII^e-XX^e siècle*, Perrin, coll. Tempus, 2007, p. 205.

⁶⁵ Lettre du ministre de la Marine et des Colonies aux administrateurs de la Martinique, au sujet des affranchissements, 8 juillet 1745, ANOM, F³ 258, 97 ; lettre du ministre prescrivant aux administrateurs de la Martinique de rendre compte chaque année des autorisations d'affranchissements, des sommes perçues et de leur emploi, 8 juin 1746, ANOM, F³ 258, 239. Le pouvoir réagit contre la tendance à accorder des libertés « particulièrement à des négresses et des mulâtresses et le plus souvent Pour prix du Commerce [que les maîtres] ont eû avec elles ». La chronologie dans l'histoire de la taxation des libertés est confirmée par la lecture des notes de Moreau de Saint-Méry sur la Caisse des libertés, ANOM, F³ 79, 28 (« Les Libertés étoient accordées gratuitement Jusques vers 1740 que M^{rs} Larnage et Maillart, Administrateurs de St Domingue Les taxerent. [...] Aux Isles du vent. La taxation des Libertés a commencé vers le même tems qu'à SDomingue. ») ; ordonnance des administrateurs de Saint-Domingue, qui fixe à 300 livres le prix de la ratification des libertés par le Gouvernement, 10 octobre 1764, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 4, p. 798.

⁶⁶ G.-G. MARION, *L'administration des finances en Martinique. 1679-1790*, th. droit, Antilles-Guyane, L'Harmattan, 2000. Bien que consacré à la Martinique, l'ouvrage permet de dresser un tableau d'ensemble. L'économie coloniale est en effet marquée par la rareté des espèces monétaires sous l'Ancien Régime. L'Intendant n'en doit pas moins faire tourner l'administration locale et gérer le commerce. Les habitants ayant pris l'habitude de ne pas honorer leurs dettes, tant envers l'administration qu'envers les particuliers, le passif des colonies antillaises s'est rapidement accru. L'Intendant doit assurer dans ce contexte les rentrées d'argent, avec les fonds de la cour pour les dépenses de souveraineté, la capitation et les droits de douane pour celles de l'administration, les fonds seigneuriaux intégrés à des caisses particulières ou incorporés au domaine, les saisies, amendes, droits de bâtardise et d'aubaine, la caisse des cabarets et celle des libertés, alimentée par la taxe sur l'affranchissement des esclaves.

⁶⁷ Procès-verbal de l'imposition de 4 millions faite par l'assemblée des deux conseils supérieurs de la colonie tenue au Cap, du 30 janvier au 12 mars 1764, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 4, p. 681. « Si l'on peut, si l'on doit punir le libertinage, parce qu'il est dangereux et criminel, on doit épargner le fruit du libertinage, parce qu'il est innocent. Il est défendu aux maîtres de vendre la liberté aux esclaves ou de la donner conditionnelle. Le roi pratiquera-t-il ce qu'il défend à ses sujets ? Nous estimons qu'il convient de supprimer ces taxes ».

circonstances d'une nature particuliere comme services publics ou actions eclatantes, et de veiller à ce que le prix des libertés qui devront être taxées soit acquité par les maîtres avant que les actes de liberté soient délivrés. »⁶⁸.

Cette approche « méritocratique » de l'affranchissement à la fin du XVIII^e siècle en fait bien un prolongement de l'esclavage, dans l'intérêt public des colonies et contre les intérêts particuliers. Ces rappels à l'ordre ne signifient pas que les autorités locales montrent un laxisme particulier. Parfois les administrateurs manifestent même un certain zèle quant à la perception des taxes sur l'affranchissement, par exemple aux Iles du Vent :

« Lorsqu'il est question de pareille Demande, [...] dans Les Cas ou nous nous y Déterminons, c'est toujours Sur des Motifs qui ne peuvent être qu'avantageux. dailleurs, nous tirons de ces Libertés un bien meilleur parti que L'Imposition de Mille Livres pour Les Esclaves Males, et de 600^l pour Les Negresses ou Mulatresses. [...] Les differentes Sommes Sont toujours appliquées, Soit aux Depenses des travaux Publics, soit a Celles des fortifications Suivant Le besoin qu'on en peut avoir. »⁶⁹.

Le nombre d'autorisations accordées peut révéler l'importance des besoins financiers, Moreau de Saint-Méry expliquant leur accroissement vers 1780 à Saint-Domingue par les nécessités de la politique d'urbanisme⁷⁰. Entre-temps, la taxe sur l'affranchissement a pourtant été abolie par une ordonnance royale du 1^{er} février 1766, dont l'article 27 dispose :

« Les permissions pour affranchir les esclaves seront pareillement données par [les administrateurs] conjointement, suivant les règles prescrites et gratuitement, sans que lesdits affranchissements puissent précéder les permissions qu'ils auront données ; et ils observeront à cet égard les dispositions de l'ordonnance du 15 juin 1736, sauf, en cas d'opposition de la part des parties intéressées, à y être pourvu par la justice ordinaire. »⁷¹.

La suppression des taxes ne changera rien pour autant à l'importance de la *confirmation* des libertés par les autorités. Un arrêt du Conseil du roi réaffirme en 1779 la nécessité et l'insuffisance de la décision du maître, l'affranchissement ne pouvant faire naître un nouveau sujet que par l'intervention de la puissance publique :

« Donner la liberté à un Esclave, c'est **donner les droits de Citoyens à un individu qui n'en jouissait pas**. C'est changer entierement Son état civil. Le Souverain ou ceux qui Le représentent doivent Seuls avoir ce pouvoir. Le consentement du Maitre n'est considéré que comme **une renonciation à Sa propriété**, et cette renonciation est Sans effet, Si les dépositaires de l'autorité du Souverain ne placent pas Eux mêmes l'Esclave au rang de Citoyen. Jusqu'a la ratification Le Maitre dont l'Esclave S'est rendu indigne de la grace qu'il lui accordait, peut revoquer Son consentement et faire rentrer cet Esclave dans les memes liens. »⁷².

⁶⁸ Lettre du ministre de la Marine et des Colonies à M. le Comte de la Luzerne et M. de Marbois, administrateurs de Saint-Domingue, sur les affranchissements, 10 août 1786, ANOM, F³ 277, 529. Pour une illustr., v. lettre du ministre à MM. d'Argout et Tascher, sur un affranchissement pour bons et loyaux services d'un esclave, 2 novembre 1776, ANOM, F³ 261, 845.

⁶⁹ Lettre du Marquis de Caylus et de Ranché, Gouverneur général et Intendant des Iles du Vent, au ministre de la Marine et des Colonies, sur l'affranchissement, 20 janvier 1746, ANOM, F³ 90, 33.

⁷⁰ MOREAU DE SAINT-MÉRY, *Description...*, *op. cit.*, t. 1, p. 84-85.

⁷¹ Ordonnance royale du 1^{er} février 1766 réglant le gouvernement civil de Saint-Domingue, et complétant le règlement du 24 mars 1763, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *Lois...*, *op. cit.*, t. 5, p. 13, art. 27. Cette suppression est rappelée par l'art. 6 de l'ordonnance du 12 juillet 1832 (cf. n. 91), qui soumet les actes de l'affranchissement au droit d'enregistrement d'un franc.

⁷² Arrêt du Conseil du roi du 27 novembre 1779 qui casse et annule une décision du Conseil supérieur du Cap du 5 février 1779, obtenu par la négresse Lizette, contre Guy Le Gentil, marquis de Paroy, qui évoque au Conseil du roi les contestations sur lesquelles l'arrêt est intervenu ; l'arrêt énonce que le marquis de Paroy remboursera à la négresse Lizette les 3 000 l. qu'il a reçues d'elle pour l'affranchissement du nègre Antoine, son fils, et autorise le marquis de Paroy à faire arrêter ledit Antoine, ANOM, A 17, n° 54. Pour résumer, un esclave nommé Antoine qui posait divers problèmes de discipline à son maître avait été vendu à la négresse Lizette mais sans l'autorisation officielle des administrateurs. Après une série de dégâts causés vraisemblablement par le retour temporaire de l'« affranchi » sur le domaine de l'habitation, les plaintes des habitants avaient conduit le maître à réclamer l'arrestation d'Antoine, autorisée par le Gouverneur et l'Intendant, et aboutissant au retour de l'esclave dans le patrimoine du maître, contre remboursement de la somme versée initialement. Le Conseil du roi valide la procédure, déclarant

La prérogative du maître n'est pas moindre que le pouvoir de ratification des autorités. La formule résume les deux facettes juridiques de l'affranchissement, qui relève à la fois du droit de propriété et de l'état des personnes. Le contrôle administratif des libertés accordées aux esclaves se poursuit en dépit de modifications mineures⁷³, les guerres et occupations qui s'ensuivent⁷⁴, ainsi que le « rétablissement » de l'esclavage en 1802⁷⁵, suscitant un besoin de vérification de libertés accordées souvent de manière irrégulière. Si l'abandon des taxes est un signe annonciateur d'une volonté d'abolition graduelle de l'esclavage, le pouvoir domestique reste à la source de l'acte de libération. Le contexte économique et politique de la Monarchie de Juillet, qui voit rebaptiser l'esclave comme « personne non libre »⁷⁶, contribue aussi à redéfinir le « rachat » de liberté par la loi, pour officialiser une pratique moralement condamnable, mais désormais politiquement souhaitable.

II- L'affranchissement après 1830, vers un « droit » à la liberté de l'esclave

Pour comprendre la transition dans la nature juridique de l'affranchissement, il est utile de se représenter la précarité du statut des libres de fait, en dépit de la durée d'une possession d'état de libre⁷⁷, comme le rappelle le Conseil supérieur de Port-au-Prince, qui condamne un libre de fait, malgré ses quarante ans de liberté, à demeurer esclave, son mariage étant annulé et ses enfants déclarés bâtards⁷⁸. La pression du contexte international, favorable à l'interdiction de la traite négrière au début du XIX^e siècle, et les voies empruntées vers l'abolition des systèmes esclavagistes, incitent à renouveler l'approche du régime juridique de l'affranchissement. A l'origine d'une liberté de savane qu'il faut compléter en droit (A'), l'affranchissement devient, parallèlement au processus de *personnalisation juridique* de l'esclave, un moyen de réunir des familles d'esclaves dans la liberté (B').

l'affranchissement « nul et de nul effet ». Un autre arrêt du Conseil supérieur du Cap juge qu'une esclave ne peut se prévaloir d'une procuration révoquée, par laquelle son maître chargeait son mandataire de procurer la liberté à cette esclave, 15 juillet 1785, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 6, p. 801.

⁷³ Pour ex., dépêche ministérielle de Décrès du 12 vendémiaire an XIV (4 octobre 1805), aux trois premiers chefs de la Martinique, sur les formalités à observer pour la délivrance des actes d'affranchissement, ANOM, B 274, 5, 62-63.

⁷⁴ Arrêté concernant les affranchissements obtenus hors la Martinique, 12 février 1807, *ibid.*, 182-183. Les affranchissements faits à l'étranger sont sans valeur, les esclaves devant soumettre les titres allégués à vérification ; règlement de Son Excellence le Lieutenant-général George Beckwith [autorités britanniques], sur les hommes de couleur servant dans les milices pour leur liberté, les affranchis par le général Rochambeau, et les affranchis par des gouverneurs étrangers, 1^{er} novembre 1809, *ibid.*, 401-405.

⁷⁵ Pour ex., arrêté du Capitaine général et du Préfet colonial, qui nomme une commission pour la vérification des libertés soumises à la confirmation, en vertu des arrêtés des 24 ventôse et 7 messidor an XI, 11 frimaire an XII (3 décembre 1803), *ibid.*, 4, n° 1029.

⁷⁶ Loi du 24 avril 1833 concernant le régime législatif des colonies, DUVERGIER, *op. cit.*, t. 33, 1833, p. 106-115 (titre 1^{er}, art. 1^{er}, 2, 6 et 7).

⁷⁷ A Rome, à l'époque du Bas-Empire, la puissance du maître avait commencé à se réduire, en partie sous l'influence du christianisme. Le *servus* ayant joui pendant trente ans de l'état d'homme libre ne pouvait plus être poursuivi par son maître et bénéficiait d'une prescription extinctive de son statut.

⁷⁸ Arrêt du Conseil de Port-au-Prince qui confisque au profit du roi un mulâtre se disant libre, 7 février 1770, MOREAU DE SAINT-MÉRY, *op. cit.*, t. 5, p. 290.

A' - L'affranchissement incomplet de l'esclave, source d'une liberté de fait à requalifier en droit

Alors que la volonté politique d'aboutir à l'affranchissement du plus grand nombre d'esclaves⁷⁹ trouve un prolongement dans la jurisprudence de la Cour de cassation visant à convertir les libres de fait en *libres de droit* (1), des droits sont conférés aux libres de fait pour faire reconnaître leur liberté (2).

1- La conversion de la liberté de fait en *liberté de droit* par la Cour de cassation

La volonté de libérer un maximum d'esclaves ou libres de fait⁸⁰ conduit la jurisprudence sous la Monarchie de Juillet à requalifier les libertés de *fait*. Dans l'affaire *Louisy* du 9 mars 1833⁸¹ relative à l'applicabilité des sanctions du Code pénal « colonial », le Procureur général rappelle qu'au regard de l'ancienne législation les

« affranchis n'étaient plus esclaves dans leurs rapports avec un maître quelconque, car ils n'en avaient plus [...] ; cependant ils n'étaient pas encore libres dans leurs rapports avec le gouvernement. [...] ils étaient donc dans une position mixte, formant une classe à part »⁸².

Les mêmes causes produisent les mêmes effets, et l'approche juridique du statut des libres de fait n'est guère originale, après les solutions adoptées à Rome. Dupin poursuit : « Les patronés sont des espèces d'affranchis latins Juniens, et ils [...] jouissent d'une position particulière et de droits qui ne peuvent être donnés qu'à des hommes libres. »⁸³. L'absence de possession d'état d'homme libre apparaît sans incidence, dès lors que

« sous le rapport du droit naturel et du droit social, [le libre de fait] jouit de sa liberté naturelle, il s'appartient ; il n'a plus de maître [...] On ne peut donc pas le ramener de fait, ni par fiction, à un état qui n'est plus le sien, à l'état d'esclave ; sorti de l'exception, il a le droit d'être traité selon le droit commun. Il ne faut pas demander où est la loi qui applique le droit commun aux patronés ; mais bien, s'il est une loi qui dise que les patronés seront traités comme esclaves, quoiqu'ils ne le soient plus ? Or, une telle loi n'existe pas. »⁸⁴.

La décision du maître d'affranchir demeure le point de départ de la « libération » des esclaves, qui dépendent encore officiellement de leur maître⁸⁵. L'affranchissement peut aussi se heurter à la qualification mobilière des esclaves. La Chambre des requêtes aborde le 25 mai 1841 le problème

⁷⁹ Il n'est pas toujours évident de savoir si la politique de la Monarchie de Juillet a accéléré le processus des libérations, dans le contexte d'un « rythme continu et régulier de l'accroissement des affranchissements avant et après 1830, même si aux lendemains des lois [nouvelles] on assiste au gonflement des chiffres » (J. FALLOPE, art. cit., p. 32). L'analyse exige de distinguer le cas des affranchis sortant de l'esclavage de celui des libres de fait, dont la situation antérieure demande un complément légal.

⁸⁰ Pour un parallèle avec Rome, M. MORABITO, *op. cit.*, p. 159-160 ; G. BOULVERT, *op. cit.*, p. 96-97. S'étaient multipliés les affranchissements par lettre (*inter uiuos*) et devant un groupe d'amis (*inter amicos*), qui n'étaient pas reconnus et conféraient une liberté de fait. Si des témoins étaient exigés, le problème de ce statut précaire trouvait des solutions de nature similaire. Des corrections étaient apportées par le prêteur s'opposant au retour du *servus* dans la propriété de son ancien maître. Dans le procès sur la liberté revendiquée (*causa liberalis*), la règle traditionnelle « *bis de eadem re ne sit actio* » est écartée, et si l'*adsertor* n'a pas réussi à prouver que le *servus* était libre, rien ne l'empêche, lui ou un autre, de reprendre le procès.

⁸¹ Crim. 18 juin 1831 et 9 mars 1833, DUPIN, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée*, Paris, éd. Joubert, 1836-1874, 14 vol., t. 2, p. 389 et p. 410.

⁸² *Ibid.*, p. 392.

⁸³ *Ibid.*, p. 396-397.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 400. Pour une affaire dans laquelle la situation de l'esclave est l'inverse de celle des libres de fait, Req. 21 mai 1835, DUPIN, *Réquisitoires*, t. 3, 419. Un esclave est légué pour être affranchi mais maintenu dans la condition d'esclave par les héritiers ayant négligé d'accomplir les formalités administratives pour obtenir la patente, en violation des dispositions testamentaires. L'esclave voit son pourvoi en cassation admis sur le fondement de l'art. 7 de l'ordonnance du 12 juillet 1832.

⁸⁵ Arrêt du Conseil du Cap qui, en homologuant l'avis du parquet, juge qu'une esclave qui agit pour réclamer sa liberté n'a pas d'autre domicile que celui de son maître, 20 décembre 1780, ANOM, F³ 275, 295.

de l'inclusion des esclaves de culture dans une hypothèque d'habitation, certains ayant été affranchis par testament⁸⁶. Le créancier estimant que ces affranchissements rendent insuffisante la valeur du bien grevé, le Tribunal de Cayenne déclare en 1840 les affranchissements nuls car réalisés par un maître insolvable en fraude du droit des créanciers, jugement infirmé par la Cour royale qui considère

« qu'en admettant même par analogie l'application du Code civil aux affranchis, les meubles devenus immeubles par destination peuvent être détachés de l'hypothèque par une disposition contraire du propriétaire débiteur [...] [et] qu'on ne saurait invoquer ultérieurement les dispositions de ce Code sur un ordre de choses en prévision duquel elles n'ont pas été faites ».

La consistance du patrimoine lors de l'affranchissement reflétait la « bonne opinion de sa solvabilité »⁸⁷. Devant la Cour de cassation, le Procureur général invite la Cour à ne pas se méprendre sur les enjeux de l'application du droit commun aux esclaves :

« Le Code civil statue sur ce qui est soumis à des règles générales, sur ce qui se trouve dans le droit commun, sur ce qui, en un mot, est l'objet journalier des transactions [...] ; ne cherchons pas à [...] appliquer [aux esclaves] nos règles générales, surtout si, par suite d'une assimilation dégradante pour l'espèce humaine, cette application pouvait tourner [à leur] détriment »⁸⁸.

La Cour n'hésite pas à écarter une règle de droit commun, dont l'interprétation dynamique conduit à penser que ses auteurs n'ont jamais envisagé son application aux esclaves, la liberté étant le seul objectif du travail prétorien. La Chambre des requêtes déboute le créancier sur le fondement de la bonne foi du maître qui pouvait s'estimer solvable, car

« l'événement postérieur d'une adjudication faite à vil prix [...] au profit du demandeur en cassation, ne saurait enlever aux esclaves le bénéfice d'un affranchissement fait de bonne foi par un testateur alors placé dans un état d'opulence [...] »⁸⁹.

Il est difficile de remettre en cause une liberté dans une matière désignée comme « favorable »⁹⁰, ce qui signifie *a contrario* que le statut d'esclave ne l'est pas, d'où les moyens qui lui sont attribués pour défendre sa liberté.

2- Les droits attribués aux libres de fait pour faire reconnaître leur liberté officielle

L'incapacité civile de l'esclave lui ferme la porte du tribunal pour réclamer une liberté qu'il pense avoir acquise à juste titre. L'ordonnance royale du 12 juillet 1832 en appelle « au plus tôt à la liberté légale les individus qui [...] jouissent, à divers titres, de la liberté de fait »⁹¹. L'article 5 prescrit qu'à défaut d'opposition ou en cas d'opposition infondée à un affranchissement, « le procureur général proposera au gouverneur un arrêté pour faire inscrire définitivement comme libre, sur les registres de l'état civil, l'esclave qui a été l'objet de la déclaration

⁸⁶ Req. 25 mai 1841 (*Barrat c/ Lemaître et Ministère public*), DUPIN, *Réquisitoires*, t. 5, p. 406. Le pourvoi formé se fonde sur la violation des art. 524, 1092, 2093 et 2114 du Code civil.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 397.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 403.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 407.

⁹⁰ Req. 31 janvier 1843, Recueil Sirey, t. 43, 1843, 1, 426. En 1843, un propriétaire à la Martinique avait légué la liberté à son esclave, mais l'avait vendu en 1835. A son décès, le ministère public demandait l'affranchissement au motif que le testament constitue un droit acquis et que le vendeur était en état de démence lors de la vente. Reçu en première instance, le ministère public voyait le jugement infirmé en appel par la Cour royale de la Martinique. Pour le débouter, la Cour de cassation se fonde sur les art. 504 et 1038 du Code civil, « le testament [...] ne [donnant] à [l'esclave] aucun droit acquis du vivant du testateur, qui restait toujours maître de révoquer sa libéralité ». La Cour ne statue pas contre l'esclave, mais dans le respect de la volonté individuelle, illustrant la difficulté à articuler liberté contractuelle du maître et affranchissement de l'esclave.

⁹¹ Ordonnance royale sur les formalités à suivre pour les concessions d'affranchissement dans les colonies, 12 juillet 1832, DUVERGIER, *op. cit.*, t. 32, 1832, p. 391.

d'affranchissement »⁹². La procédure d'affranchissement implique donc désormais le pouvoir judiciaire, et plus seulement l'administration. L'article 7 dispose que « tout individu qui jouit actuellement de la liberté de fait, le cas de marronnage excepté, sera admis à former, par l'intermédiaire, soit de son patron, soit du procureur du roi, une demande pour être définitivement reconnu libre », le même droit étant reconnu aux esclaves ayant accompli huit années de service dans la milice. Enfin, le recours en cassation est ouvert aux libres de fait contre les arrêts d'appel.

Certaines activités, relatives au commerce ou à la guerre, peuvent avoir un effet émancipateur pour ceux qui y participent⁹³, comme le démontre la personnalisation des libres de fait et des esclaves incorporés dans la milice. La libération des esclaves sans maître⁹⁴ confirme à un autre titre la réalité du processus, sous l'effet d'une législation inspirée du *favor libertatis* cher aux Stoïciens. Le Procureur général rappelle le 5 avril 1837 que « c'est précisément cette liberté, qui, n'étant pas encore consacrée par toutes les formes de droit, a besoin d'un complément légal »⁹⁵. L'accès à la justice est une autre voie d'émancipation, qui va faire l'objet d'un autre arrêt en 1838⁹⁶, à propos d'un affranchissement accordé puis remis en cause, qui casse une décision de la Cour royale de la Martinique au motif que « le ministère public agit comme partie principale dans l'intérêt de la morale et de l'ordre public ». En ne condamnant pas le Trésor aux dépens, la Cour cherche à ne pas indisposer l'opinion publique locale en faisant supporter à la Caisse coloniale, financée par les habitants, les frais d'instance des actions en liberté.

L'assimilation de l'affranchissement à une matière d'« intérêt public » est justifiée au regard de l'ordonnance de 1832 qui permet au ministère public de s'opposer à un affranchissement lorsque l'âge ou la santé de l'esclave peut lui être préjudiciable⁹⁷. La liberté qui est en jeu ici dépasse la nature privée de l'acte dans lequel elle est invoquée. En rappelant l'intérêt de la société « à ce qu'un homme qui a droit à la liberté voit son état assuré et ne soit pas retenu en servitude », la Cour cherche en réalité à préserver un moyen de contrôle sur les cours coloniales : le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi⁹⁸.

⁹² Le maître doit faire une déclaration à un officier d'état civil qui inscrit la demande d'affranchissement sur un registre spécial et la transmet dans les huit jours au Procureur du roi. La déclaration est affichée à la mairie et au Tribunal de première instance (art. 1^{er} de l'ordonnance du 12 juillet 1832).

⁹³ Sur le rôle de l'esclave commerçant et par rapport à la guerre dans l'antiquité, J. ANDREAU & R. DESCAT, *Esclave en Grèce et à Rome*, Paris, Hachette Littératures, p. 122-129 et 194-208.

⁹⁴ Crim. 17 août 1838 (*Antoine*), Bull. crim. 1838, n° 43, p. 405. Une autre affaire illustre parfaitement l'opposition entre la revendication patrimoniale du maître et l'appel des esclaves à faire reconnaître leur état personnel (Civ. 12 juillet 1848, Bull. civ. 1848, n° 83, p. 156. Les enfants d'une femme libre de droit et dont la liberté de fait n'a été que suspendue pendant la durée d'un usufruit, sont considérés comme étant nés libres) ; Req. 12 août 1835 (*Furcy*), DUPIN, *Réquisitoires*, t. 3, p. 428 et Civ. 6 mai 1840, *ibid.*, t. 5, p. 419-420 ; Recueil Sirey, t. 40, 1840, 1, 522 ; Bull. crim. 1840, p. 202-204 (DUPIN, *op. cit.*, t. 3, p. 427). L'interdiction de l'esclavage sur le sol métropolitain est réaffirmée dans une ordonnance du 29 avril 1836 (DUVERGIER, *op. cit.*, t. 36, 1836, p. 72, art. 2).

⁹⁵ Civ. 5 avril 1837, DUPIN, *Réquisitoires*, t. 5, p. 384. « Au fond, Cécile et ses enfants ont été affranchies par leur maîtresse. Elles étaient libres de fait, non pas en ce sens qu'elles fussent en possession réelle de la liberté, mais en ce sens qu'elles avaient un titre privé d'affranchissement et qu'il ne leur manquait plus que de le faire régulariser par l'autorité. »

⁹⁶ Civ. 3 juillet 1838, Recueil Sirey, t. 38, 1838, 1, 298.

⁹⁷ Ordonnance du roi du 12 juillet 1832, art. 3. « Le ministère public pourra lui-même former opposition à l'affranchissement, dans le cas où l'affranchi serait reconnu hors d'état de pourvoir à sa subsistance à raison de son âge ou de ses infirmités. Cette opposition motivée, et contenant également assignation en validité, sera notifiée au déclarant avant l'expiration du délai fixé par l'article précédent. » (DUVERGIER, *op. cit.*, t. 32, 1832, p. 391). Schoelcher prévoit par ailleurs les effets pervers de la loi : « Si l'affranchissement sans garantie n'est pas une bonne chose, exiger trop de garantie est une chose pire encore ; obliger le manumissionnaire à assurer les moyens d'existence du manumissionné, c'est lui demander un sacrifice dont peu d'hommes sont capables ; aussi voilà déjà que les libres de fait qui reparaissent. Il existe sur les habitations, à l'heure qu'il est, des esclaves auxquels le maître, en récompense de leurs services, laisse tout leur temps et ne demande plus rien, mais qu'il n'affranchit point d'une manière légale, parce qu'il ne veut pas prendre un engagement qui dépasse les forces de qui que ce soit. Dans les mauvaises institutions, les améliorations mêmes souvent portent des fruits amers. » (V. SCHOELCHER, *Des colonies françaises : abolition immédiate de l'esclavage*, Paris, Pagnerre, 1842, p. 311).

⁹⁸ La loi permet plus tard de financer avec des deniers publics les rachats de liberté (ordonnance du 26 octobre 1845 sur les formes à suivre aux colonies pour faire concourir les fonds de l'Etat au rachat des esclaves, DUVERGIER, *op. cit.*, t. 45, 1845, p.

La Cour de cassation juge en 1843 que la revendication de liberté faite devant la Cour d'assises par un esclave est une question préjudicielle qu'il y a lieu de résoudre avant les débats⁹⁹. Le doute doit profiter à l'esclave dans un affranchissement équivoque, ce qui achève sa transformation progressive en « droit » à la liberté. Un acte de liberté, établi en 1794 par un curé, est par ailleurs validé au motif qu'il « n'y [a] pas eu obligation pour les curés de faire mention du titre d'affranchissement dans les actes de baptême qu'ils étaient appelés à rédiger ; que, dès lors, l'absence de cette mention ne pourrait être justement opposée aux gens de couleur qui auraient été baptisés comme déjà libres, [...] et que, **dans tous les cas, l'interprétation la plus favorable doit prévaloir** »¹⁰⁰. La volonté d'arrimer le statut de l'*homo servilis* au droit commun est ici clairement exprimée.

Le maintien des libres de fait dans un statut intermédiaire est devenu incompatible avec l'esprit du droit civil moderne. Le recul fait apparaître les règlements qui restreignent l'affranchissement comme autant de mesures de police conditionnant de manière illégitime le retour de l'esclave vers la liberté. La liberté de fait peut être redéfinie comme *la jouissance d'une liberté de droit naturel, le défaut de titre officiel ne pouvant ruiner les effets du droit acquis avec ou sans possession d'état*. Ce dernier point mérite attention car si la possession d'état n'entraînait pas la libération officielle des libres de fait avant 1832, elle devient presque indifférente. Le fossé s'accroît encore entre la définition initiale de l'affranchissement et la volonté de maintenir l'unité de la famille chez les esclaves.

B- L'affranchissement familial des esclaves sur le fondement de la règle de non séparation (art. 47 du « Code noir »)

La cellule familiale était reconnue par le « Code noir » en 1685 et ses contours doivent être précisés (1), avant d'aborder les enjeux du maintien du lien familial entre esclaves et affranchis (2).

1- La cellule familiale des esclaves, reconsidérée dans le contexte idéologique et politique de la Monarchie de Juillet

La famille, au fondement des sociétés, de la Loi des XII tables au Code civil, est aussi une réalité chez les esclaves que le droit tendait à sauvegarder parallèlement aux intérêts du commerce, même s'il s'agit d'une source naturelle de main-d'œuvre, appréciable au regard des difficultés de la traite négrière. Le mari, la femme et les enfants impubères « ne pourront être saisis et vendus séparément », à condition qu'ils appartiennent à un même maître, sous peine de nullité. Cette protection est étendue aux aliénations volontaires, « sur peine contre les aliénateurs d'être privés de celui ou de ceux qu'ils auront gardés, qui seront adjugés aux acquéreurs, sans qu'ils soient tenus de faire aucun supplément de prix » (art. 47 de l'édit de 1685)¹⁰¹.

L'article 47 devient au XIX^e siècle le vecteur d'une réunion familiale des esclaves séparés illégalement. Au-delà de l'état des personnes¹⁰², l'affranchissement doit être envisagé en termes

579).

⁹⁹ Crim. 26 janvier 1843, D'AUBIGNY, *Recueil de jurisprudence coloniale en matière administrative, civile et criminelle, contenant les décisions du Conseil d'Etat et les arrêts de la Cour de Cassation*, Paris, Impr. impériale, 1861-1867, 3 vol., t. 1, p. 442.

¹⁰⁰ Civ. 11 mars 1845 (*Léonarde*), Bull. civ. 1845, p. 98.

¹⁰¹ V. les art. 42 et 43 dans les édits de 1723 et 1724.

¹⁰² Crim. 17 décembre 1841 (*Montout c/ Ministère public*), DUPIN, *Réquisitoires*, t. 5, p. 132. Il ne peut y avoir de récidive lorsqu'un crime ou un délit est répété par celui qui, esclave au jour de la première infraction, était libre depuis. C'est bien le même homme auquel la justice a affaire, mais à une nouvelle personne juridique dont l'ancienne condition n'entraîne pas dans les critères de qualification de la loi pénale sur la récidive.

d'humanité¹⁰³, comme le rappelle Dupin en confrontant le « Code noir » au droit romain devant la Cour, le 1^{er} mars 1841 :

« [L'édit de mars 1685] renferme sans doute de grandes sévérités contre les esclaves. Mais enfin, à part le malheur même de l'esclavage, ce n'est point une législation païenne, le législateur était chrétien, et il fallait bien qu'en quelques points l'effet bienfaisant de la religion chrétienne se fit sentir au profit de l'esclave. Chez les Romains, les esclaves [...] n'étaient pas capables d'un véritable mariage. [...] Ils n'avaient pas, à proprement parler, de famille. Sous l'empire du christianisme il en est autrement : le mariage des esclaves peut bien être destitué des effets civils, mais religieusement, le mariage des esclaves n'est pas inférieur à celui des maîtres ; c'est le même sacrement, sur lequel le prêtre du même Dieu appelle les mêmes bénédictions [...] »¹⁰⁴.

Ce discours judiciaire est typique du besoin d'associer la morale chrétienne à l'amélioration de la condition servile, avant comme après l'abolition de 1848. Envisagés dans un même esprit par le Procureur général, le mariage des esclaves et celui des hommes libres conservent une différence sur l'absence d'effets civils du premier, la seule règle étant la non séparation des parents et des enfants impubères. Les liens du sang transcendent les statuts juridiques d'esclave et d'affranchi, que les esclaves soient mariés ou non – le nombre de ces unions a toujours été assez faible. C'est donc par une application rigoureuse, dans un contexte légaliste, d'un article du « Code noir » que la Cour de cassation réunit les parents et les enfants dans les liens d'une *famille de droit nature*¹⁰⁵.

Transposable aux hypothèses de rachat de liberté par les esclaves, la jurisprudence contribue à *redéfinir* l'affranchissement de l'esclave comme le « droit » de suivre ses enfants impubères ou ses parents libérés antérieurement par le maître. La volonté d'arrimer les colonies au modèle sociétal français, fondé sur la famille et le travail au cœur de la pensée orléaniste, est emblématique du caractère *exceptionnel* de l'esclavage. Pour la plupart des jurisconsultes, chrétiens et libéraux de la première moitié du XIX^e siècle, libérer un maximum d'esclaves¹⁰⁶, indépendamment de l'abolitionnisme qui relève de la sphère politique, s'apparente avant tout à un devoir moral dans un contexte de laïcisation du message évangélique, même si cette approche peut légitimer le système esclavagiste dont l'affranchissement n'apparaît qu'un prolongement.

2- Les cas d'affranchissements familiaux garantis par la jurisprudence

L'augmentation du nombre d'affranchissements avant l'abolition définitive a fait resurgir l'article 47 de l'édit de mars 1685, dans le cadre des « actions en liberté » de parents affranchis en faveur de leurs enfants et vice-versa. L'hostilité des juridictions coloniales aboutit devant la Cour de cassation à de nouveaux cas de libération, notamment avec la célèbre affaire *Virginie*¹⁰⁷. Une mère de deux enfants, Virginie, que les héritiers de la maîtresse refusaient d'affranchir, avait été déboutée de son action, d'abord par le Tribunal puis par la Cour royale de la Guadeloupe,

¹⁰³ Le mariage des esclaves (art. 10 de l'édit de 1685) n'a qu'une valeur canonique, sans effets civils en dehors de la règle de non séparation. Maintenir des familles réunies sur l'habitation est un facteur de stabilité dans la vie quotidienne, ce qui peut influencer sur le travail et le rendement des esclaves.

¹⁰⁴ Civ. 1^{er} mars 1841, *ibid.*, p. 388.

¹⁰⁵ Sur cette question en droit romain, G. BOULVERT, *op. cit.*, p. 316-319.

¹⁰⁶ A ce titre, l'ordonnance royale du 11 juin 1839 concernant l'affranchissement des esclaves dans les colonies (Duvergier, 1839, t. 39, p. 145) définit les cas d'affranchissement de droit, emblématiques de la nouvelle conception de ce dernier. Sont déclarés libres de droit, l'esclave qui se marie ou qui est déjà marié à une personne libre, les enfants antérieurement issus des conjoints, l'esclave adopté légalement par un libre, l'esclave fait légataire universel, tuteur ou exécuteur testamentaire par son maître (art. 56 du « Code noir »), les enfants naturels esclaves de leurs père ou mère libres et reconnus au moins par l'un d'eux, le père ou la mère esclaves de leurs enfants libres, les frères et sœurs, esclaves de leurs frères ou sœurs libres, et enfin l'esclave qui aura rendu de grands services.

¹⁰⁷ Le premier arrêt est rendu par la Chambre civile le 1^{er} mars 1841 (DUPIN, *Réquisitoires*, t. 5, p. 391 et Recueil Sirey, t. 41, 1841, 1, 250) et le second par les Chambres réunies le 22 novembre 1844 (Recueil Sirey, t. 45, 1845, 1, 287).

« considérant que l'affranchissement donné par un maître à son esclave, fortifie les liens d'attachement qui existaient déjà et porte l'esclave affranchi à rester près de ses enfants pour les rendre plus utiles à son ancien maître, et les principes de fidélité et de dévouement qui lui ont mérité la liberté ; que cette liberté, loin de produire une séparation, opère un plus grand rapprochement [...] »¹⁰⁸.

Cette vision pragmatique, *a priori* cohérente, résultait néanmoins d'une interprétation minimaliste de l'article 47. Alors que les juges coloniaux voient l'affranchissement comme une liberté *méritée* au sens des articles 58 et 59 qui en font un acte discrétionnaire, la Cour parisienne le conçoit comme un *droit à la liberté* de l'esclave, même s'il ne peut le faire valoir indirectement que par un parent¹⁰⁹. L'avocat Gatine invoque l'article 711 du Code civil pour mieux rendre applicable la règle de l'article 47 : « La faveur qui s'attache à la liberté de l'homme doit faire interpréter dans le sens le plus large les lois qui, directement ou indirectement, ont pour objet d'étendre cette liberté »¹¹⁰.

Dupin se prête à une lecture rétrospective du « Code noir », affirmant que « la pensée vraiment humaine de [l'article 47], son esprit caractéristique et dominant, est que la famille ne doit pas être séparée. Le mari ne doit pas être séparé de la femme ; l'enfant ne doit pas être arraché au sein de sa mère. »¹¹¹. La Cour désapprouve les juges coloniaux sur le fondement de l'article 47, « loi d'humanité conforme aux principes du droit naturel, qui ne veut pas que les enfants soient privés des soins de leurs parents tant que la faiblesse de leur âge les leur rend nécessaires »¹¹². Si la lettre de l'article rédigé en 1685 est respectée, elle n'a pu être que confortée par l'esprit du droit naturel et le contexte abolitionniste.

Le second arrêt *Virginie* reprend l'argumentation dans un cas d'aliénation testamentaire. La Cour étend la liberté aux enfants de la demanderesse, au motif que

« l'intérêt de la morale publique, la protection due à la faiblesse du premier âge, le juste respect des droits et des devoirs de la maternité, la faveur qui s'attache à la liberté, commanderaient d'interpréter dans le sens le plus large, et d'appliquer à tous les cas analogues, les dispositions d'une loi qui, dans une législation toute d'exception, consacrent un retour aux principes du droit naturel et puisent un nouvel appui aux plus saintes affections de l'humanité, si des dispositions de cette nature pouvaient être équivoques ou douteuses »¹¹³.

¹⁰⁸ Recueil Sirey, t. 41, 1841, 1, 250.

¹⁰⁹ Les libres de fait sont dans une situation similaire, comme le rappelle Dupin : « L'affaire présente trois questions : 1° le pourvoi du procureur général de la Martinique est-il recevable ? Nous avons établi que les *libres de fait* ne peuvent pas agir par eux-mêmes ; que l'ordonnance du 12 juillet 1832 a concédé la voie d'action en leur nom, pour la reconnaissance de liberté, tant au *ministère public* qu'à leur patron (art. 7) ; que, lorsque le dernier paragraphe de cet article porte : « Le recours en cassation sera ouvert aux libres de fait, etc., » cela veut dire qu'il sera ouvert aux libres de fait, non pas personnellement, mais toujours sous le mode d'action établi pour eux ; c'est-à-dire par leur patron ou par le ministère public. Dans l'espèce même, il n'y a aucun patron : le ministère public est le seul recours de Cécile et de ses enfants, le seul qui puisse exercer pour eux la voie d'action ; ainsi, indubitablement, son pourvoi est recevable. » (Req. 21 mai 1835, DUPIN, *Réquisitoires*, t. 3, p. 415).

¹¹⁰ GATINE, *op. cit.*, p. 6. L'art. 711 du Code civil dispose que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations ».

¹¹¹ DUPIN, *Réquisitoires*, t. 5, p. 388-389.

¹¹² *Ibid.*, p. 391 ; Recueil Sirey, t. 41, 1841, 1, 251. La juridiction de renvoi, la Cour royale de Bordeaux, ne suit pas la Cour de cassation, qui réaffirme le principe en chambres réunies trois ans plus tard. La Cour de Poitiers s'aligne sur cette jurisprudence, en condamnant le 9 décembre 1845 les maîtres pour résistance abusive à 15 000 francs de dommages-intérêts. Schoelcher consacre un passage à l'affaire dans son *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années*, Pagnerre, 1847, p. 421-422. Même si les autorités locales refusent, par exemple au *Courrier de la Martinique*, la permission de publier l'arrêt de la Cour royale de Poitiers, la jurisprudence *Virginie* est un signal pour les maîtres, conscients qu'il est préférable d'affranchir un parent avec les enfants impubères pour éviter un procès coûteux. L'Etat vote en moyenne 400 000 francs par an de fonds pour aider les esclaves démunis à financer leur rachat.

¹¹³ Ch. réun. 22 novembre 1844, Recueil Sirey, t. 45, 1845, 1, p. 287 (2nd arrêt).

Le même jour la Chambre civile rend un arrêt sur les voies de recours du maître contre les jugements ayant rejeté l'opposition à une demande d'affranchissement¹¹⁴. En Martinique, une mère affranchie réclamait à son ancien maître la restitution de ses six enfants et avait obtenu gain de cause en première instance. L'appel interjeté par les maîtres avait conduit à l'infirmité du jugement dans un arrêt du 14 juillet 1842, après la recevabilité de l'appel déclarée par un premier jugement. La mère avait formé un pourvoi mais seulement à l'encontre de l'arrêt de recevabilité de l'appel, l'article 4 de l'ordonnance de 1832 indiquant que l'appel doit être interjeté « dans la quinzaine de la signification du jugement et jugé comme affaire urgente »¹¹⁵. Pour la Cour royale, la règle ne s'applique qu'aux affranchissements directs et non à ceux faisant suite à celui de la mère. La Cour de cassation choisit l'interprétation contraire en cassant l'arrêt du 14 juin 1842, ce qui annule l'arrêt du 14 juillet 1842, aux motifs que

« si, dans l'espèce, il s'agissait non d'une demande directe d'affranchissement, mais d'une demande ayant pour objet de la part d'une mère affranchie elle-même, de faire appliquer à ses enfants le bénéfice de l'art. 47 de l'édit de mars 1685, l'art. 4 de l'ordonnance ne devait pas moins recevoir son exécution quant au délai de l'appel du jugement de première instance qui avait statué sur cette demande, puisqu'il s'agissait également de faire reconnaître l'affranchissement des enfants, comme une suite de celui de leur mère [...] »¹¹⁶.

L'affranchissement *légal* de l'article 47 ne doit pas être opposé à l'affranchissement *volontaire*, et leur assimilation conduit la Chambre civile à étendre l'application de la disposition à la libération de l'enfant résultant de celle de la mère.

La Cour souveraine est enfin sollicitée sur le problème des rachats forcés de liberté, par des esclaves revendiquant la restitution de leurs enfants qui ne sont plus impubères¹¹⁷. L'esclave Coralie avait obtenu sa liberté par voie de rachat en 1823, et avait reçu son titre de liberté des autorités en 1826, demeurant esclave jusqu'à cette date. Elle avait mis au monde quatre enfants alors qu'elle appartenait au sieur Valencourt. Deux d'entre eux avaient été vendus avec elle à son ancienne maîtresse, dame Blanchet, Valencourt gardant les deux autres. Coralie avait ensuite été cédée au sieur Noyer mais sans les deux enfants. Au décès de la maîtresse, l'exécuteur testamentaire avait vendu ces deux derniers, alors que l'un des deux autres avait été cédé par Valencourt. Coralie revendiquait la restitution de ses enfants et de ses petits-enfants nés entre-temps, au titre de l'article 47. Le Tribunal de Basse-Terre avait rejeté sa demande, refusant d'appliquer la règle aux enfants devenus majeurs et aliénables en tant que meubles, jugement confirmé par la Cour royale de la Guadeloupe, au motif qu'« on ne saurait sans torturer sa lettre et son esprit, déclarer l'article 47 de l'édit de mars 1685 applicable au cas de rachat de la mère ou de ses enfants impubères ». Les magistrats se fondaient sur l'article 2279 du Code civil pour retenir la bonne foi des tiers acquéreurs. La question de la recevabilité de l'action incite Gatine à rappeler que l'article 47 « est général, absolu dans sa nature, et [qu'] il doit trouver application toutes les fois [que par] un acte quelconque de vente, saisie, donation, affranchissement ou rachat, de jeunes enfants se trouvent séparés de leur mère, ou celle-ci privée de ses enfants [...] ». L'esclave qui s'est racheté « n'est assurément enchaîné par aucun lien de reconnaissance pour cet étrange bienfait qui consiste à vendre à un homme sa liberté naturelle, le bien imprescriptible qu'on lui a ravi », l'article 2279 du Code civil ne pouvant mettre en échec « une grande loi de droit naturel, d'ordre public, d'humanité, de religion même »¹¹⁸. A travers un langage solennel la

¹¹⁴ Civ. 16 avril 1845, « Elia Plata – C. Manceau », Sirey, 1845, 1, p. 343-344 ; Bull. civ. 1845, p. 132-133. V. aussi Civ. 18 juin 1849, Bull. civ. 1849, p. 153-154, et Civ. 18 juin 1849, Bull. civ. 1849, p. 154-155.

¹¹⁵ DUVERGIER, *op. cit.*, t. 32, 183, p. 391.

¹¹⁶ Bull. civ. 1845, p. 133.

¹¹⁷ Req. 6 janvier 1847, *Gazette des Tribunaux*, 7 janvier 1847, n° 685, p. 211 (Coralie).

¹¹⁸ *Ibid.*

haute juridiction concilie tant bien que mal l'édit de mars 1685 avec le droit commun, dans l'intérêt des esclaves.

Conclusion

Emanant du pouvoir domestique et censé procurer la liberté à l'esclave, avant de devenir un acte administratif régulé par les autorités, puis un vecteur de libération des esclaves en amont du processus d'abolition graduelle, l'affranchissement soulève nombre de questions. Celles-ci ne peuvent que mieux éclairer les enjeux du système esclavagiste colonial, de ses débuts à son apogée, en passant par la phase parfois ambiguë des réformes précédant l'abolition de 1848, qui placent l'affranchissement entre le libéralisme affiché en métropole et le droit de propriété sacré des colons. Ainsi que le souligne Jean-François Niort, « la propriété du maître sur l'esclave est reconnue, respectée et magnifiée par le Code. C'est d'ailleurs sur ce fondement juridique, devenu « droit inviolable et sacré » depuis 1789, que le lobby colonial esclavagiste résistera le mieux aux velléités et discours abolitionnistes révolutionnaires et post-révolutionnaires »¹¹⁹. Le décret d'abolition du 27 avril 1848 prévoit ainsi le principe de l'indemnisation des maîtres¹²⁰.

L'évolution de la perception de l'affranchissement par le législateur et la jurisprudence est symptomatique de l'instrumentalisation du droit, en faveur des libérations en amont d'une suppression définitive de l'esclavage. Dès lors, n'y aurait-il qu'une différence de degré entre une conception nouvelle de l'affranchissement et l'abolition lente de l'esclavage¹²¹ ? Tous les moyens permettant de réduire l'intérêt du maintien de l'esclavage dans les colonies doivent plutôt être considérés comme des facteurs d'accélération de la disparition d'un système économique. Si l'approche philosophique – qui anime des personnalités comme Schoelcher ou Gatine – rend parfois décevante¹²² la série de réformes sous la Monarchie de Juillet, qui voit coexister la personnalité civile de l'esclave et sa qualité d'immeuble par destination, une lecture sociologique et plus pragmatique du droit – celle du ministre Mackau ou du Procureur général Dupin – invite à souligner les ressources de la science juridique : le fondement textuel de l'esclavage colonial a bien servi en partie à en combattre les effets. Au demeurant les études historiques ne démontrent pas que le nombre de libérations a connu une augmentation exponentielle lors de ces deux dernières décennies. Ce n'est pas là le cœur du problème car l'essoufflement d'un mode d'exploitation, privé peu à peu de ses moyens, invite à reconsidérer la nature des rapports entre l'esclave, le maître et l'administration. A ce titre, l'affranchissement occupe une place importante qui explique la nécessité, au regard la loi et de la jurisprudence, de le couper progressivement de ses racines domestiques.

¹¹⁹ J.-F. NIORT, « *Homo servilis* : essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code Noir de 1685 », *Droits*, n° 50, 2010.

¹²⁰ Art. 5 du décret du 27 avril 1848 : « l'Assemblée nationale règlera la quotité de l'indemnité qui devra être accordée aux colons ». L'indemnisation sera effectuée par les lois des 19 janvier, 24 et 30 avril 1849, ainsi que le décret du 24 novembre suivant.

¹²¹ O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, art. cit., p. 513-515. A l'appui de l'idée d'une différence de degré entre l'affranchissement et l'abolition de l'esclavage il faut citer les projets d'abolition graduelle de l'esclavage accordant une place importante à l'affranchissement selon plusieurs critères. Des propositions aux chambres émanent par exemple de Passy et de Tracy, d'autres projets étant publiés, comme celui d'Agénor de Gasparin (*De l'affranchissement des esclaves*, Paris, Joubert, 1839). En 1835, Bissette propose son plan d'abolition. Schoelcher revendique à partir de 1840 une abolition générale et immédiate. A la fin du XVIII^e siècle, Condorcet y avait consacré un ouvrage, dont l'idée consistait en un plan d'affranchissements en fonction de l'âge, du sexe et du rôle des esclaves. Les nouveaux nés devaient ainsi être à la charge du maître jusqu'à l'âge de 35 ans, après quoi ils seraient libérés (*Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Société typographique, Neufchâtel, 1781, p. 40-46).

¹²² V. à cet égard les débats engendrés par la loi « Mackau » du 18 juillet 1845, P. MOTYLEWSKI, *La Société française pour l'abolition de l'esclavage : 1834-1850*, L'Harmattan, 1998, p. 87-93.

Il est compréhensible d'envisager le rôle de la Cour de cassation dans le sillage d'une opposition politique à l'esclavage, cause dont certains de ses membres sont solidaires¹²³ dans un contexte globalement réactionnaires, qu'atteste le retour dans le monde judiciaire d'un personnel formé dans l'ancien droit, au goût marqué pour l'argumentation fondée sur la coutume, l'équité et le droit naturel. L'application d'un texte comme le « Code noir » par la Cour de cassation, si elle paraît aujourd'hui singulière, ne l'était pas pour les jurisconsultes de la première moitié du XIX^e siècle. Si les uns, nés avec le Code civil, ou convertis au légalisme, sont sans doute plus enclins à détourner la législation esclavagiste par l'application du droit commun, d'autres, adeptes des anciennes coutumes, ou traditionalistes de conviction, n'y voient aucun cynisme, quitte à solliciter les ressources du raisonnement juridique. Cette pluralité de courants et d'intérêts ne rend pas extravagante une interprétation de la lettre du « Code noir » à la lumière de l'esprit du Code civil. C'est autant de technique juridique que d'idéologie politique qu'il est question, à propos d'une liberté qui n'a pas le sens abstrait des principes de la Révolution, ainsi que l'entendait Simonde de Sismondi : « On peut étourdir les hommes sur la destruction de leur liberté politique [...], mais on ne saurait les tromper sur la destruction de leur liberté domestique ; jamais aucun homme n'a pu renoncer volontairement à sa propriété, à sa personne, à sa famille »¹²⁴. Au moins l'évolution du régime juridique de l'affranchissement a-t-elle le mérite de rappeler cette réalité.

¹²³ Certaines personnalités sont incontournables, comme André Dupin (1783-1865) ou Alexandre Gatine (1805-1864). Le premier est Procureur général près la Cour de cassation à partir de 1830. Surnommé « Dupin Aîné », il est avocat jusqu'en 1829, conservant la devise « Libre défense des accusés », qui devient après 1830 « La liberté sous la loi ». Le second devient avocat près la Cour de Paris en 1827. Juge auditeur au Tribunal de Provins en 1830, il succède à Isambert comme membre du Conseil de l'Ordre de 1839 à 1842 puis de 1849 à 1852. Gatine est également membre de la commission instituée par décret du 4 mars 1848 auprès du ministre provisoire de la Marine et des Colonies, pour préparer l'acte d'émancipation. Il publie en 1845 *Causes de liberté, plaidoiries, mémoires et arrêts de cassation* (Paris, Cordier) et en 1849 *Abolition de l'esclavage à la Guadeloupe*, puis en 1862 *De la représentation des colonies*. Dans la mouvance des deux personnages à l'égard de l'esclavage peuvent être inclus Isambert, Béranger et le premier président Portalis.

¹²⁴ J.C. L. SIMONDE DE SISMONDI, *De l'intérêt de la France à l'égard de la traite négrière*, Paschoud, Genève, 1814, p. 16.