



**HAL**  
open science

## La relecture du Code Noir sous l'angle du droit romain

Frédéric Charlin

► **To cite this version:**

Frédéric Charlin. La relecture du Code Noir sous l'angle du droit romain. Esclavage, traite et autres formes d'exploitation et d'asservissement des êtres humains, Jean-François Niort, Olivier Pluen, May 2015, Pointe-à-Pitre (Guadeloupe), France. hal-04798951

**HAL Id: hal-04798951**

**<https://hal.science/hal-04798951v1>**

Submitted on 22 Nov 2024

**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 relecture du Code Noir sous l'angle du droit romain

Frédéric Charlin

Docteur en Histoire du droit,

Maître de conférences en Droit privé à l'Université de Bourgogne

Contrairement à la servitude à Rome, l'esclavage dans les colonies françaises est une institution créée *ex nihilo*. Bénéfique à la puissance économique romaine, la servitude est aussi un instrument de régulation sociale. L'esclavage colonial français est pratiqué comme un mode d'exploitation économique au service de l'Exclusif. Légalisé par Versailles au XVII<sup>e</sup> siècle, il est confiné à des territoires lointains et légitimé au siècle des Lumières par le « préjugé de couleur ». À Rome l'esclavage est une « institution sociale normale, sanctionnée par un usage universel »<sup>1</sup>, qui sert plus tard de sanction pénale appliquée aux citoyens. La Rome archaïque connaît d'abord un esclavage domestique du fait de sa rareté. La personnalité religieuse du *servus* n'en est pas moins reconnue, ce dont le droit classique garde les traces à travers le *jusjurandum liberti*<sup>2</sup> novant en obligation civile une promesse faite par le *servus*, mais aussi dans l'abandon noxal. La personnalité du *servus* apparaît encore dans une pratique de substitution testamentaire qui l'appelle, moyennant son affranchissement, à assurer le culte d'un défunt sans héritier. Initialement, le *servus* est distinct des animaux, alors que les fils et les femmes *in manu* ont un statut guère plus développé. Cette approche évolue lors des conquêtes à la fin de la république ; la pratique juridique classique accompagnant l'esclavage de chiourme transforme le *servus* en meuble, contre l'évidence de la nature<sup>3</sup>. L'habileté des juristes, amateurs de fictions, fait de cette « chose » étrange car consciente une *res* afin d'asseoir le droit de propriété du maître<sup>4</sup>.

Une nouvelle forme d'esclavage apparaît au XVII<sup>e</sup> siècle dans les Antilles françaises, contrairement à la tradition de liberté<sup>5</sup> plus ou moins idéalisée mais ancrée dans la conscience des juristes<sup>6</sup>. Le célèbre adage recueilli par Loysel prohibe théoriquement un tel mode d'exploitation qui nécessite la déportation d'une main-d'œuvre africaine. Pratique universelle dans l'esprit du droit romain, dont on peut dire qu'il en hérite, l'esclavage est au contraire développé par les colons et imposé par Versailles

---

<sup>1</sup> T. SELLIN, « Esclavage et peines dans la Rome antique », trad. de l'anglais par D. Chast, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. 2, *Études de science pénale et de politique criminelle*, Pédone, 1975, 2 vol., t. 2, p. 437.

<sup>2</sup> Le *jusjurandum liberti* est le serment que prononce l'esclave juste avant son affranchissement pour s'engager à effectuer des journées de travail gratuites pour son ancien maître.

<sup>3</sup> « Les esclaves sont nommés *servi*, parce que les généraux sont dans l'usage de faire vendre les prisonniers, et par là de les conserver au lieu de les tuer. On les nomme aussi *mancipia*, parce qu'ils sont pris avec la main sur les ennemis. » (*Institutes*, livre Ier, titre III, 3). Le Livre II contient d'autres passages révélateurs, par exemple au titre I, 17 : « Ce que nous prenons sur les ennemis, d'après le droit des gens, nous appartient aussitôt. Bien plus, les hommes eux-mêmes tombent ainsi dans notre esclavage. Mais dès qu'ils nous ont échappé et sont retournés près des leurs, ils reprennent leur ancien état. » ; 18 : « De même les pierres précieuses et les objets semblables que l'on trouve sur le rivage, deviennent à l'instant, par le droit naturel, la propriété de l'inventeur. » ; 19 : « Le part des animaux soumis à ton domaine t'est pareillement acquis par le droit naturel. » ; titre II, 1 : « Sont corporelles [les choses] qui, par leur nature, tombent sous nos sens, comme un fonds, un esclave, un vêtement, l'or, l'argent et tant d'autres choses enfin. » (formulation proche de celle de Gaius aux *Institutes*, titre II, 13 : « Les choses corporelles sont celles que l'on peut toucher, comme un fonds de terre, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent et d'innombrables autres choses. »).

<sup>4</sup> Un bon exemple est le statut du *servus fugitivus*, rendu conscient uniquement pour rendre imprescriptible la propriété du maître. Le *servus* ne peut s'enfuir qu'avec son maître.

<sup>5</sup> A. CASTALDO, « À propos du Code Noir (1685) », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, n°1, 2000, p. 24. L'auteur rappelle que « même si le droit public de l'ancien régime, et même l'ordre public, au sens juridique moderne, proscrivent l'esclavage dans le royaume, la condition des esclaves n'a jamais été oubliée en Occident, et notamment en France méridionale » ; J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Desaint, 1766-1771, 4 vol., t. 2, p. 236, art. « Nègres ».

<sup>6</sup> E. NYS, « L'esclavage noir devant les jurisconsultes et les cours de justice », *Revue de droit international et de législation comparée*, t. 22, Bruxelles, Belifante frères, 1890, 1<sup>ère</sup> partie, p. 67-68. D'après l'adage célèbre, « Toutes personnes sont franches en ce royaume, et si tôt qu'un esclave a atteint les marches d'icelui en se faisant baptiser, il est affranchi ». Invoquant ce dernier, le Parlement de Bordeaux avait libéré des captifs en 1571.

dans les territoires d'outre-mer. Il n'existe pas un droit romain de l'esclavage, mais plutôt des solutions éparpillées apportées à une pratique sociale sur le temps long<sup>7</sup>. La politique de la monarchie française engendre un véritable droit colonial, qui formera au XIX<sup>e</sup> siècle un *droit spécial* à l'ombre du Code civil.

Le Code Noir n'est pas un véritable « code », dénomination propre aux éditions privées<sup>8</sup>. Notre objectif, tout en évitant une comparaison sèche entre deux sociétés et contextes différents, est de répondre aux questions suivantes : quelle qualification juridique convient le mieux à la situation des esclaves aux colonies ? Comment les administrateurs coloniaux intègrent-ils ces enjeux à l'élaboration du Code Noir ? Quelles sont les sources de cet acte fondateur du droit colonial français, d'après Jean-François Niort. En quoi ce texte juridique de référence sur l'esclavage colonial est-il cohérent<sup>9</sup> ? L'Édit de mars 1685 reprend-t-il des règles locales ou transpose-t-il les solutions du droit romain ? A-t-il vocation à évoluer avec le régime juridique des esclaves ? Les contributeurs ont d'abord posé une charpente, affirmant le principe du statut mobilier des esclaves, relié au problème de la saisie pour dettes par les créanciers. La réglementation de l'esclavage se fait par petites touches, en fonction des effets attendus sur le droit de propriété des colons. Le droit romain aurait servi de « matrice » à l'Édit de mars 1685, notamment d'après Pierre Jaubert<sup>10</sup> et Dominique Mignot<sup>11</sup>. S'agit-il d'une reprise intégrale, d'une influence plus délicate à cerner ou de simples réflexes de bon sens, par exemple dans le choix limité des modes d'affranchissement ? Nul besoin d'être un fin juriste pour comprendre le

---

<sup>7</sup> M. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Les belles lettres, 1981 ; v. les dernières synthèses d'Arnaud Paturet : « Du nouveau sur l'esclavage antique ? », in *Journal of Research in Gender Studies*, 2 (1), 2012, p. 157-167 ; « L'individu entre l'homme et la chose. Note sur l'esclave en droit romain. », *Droits*, n°51, 2010.

<sup>8</sup> V. notre art., « Le Code Noir entre codification et compilation », actes des Journées d'histoire du droit de Salzbourg (Autriche, 24-27 mai 2012), in D. Auer (dir.), *Codifications et compilations du droit*, 2014, à par. L'ensemble des projets dirigés par Colbert fait appel à une équipe restreinte de personnes dont l'expérience de terrain est privilégiée. L'Édit de mars 1685 est l'aboutissement d'un travail de fins connaisseurs des rouages de la société coloniale. Les avant-projets de 1682 et 1683, préparés par les administrateurs aux Antilles, sont supervisés par Colbert et le marquis de Seignelay, secrétaire d'État à la Marine qui prend le relais à la mort de son père (L. PEYTRAUD, *L'esclavage aux Antilles françaises avant 1789* (1897), Desormeaux, Pointe-à-Pitre, 1973, p. 145-150). La charpente du texte est formée de deux mémoires adressés au roi : le premier, rédigé par Patoulet, est du 20 mai 1682 ; le second, de Bégon et Blénac, date du 13 février 1683. Leur contenu est repris en grande partie par le Code Noir. Égal. M. BOULET-SAUTEL, « Colbert et la législation », in *Un nouveau Colbert*, SEDES, 1985, p. 119-132. Colbert contourne des instances comme le chancelier et les cours, au bénéfice d'officiers de la Marine.

<sup>9</sup> J.-F. NIORT, *Le Code Noir. Idées reçues sur un texte symbolique*, Le Cavalier Bleu, coll. Idées reçues, 2015. L'ouvrage corrige un certain nombre d'idées reçues sur l'Édit de mars 1685. V. égal. *Code Noir*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2012. La cohérence juridique du texte tient pour une grande part à la cohabitation entre l'humanité objective de l'esclave (certes inférieure dans le quotidien) et son absence de personnalité juridique (à l'instar du mort civil). Pour approfondir le sens de la distinction entre humanité et personnalité juridique, v. du même auteur : « L'esclave dans le Code Noir de 1685 », in *Esclaves. Une humanité en sursis*, dir. O. Pétré-Grenouilleau, PUR, coll. Histoire, 2012, p. 221-239 ; « Le problème de l'humanité de l'esclave dans le Code Noir et la législation postérieure : pour une approche nouvelle », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, PUAM, 2012, n°4, p. 293-329 ; « *Homo servilis*. Un être humain sans personnalité juridique : réflexion sur le statut de l'esclave dans le Code Noir », in *Esclavage et droit. Du Code Noir à nos jours*, études réunies par T. Le Marc'hadour et M. Carius, Arras, coll. Artois Presses Université, 2010, p. 15-41.

<sup>10</sup> P. JAUBERT, « Le Code Noir et le droit romain », in J.-L. HAROUEL (dir.), *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 321-331.

<sup>11</sup> D.-A. MIGNOT, « La matrice romaine de l'Édit de mars 1685, dit le Code Noir », in J.-F. NIORT (dir.), *Du Code Noir au Code civil. Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe*, L'Harmattan, 2007, p. 87-98. L'auteur voit dans l'Édit de mars 1685 la transposition de précédents romains, alors que l'historien américain Vernon Valentine Palmer la réfute en affirmant que seul le droit local forgé avant 1685 par les administrateurs coloniaux aurait servi de trame (« Essai sur les origines et les auteurs du Code Noir », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 111-140). Le même auteur s'intéresse aux sources du droit colonial en Louisiane, *Through the Codes Darkly. Slave law and civil law in Louisiana*, The Lawbook Exchange Ltd, 2012. Le système juridique louisianais hérité de l'Espagne était complexe, inspiré du droit romain, puis du droit espagnol et du droit français. Le droit espagnol en vigueur à l'acquisition par les États-Unis en 1803 comptait onze codes, soit plus de 20 000 textes comportant moult contradictions. Le droit français (coutume de Paris, ordonnance royale de 1667, Code Noir de 1724), avait été intégré après le traité de Paris de 1763. Les Louisianais avaient du mal à comprendre et appliquer un droit aussi complexe.

régime général de la propriété sur un esclave. Quelques emprunts probables au droit romain ne démontrent aucune convergence en la matière. L'idée d'une reprise apparaît dogmatique, alors que le droit romain a pénétré l'ancien droit par une lente assimilation, autant par la pratique professionnelle que par la réflexion savante. Il faut bien s'entendre sur la matière visée, car le droit en vigueur à Rome comporte plusieurs strates : l'ancien droit romain, le droit romain classique et celui de la période tardive. Nous n'incluons pas le droit savant, redécouvert et travaillé à partir de sa renaissance. L'approche savante plutôt désincarnée est problématique, y compris chez les non romanistes qui idéalisent le droit romain au point d'en voir partout.

Croiser le droit romain et l'esclavage colonial écrase le temps. L'indéniable connaissance des solutions romaines par les administrateurs coloniaux les fait replonger dans une matière brute faite d'un ensemble de précédents. Après la disparition de l'esclavage antique<sup>12</sup>, les romanistes et canonistes médiévaux n'ont pas ressenti le besoin d'approfondir certaines institutions. De leur côté, les administrateurs antillais, rarement juristes de formation, ne mènent pas une réflexion théorique, mais se contentent d'emprunter aux Romains ce dont l'économie de plantation a besoin, retombant parfois sur les mêmes solutions. L'esclavage colonial est traité à son époque comme une autre affaire, par la volonté d'adaptation à une série de difficultés concrètes. Les moyens à disposition de l'administration ne sont guère propices à l'épanouissement du droit romain, mais plutôt à des réminiscences. L'étude du droit romain offre un outil conceptuel efficace pour comprendre tous les aspects juridiques de l'esclavage dans la période coloniale<sup>13</sup>. Restituer de tels enjeux revient à observer l'expérience historique des sources et techniques du droit pour (re)définir un statut juridique atypique, assis sur l'ordre public local.

Poser ici la question d'une influence romaine comporte le risque d'une vision fantasmée d'un statut juridique spécifique qui aurait été pensé, officialisé puis rangé dans les catégories établies. La problématique suscite jusqu'à aujourd'hui des discussions séparées, qui n'envisagent pas le droit romain sous le même angle. En prolongement des contributions antérieures (notamment celles d'André Castaldo et de Dominique Mignot), il faut croiser les regards sur l'influence d'un droit romain qui s'exerce *a posteriori* comme outil de réflexion sur le statut juridique de l'esclave en droit colonial. L'influence de Rome sur les auteurs du Code Noir apparaît de manière indirecte et très secondaire. La recherche des sources d'inspiration des contemporains pose autant la question de l'influence de la culture juridique romaine en général que celle d'une reprise des solutions romaines sur le *servus*. Nous devons faire preuve d'un double recul, car l'influence du droit romain sur le Code Noir s'entend dans un double sens, considérant d'abord l'inspiration des administrateurs et juristes de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, puis notre propre inspiration dans le travail d'analyse du Code Noir, avec le recul d'une vision synthétisée et épurée du droit romain. L'exercice est nécessaire pour comprendre et comparer le regard concret des auteurs du Code Noir sur le droit romain et celui des historiens et/ou juristes actuels qui redécouvrent le droit de l'esclavage après deux siècles de Code civil et d'individualisme libéral. Le droit romain est une boîte à outils qui permet de démonter, pour mieux le comprendre, le travail d'élaboration du statut juridique de l'esclave, objet de propriété dans un patrimoine (I) mais dont les capacités reconnues en font un sujet spécifique (II).

## I. L'INFLUENCE DU DROIT ROMAIN SUR LE STATUT DE L'ESCLAVE COMME OBJET ET SA COMPRÉHENSION ACTUELLE

À Rome, le *mancipium* marque chez le *servus* son état de dépendance absolue vis-à-vis du propriétaire (*dominus*). Les *servi* et les *fili* sont soumis à la *dominica potestas* du *paterfamilias*. La frontière est mince entre puissance domestique et droit de propriété (*usus, fructus, abusus*). Utilisés dans la maison

---

<sup>12</sup> La pratique résiduelle d'un esclavage sous la forme antique et, plus tard, l'institution du servage ne soulèvent pas les mêmes problématiques. L'assimilation des serfs médiévaux aux esclaves trahit une différence de statut. Le *servus* est la propriété d'un homme libre, alors que le serf est une personne liée à la terre (C. VERLINDEN, *L'esclavage dans l'Europe médiévale*, t. 1, *Péninsule ibérique-France*, Bruges, de Tempel, 1955, p. 733-747).

<sup>13</sup> J. BART, « De l'esclavage au servage et à la mainmorte. La doctrine juridique au service de la société », in *Hommages à Gérard Boulvert*, Centre d'histoire du droit de l'Université de Nice, 1987, p. 35-42. Le rapprochement entre les statuts engendrés par l'esclavage et le servage reste délicat. L'esclavage est une institution civile débouchant sur un droit réel et une sujétion domestique, alors que la pratique du servage correspond aux périodes féodales de faiblesse de l'État.

familiale ou sur les champs, le *servus* à Rome et l'esclave des colonies sont assimilés à des objets de propriété (A), soumis à un pouvoir domestique fondé en droit (B).

#### A. L'ASSIMILATION CONTINUE DE L'ESCLAVE A UN OBJET, RES OU BIEN MEUBLE

Étymologiquement, la « chose » vient du latin *causa* qui se traduit par « cause » ou « intérêt ». Une *res* est un point débattu ou une affaire discutée<sup>14</sup>. Les « choses » ne correspondent pas exactement aux *res*, car le droit romain envisage les litiges et tout ce qui a de l'intérêt, comme les esclaves. La signification des *res* est déformée par une comparaison faussée du *ius civile* et du droit civil moderne. Yan Thomas réfutait la traduction simpliste de *res* en « chose »<sup>15</sup>. Les *res* ont une valeur objective, les choses n'étant appropriées aujourd'hui que pour leur valeur subjective dans un patrimoine. Les Romains sont pragmatiques et ne raisonnent qu'en fonction de leur utilité ; la valeur des *servi* se traduit logiquement dans la catégorie des *res*.

Le langage juridique a ses commodités, *a fortiori* dans le contexte colonial. La législation royale assimile le « nègre » aux biens meubles pour des raisons pratiques. Intégrer les esclaves aux *res* ne soulève aucun problème d'humanité à Rome, non plus que chez les auteurs du Code Noir. À Rome, le fils et l'esclave peuvent (gratuitement pour le premier) être vendus par le *paterfamilias* ou faire l'objet d'une action en justice<sup>16</sup>. Assimiler l'homme aux *res* reflète l'intérêt que les juristes lui portent : « La conscience moderne oppose l'homme et la chose [et] se scandalise que la conscience antique n'en ait pas fait autant. [...] On range l'esclave dans les *res corporales* dans la mesure où il est un « élément doué d'une existence physique », figurant dans les « avantages » (*bonae*) qui constituent un patrimoine. » (J. C. Dumont)<sup>17</sup>. Dès l'époque des actions de la loi, l'esclave est le bien meuble par excellence, revendiqué par le *sacramentum in rem* qui l'appréhende comme objet type. La propriété mobilière ou immobilière, qu'elle porte sur un esclave, un animal ou tout autre objet stable ou mouvant, n'est pas distincte du droit en tant que tel. La *res* est pleine de substance juridique et les *iura* y sont embusqués, en faveur du *dominus*. Pourtant, l'esclavage apparaît moins embarrassant à Rome qu'en droit colonial à l'époque moderne, celle qui précisément oppose l'homme aux choses.

Aux Antilles, le statut mobilier de l'esclave de culture renforce son utilité dans le fonds, souvent au détriment de créanciers impayés. Ce choix ne doit rien au droit romain ; l'esclavage méditerranéen n'a jamais vraiment disparu et ceux qui le pratiquent traitent consciemment les hommes comme des objets mobiliers (A. Castaldo). Or, il est fréquent d'entendre que l'Édit de mars 1685 reprendrait simplement le droit romain, opinion *a priori* crédible. La ressemblance juridique du *servus* (*res*) et du « nègre » (bien meuble) n'efface pas les différences propres à chaque société. Le droit romain ne réduit pas l'esclave à une chose ; les jurisconsultes opposent les *res mancipi*, échappant à la puissance d'autrui par leur valeur, aux *res nec mancipi*, aliénables par simple tradition. Dans la première catégorie se trouvent les fonds de terre et les maisons, les esclaves et les animaux, ainsi que les serviteurs de fonds rustiques. Un passage des *Institutes* énumère les biens de valeur, dont la liste n'a pas tellement changé aux Antilles, où un document puisé parmi d'autres mentionne les « habitations, maisons, serviteurs, nègres, bestiaux et autres meubles » comme biens essentiels<sup>18</sup>. L'esclave est un bien qui circule dans un ordre économique établi.

Réglementer une nouvelle pratique de l'esclavage nécessite des avis et avant-projets de règlement. Celui de Bégon et Blénac du 13 février 1683 affirme le statut mobilier de l'esclave dans sa partie intitulée « Des saisies des esclaves et de leur qualité mobilière », dont l'article 4 prévoit que « les esclaves seront en tous cas réputés meubles et partagés comme tels sinon lorsqu'il y aura des

---

<sup>14</sup> V. l'excellente étude de D. DEROUSSIN, « Personnes, choses, corps », in *Le corps et ses représentations*, E. Dockès et G. Lhuillier, Litec, 2001, p. 119-124.

<sup>15</sup> Y. THOMAS, « *Res*, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 25, 1980, p. 425.

<sup>16</sup> Gaius considère dans ses *Institutes* le *servus* et le *filius* comme des êtres soumis au droit d'autrui en tant que *res mancipi*. L'esclavage est porteur d'une valeur marchande, ce qui est le cas des individus qui engagent leurs services. Les romanistes médiévaux ont redécouvert le passage des *Compilations* de Justinien rappelant que le corps d'un homme libre ne peut faire l'objet d'une estimation, ce qui permet plus tard de voir *a contrario* dans l'esclave un objet de valeur.

<sup>17</sup> J. C. DUMONT, *Servus. Rome et l'esclavage sous la république*, thèse histoire, École française de Rome, Boccard, 1987, p. 97.

<sup>18</sup> Arrêt d'homologation d'un contrat d'acquisition à la Martinique, 9 avril 1669, ANOM, série F<sup>3</sup> 247, f°569.

conventions contraires dans les contrats de mariage qui seront exécutées »<sup>19</sup>. Ces deux propositions figurent aux articles 44 et 45 du Code Noir. L'article 44 est le plus commenté de l'historiographie en ce qu'il déclare « les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté ». L'article 45 autorise les propriétaires à stipuler leurs esclaves « propres à leurs personnes ». L'article 46 fixe les règles à suivre en matière de saisie des esclaves. L'article 47 interdit de saisir et vendre séparément le mari, la femme et les enfants impubères (dans les rares cas où les esclaves sont mariés). La saisie des esclaves de culture est interdite par l'article 48 qui n'autorise que la saisie conjointe, c'est-à-dire englobant les esclaves et le fonds d'exploitation<sup>20</sup>. Prolongement du maître et de son habitation (*familia*), la vie quotidienne de l'esclave est tributaire du pouvoir domestique, comme le *servus*.

#### B. LE RATTACHEMENT CONTINU DE L'ESCLAVE A LA PUISSANCE DOMESTIQUE D'UN PROPRIETAIRE

L'esclave antique fait partie des *res* sans être exclu du genre humain, même si le problème juridique n'est pas là. « En réalité, le droit romain, en ce qui concerne l'esclavage, s'organise plutôt autour d'un principe tantôt implicite, tantôt expressément proclamé : l'humanité de l'esclave. La reconnaissance implicite fonde peu ou prou tous les développements juridiques qui concernent les esclaves. Si l'esclave était un simple objet, le droit de l'esclavage ne serait pas plus développé que celui du cheval ou du pressoir. »<sup>21</sup>. À Rome, des hommes peuvent être vendus comme *res*, alors que l'ancien droit oppose plus consciemment les personnes aux biens. La légalisation de l'esclavage colonial repose sur un texte de police préparé par Colbert, le roi de France s'interdisant de faire du droit civil et de remettre en cause les lois fondamentales.

Le statut mobilier des « nègres », à défaut d'être indispensable au système esclavagiste, permet d'asseoir un droit de propriété spécifique à l'ordre public local. L'article 44 résonne aujourd'hui négativement dans la conscience des juristes portée sur les droits subjectifs de l'homme. Le Code Noir n'a pas de vocation anthropologique et le statut mobilier de l'esclave en droit colonial n'est pas surprenant dès lors qu'il se limite à la sphère juridique<sup>22</sup>. D'après Antoine Gislser, « le principe du droit romain [...] est que l'esclave est une “*res*”. Son statut juridique est celui d'un objet, d'une chose. [...] Aussi nos auteurs – après l'avoir soigneusement relativisée – l'adopteront-ils. »<sup>23</sup>. L'historien souligne la part de fiction propre à toute qualification juridique. L'exclusivité du droit de propriété sur les esclaves est un choix de l'administration coloniale. La question de savoir si à Rome l'esclave est une *res* ou une *persona* est trompeuse, car ses aptitudes et facultés peuvent s'épanouir dans la première catégorie et ne supposent aucune capacité civile.

Le principe romain de matrilinéarité (*Partus sequitur ventrem*)<sup>24</sup> apparaît à l'article 13 de l'Édit, règle de bon sens excluant le doute sur la maternité de l'esclave, face à l'incertitude du statut des enfants nés d'unions mixtes. Avant 1685, les enfants d'un « nègre » libre et d'une esclave étaient considérés comme *libres de fait*. L'accroissement de leur nombre exigeant un critère définitif, l'article 12 déclare esclaves les enfants de mère esclave, par conciliation d'objectifs économiques et spirituels<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Mémoire pour le roi de Bégon et Blénac sur le projet de règlement pour la police des esclaves, 13 février 1683, ANOM, série F<sup>3</sup> 90, f°16. Le mémoire de Patoulet au roi, daté du 20 mai 1682, fait des propositions sur la police des esclaves, l'auteur s'intéressant plus aux rapports avec le maître qu'au statut mobilier de l'esclave (mémoire de Patoulet sur la conservation, la police, le jugement et le châtement des esclaves des sujets du roi aux îles de l'Amérique, 20 mai 1682, ANOM, série F<sup>3</sup> 248, f°555 ; F<sup>3</sup> 90, f°1).

<sup>20</sup> Les articles 49 à 54 se rapportent aussi à la saisie et indiquent les règles à suivre dans les baux à ferme, les droits féodaux et la garde noble des esclaves.

<sup>21</sup> J. C. DUMONT, *op. cit.*, p. 96. L'auteur rappelle le refus de considérer l'esclave comme marchandise, l'abandon noxal du cadavre ou encore l'attribution au nu-propriétaire de l'enfant d'un esclave en usufruit, signifiant que la progéniture servile ne relève pas du *fructus*. William Buckland avait aussi démontré que le *servus* ne peut être assimilé à une chose (*The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, p. 3-5).

<sup>22</sup> L. SALA-MOLINS, *Le Code Noir, ou le calvaire de Canaan*, PUF, coll. Pratiques théoriques, 1987. Rappelons que la démarche de l'auteur est volontairement philosophique et non historique.

<sup>23</sup> A. GISLER, *L'esclavage aux Antilles françaises. XVII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle* (1965), rééd. Karthala, 1981, p. 31, n. 2.

<sup>24</sup> Le droit romain ne tient pas compte de la situation du père puisque le mariage des esclaves (*contubernium*) n'est pas reconnu civilement. L'enfant d'un homme libre et d'une femme esclave naît esclave ; l'enfant d'un esclave et d'une femme libre naît libre (Gaius, I, 82 ; *Institutes*, I, 3, 3).

<sup>25</sup> L. PEYTRAUD, *op. cit.*, p. 245 : « On voit [...] que les juristes du XVII<sup>e</sup> siècle, tout en s'inspirant du droit romain et du droit canonique, se sont préoccupés de concilier autant que possible les préceptes divins et les intérêts des possesseurs d'esclaves. Ils ont respecté le principe : *Quod deus conjunxit homo non separet*. Mais ils ont sauvé légalement la propriété des maîtres en n'admettant pas que la femme esclave pût donner

Les nouveaux-nés appartiennent au propriétaire de la mère, manière de favoriser une main-d'œuvre nombreuse. La reprise du critère de matrilinearité dans la plupart des systèmes esclavagistes permet de fixer les modes d'entrée en esclavage. Le droit canonique est plus présent que le droit romain dans le correctif du mariage catholique de la mère esclave avec un colon, dont les relations illégitimes ont engendré des enfants.

Le « préjugé de couleur » aux colonies offre plus tard une ligne de démarcation plus nette que les différences sociales à Rome, où l'on admet plus facilement l'union entre esclaves et libres après une naissance. Rappelons que la main-d'œuvre servile romaine est facilement renouvelable par les conquêtes, alors que la traite négrière atlantique, structurellement difficile et coûteuse, suscite l'inquiétude des milieux d'affaires sur l'insuffisance des ressources. Les questions soulevées par l'influence antique sont autant circonstancielles que techniques. Le droit romain n'a pas vocation à servir les desseins coloniaux, en raison d'irréductibles différences sociales liées au contexte historique et aux enjeux économiques des systèmes d'exploitation. La redécouverte des solutions romaines permet aujourd'hui aux historiens du droit de problématiser un statut juridique spécial, notamment sous l'angle de l'état des personnes. En théorie comme en pratique, le statut mobilier de l'esclave se double d'un statut complexe de sujet permettant de diversifier ses rôles en renforçant son utilité.

## II. L'INFLUENCE DU DROIT ROMAIN SUR LE STATUT DE L'ESCLAVE ENVISAGÉ COMME SUJET ET SON APPROFONDISSEMENT

En droit français, l'humanité et la personnalité ont longtemps été dissociées avant d'être réunies dans le concept d'*être humain sujet de droits*, affirmé dans la Déclaration de 1789, assimilé peu à peu par les juristes et intégré au droit civil dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. La situation très ancienne de l'esclave sans personnalité juridique offre diverses possibilités « émancipatrices » (A). Le droit romain appliqué au *servus* n'a pas connu d'évolution conceptuelle similaire, ce qui n'empêche sa sollicitation dans l'argumentation judiciaire de la Cour de cassation « en faveur de la liberté » (B).

### A. LES FONCTIONS DE L'ESCLAVE RECONNUES EN DROIT A DEFAUT DE PERSONNALITE JURIDIQUE

À Rome la *persona* n'a pas de signification uniforme<sup>26</sup> ; elle est le « masque » qui renvoie au rôle des parties dans le procès. La distinction pertinente oppose les citoyens et non citoyens (et non les personnes aux « non personnes »). La liberté civile est accessoire de la citoyenneté, d'où les statuts intermédiaires comme celui d'esclave : « on comprend [qu'il] n'y avait pas, dans le droit primitif, au point de vue de la condition juridique, entre l'esclave et l'homme libre [...] l'abîme qui existera plus tard »<sup>27</sup>. Certes, Gaius traite des esclaves dans le Livre Ier des *Institutes* sur les personnes et non dans le Livre II consacré aux biens. Mais la distinction des libres et des non libres reste la *summa divisio* du Livre Ier. Il est aussi maladroit d'opposer *homo* et *res* en droit romain<sup>28</sup>. Le terme *persona* n'est souvent employé qu'au sens littéraire désignant l'« homme » (*homo*) et non la personne en droit. Désigner le *servus* comme tel, sous la plume de Gaius et d'Ulpien (D. 50, 17, 22) n'accrédite pas sa

---

naissance à des enfants libres, à moins qu'elle ne fût régulièrement épousée par un homme libre. Or, c'était là [...] des cas excessivement rares, beaucoup plus rares que dans l'antiquité ou dans les premiers temps du christianisme ».

<sup>26</sup> Pour élargir à d'autres problématiques, lieux et périodes, *Personne et res publica* (J. Bouineau, A. Tourraix, G. Lobrano et É. Schneider), L'Harmattan, coll. Méditerranées, 2008.

<sup>27</sup> F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, II, *Évolution et effets de la capitis deminutio*, Sirey, 1919-1926, 2 fasc., fasc. 1, p. 11.

<sup>28</sup> « Bien qu'issu du vocabulaire juridique romain, le terme « personne » n'a pas revêtu, dès l'Antiquité, le sens juridique précis que nous lui donnons. [...] Ce dernier sens, recueilli par les juristes médiévaux, est à l'origine du qualificatif *persona* qu'ils appliqueront aux groupements formant corps. » (A. LEFEBVRE-TEILLARD, *in Dictionnaire de culture juridique, op. cit.*, v<sup>o</sup> « Personne », p. 1151). Cicéron ne désigne pas la personnalité juridique lorsqu'il parle de la *persona pupuli*, qui renvoie seulement au corps de la cité. Ulpien reconnaît des droits à l'esclave mais seulement du point de vue du *ius naturale* (D. 50, 17, 32). Tout en affirmant qu'au regard du *ius civile* les esclaves n'ont pas la *persona*, il admet que dans le *ius naturale* tous les hommes (*homines*) sont libres et égaux. Ulpien écrit que les esclaves s'obligent *civiliter* par leurs délits, *naturaliter* par leurs contrats (D. 44, 7, 14). *Hominum causa omne jus constitutum* : la sentence d'Hermogénien au *Digeste* n'exclut pas l'esclave. La conceptualisation de la *persona*, fort bien menée sous la plume de Yan Thomas, peut susciter chez le lecteur un réflexe d'universalisation de la personnalité – par idolâtrie des fictions ? – dans la société romaine.

reconnaissance comme personne juridique. Comme le rappelle D. Deroussin, « Par extension, *persona* désigne l'homme tel qu'il se présente dans la vie juridique, remplissant les différents rôles que l'ordre juridique peut lui attribuer par rapport à un patrimoine [...]. Or, un individu peut remplir plusieurs rôles [...], comme cela peut être le cas d'un esclave indivis. *Persona* et individu physique ne coïncident donc pas nécessairement. »<sup>29</sup>. Seul le *paterfamilias* détient une personnalité juridique complète.

Les statuts intermédiaires de l'esclavage et de la citoyenneté romaine reposent sur la fiction selon laquelle un homme reçoit plusieurs statuts. La *persona* relève du droit civil et du droit des gens, non du droit naturel. La reconnaissance et le fonctionnement du pécule (comme l'obligation naturelle) n'y change rien. L'esclave ne relève que du droit de propriété, aussi bien à Rome qu'aux Antilles. Même s'il peut jouer *de facto* le rôle d'une personne dans sur les marchés ou dans les milices en temps de guerre, il n'a pas plus de capacité juridique qu'un mineur ou un majeur sous tutelle. À Rome, le *servus* joue souvent un rôle important sur la scène juridique, « empruntant » la personnalité juridique du maître pour être économiquement et socialement plus utile.

L'ancien droit français ne confond pas humanité et personnalité<sup>30</sup>. L'homme n'est pas sujet de droit par nature ; la mort civile ôte sa personnalité au condamné, mais pas son humanité<sup>31</sup>. Jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, la personnalité juridique est attribuée par l'État<sup>32</sup>, avant de devenir le droit subjectif de tout homme, qui naît désormais comme une personne. À défaut de capacité civile, l'esclave joue un rôle croissant dans le commerce local, suivant la volonté juridique du propriétaire. Tel le père à l'égard de ses enfants, il règle ses comptes domestiques avec le pécule dont l'origine romaine est incontestable<sup>33</sup>. L'intervention des maîtres dans la gestion du pécule est encadrée par l'article 29 du Code Noir et le poids des mœurs relatifs au pécule commercial de l'esclave issu d'un partage antérieur. Il est d'usage que le maître laisse son pécule à disposition de l'esclave affranchi, ce qui vaut donc surtout pour les domestiques (les esclaves de culture sont rarement affranchis). L'incapacité des esclaves rend nulles « toutes les promesses et obligations qu'ils auraient faites, comme étant faites par gens incapables de disposer et contracter de leur chef » (art. 28). Certains engagements sont validés comme obligations naturelles à l'instar de la pratique romaine, même si au quotidien les acteurs en ont plus ou moins conscience. La société coloniale reconnaît et facilite l'activité marchande des esclaves qui composent l'écrasante majorité de la population. L'incapacité civile de l'esclave (réformée en 1830 seulement) ne l'empêche pas de devenir un « agent commercial », au rôle prépondérant dans l'économie locale.

L'administration maintient l'ordre public colonial, en présence d'une classe servile numériquement supérieure. Les ressemblances en matière pénale entre Rome et les colonies sont flagrantes, mais n'est-ce pas un trait commun aux sociétés esclavagistes d'assurer l'ordre par une certaine dureté ? L'article 35 du Code Noir prescrit la mort pour la première fois au sujet des « vols qualifiés, même ceux de chevaux, caavales, mulets, bœufs ou vaches, qui auront été faits par les esclaves ou par les affranchis ». Les prescriptions reprennent en partie l'avant-projet de Bégon et Blénac de 1683 et le mémoire de Patoulet de 1682<sup>34</sup>. Les articles 34 et 35 recommandent aux juges la peine capitale dans

---

<sup>29</sup> D. DEROUSSIN, art. cit., p. 81.

<sup>30</sup> Cf. *supra*, note 9 sur la référence aux études de Jean-François Niort abordant cette problématique fondamentale de la distinction entre humanité et personnalité juridique, la première pouvant se passer de la seconde dans l'ancien droit.

<sup>31</sup> F. RICHER, *Traité de la mort civile*, Durand, 1766, p. 7. La société « ne lui refuse rien de tout ce qu'il peut attendre de l'humanité ».

<sup>32</sup> Au XVII<sup>e</sup> siècle, Domat oppose les distinctions d'ordre naturel à celles des lois positives dans l'ancien droit : « Les distinctions que font entre les personnes les qualités qui règlent leur état, sont de deux sortes. La première est de celles qui sont naturelles et réglées par des qualités que la nature même marque et distingue en chaque personne. [...] et la seconde est des distributions qui sont établies par des lois humaines. » (*Œuvres complètes de Jean Domat*, nouv. éd., par J. Rémy, Alex-Gobelet, 1835, t. 1, p. 94-95).

<sup>33</sup> Envisagé à l'époque classique (Gaius, *Institutes*, IV, 69) comme une affectation patrimoniale partielle du *paterfamilias* au *filius* ou au *servus*, le pécule est un prolongement de la volonté juridique du maître, avant d'être associé à une capacité autonome du *servus* (Y. THOMAS, « Droit domestique et droit politique à Rome. Remarques sur le pécule et les honores des fils de famille », *Mélanges de l'École française de Rome*, 1982, p. 527-580 ; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Étude sur le pécule dit « profectice » depuis l'édit de « peculio » jusqu'à la fin de l'époque classique*, 1932, p. 536-537, 620 et 628. L'ouvrage est ancien, mais il explique clairement le problème.

<sup>34</sup> Pour une comparaison avec les mémoires précédant la rédaction du Code Noir, v. mémoire de Patoulet au roi du 20 mai 1682, ANOM, série F<sup>3</sup> 90, f°9, qui prescrit la mort comme sanction des vols qualifiés ; mémoire de



les cas de voie de fait (contre les libres) et de vols qualifiés. La convergence avec le droit romain est remarquée par D. Mignot : « Les auteurs de l'édit de mars sont donc très influencés par les lois civiles qui dominent encore leurs schémas de pensée et l'architecture juridique du royaume. L'article 35 [...] dispose que les vols qualifiés, commis sans doute la nuit et dans les maisons particulières, peuvent être punis de peines afflictives et même de mort s'il échet... à l'instar du droit classique romain impérial où la procédure criminelle extraordinaire est utilisée contre les voleurs de bestiaux, les voleurs de grands chemins et les voleurs avec effraction. »<sup>35</sup>. Les infractions les plus graves sont les atteintes au maître. L'esclave doit à son propriétaire (ou concrètement au gérant de l'habitation et aux commandeurs sur les plantations) un respect singulier. L'article 33 punit de mort toute atteinte corporelle au maître ou à un membre de sa famille. La peine capitale s'applique aux cas d'atteinte volontaire à une autre personne libre (art. 34). La répression des esclaves qui ont frappé ou blessé leur maître retient l'attention des autorités.

L'agression physique d'un esclave par un autre justifie des poursuites civiles par le maître de la victime, entraînant comme à Rome l'abandon noxal (éventuel) du coupable. L'esclave sans personnalité civile est traité comme un sujet pénal ordinaire par l'article 32 du Code Noir qui applique l'ordonnance criminelle d'août 1670. L'esclave est responsable pénalement mais n'a pas de droits, à part la « plainte » devant le procureur du roi pour mauvais traitements (art. 26), qui prévoit surtout une faculté d'« informer » celui-ci. Plutôt illusoire en pratique, cette technique permet au moins aux autorités de s'informer sur la vie quotidienne dans les habitations. Les possibilités reconnues par le système laissent entendre que l'esclave pourrait devenir une personne, ce qui résume la dialectique esclavagiste : l'esclave dont on attend beaucoup en raison de ses capacités, peut-il indéfiniment rester incapable en droit ?

#### B. L'INSPIRATION ROMAINE DE LA JURISPRUDENCE SUR LA « PERSONNALISATION » DE L'ESCLAVE

La culture juridique française, en transition au XIX<sup>e</sup> siècle, voit émerger une nouvelle conception de la personnalité, influant sur le statut de l'esclave rebaptisé « personne non libre » après 1830. La personnalisation de l'esclave (proche du domestique sous certains aspects) ne suit pas une évolution linéaire vers l'abolition. À cette période le droit de la responsabilité civile est porteur d'évolutions similaires. Cette amélioration théorique ne remet pas en cause le statut mobilier de l'esclave, mais il le dépasse. L'intérêt économique du propriétaire est renforcé par le contexte de transition industrielle, marqué par l'utilisation de la machine à vapeur. Le pouvoir domestique du maître (comme plus tard la puissance paternelle) devient même incompatible avec le droit pénal moderne, par lequel l'État se réapproprie toutes les sources de punition.

La condition servile connaît à Rome des innovations prétoriennes à l'époque tardive. Les libres de fait, reconnus comme libres de droit, reçoivent sous Justinien le droit d'agir en justice sans l'intervention d'un tiers. Un début de *cognatio servilis* leur est également reconnu. L'émancipation de leur statut est commandée dans l'intérêt commun de la cité. Parfois des correctifs s'imposent pour régulariser des situations précaires, issues notamment d'affranchissements incomplets. La fréquence de ces derniers chez les maîtres réticents à payer les taxes à l'administration coloniale donne naissance à la catégorie des libres de fait ou « patronés », qui travaillent comme libres mais restent juridiquement esclaves. Les autorités tolèrent beaucoup d'excès, dans la Rome antique comme aux colonies, car tout le monde y trouve son avantage.

Ce contentieux au cœur du système esclavagiste sous la monarchie de Juillet donne l'occasion au Procureur général Dupin d'invoquer les précédents romains dans ses réquisitoires. Il commente d'abord l'ordonnance royale de 1832 accordant des garanties procédurales aux libres de fait : « Il est à remarquer que l'ordonnance de 1832 se trouve avoir eu un précédent analogue dans un sénatus-consulte [...], fait du temps heureux de l'empereur Trajan, et par lequel une action publique est aussi instituée pour procurer, par l'autorité du magistrat, la liberté à l'esclave que l'héritier refuse d'affranchir. La loi romaine a également prévu le cas où l'héritier, chargé d'affranchir un esclave, bien loin d'accomplir cette condition, l'aurait vendu à un tiers, et elle décide que dans ce cas la

---

Bégon et Blénac du 13 février 1683 (déjà cité), qui envisage la peine capitale selon les circonstances, les verges et la fleur de lys pour les vols moindres.

<sup>35</sup> D.-A. MIGNOT, « Du *ius vetus* au Code Noir : le délit de l'esclave aux îles françaises d'Amérique (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle), in *Histoire d'outre-mer. Études d'histoire du droit et des institutions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 80.

revendication de la liberté peut toujours avoir lieu. [...] Eh bien ! l'ordonnance du 12 juillet 1832 a été rédigée dans le même esprit ; c'est aussi le magistrat qu'elle charge de protéger l'esclave, en lui donnant action pour le faire déclarer libre de droit, contre ceux qui le retiennent dans leur possession, au mépris du titre d'affranchissement. ». Dans une affaire de revendication de liberté, un esclave voit son pourvoi en cassation admis en vertu de l'ordonnance de 1832. En l'espèce, la Cour royale de la Martinique refusait de faire droit aux intéressés sous prétexte qu'ils avaient déjà été entendus dans une affaire d'adjudication d'immeubles<sup>36</sup>. Juridiquement, l'esclave objet d'une revendication matérielle n'est pas l'esclave revendiquant sa liberté en personne. La référence au droit romain appuie le prestige de l'argumentation face à la Chambre des requêtes. En ce XIX<sup>e</sup> siècle « légaliste », la haute juridiction apprécie à sa juste valeur la culture juridique antique.

Les affaires judiciaires d'affranchissement entraînent des références pointues à la jurisprudence romaine. L'affranchissement peut être mentionné dans une clause testamentaire générant une liberté de fait, reconnue en droit sous réserve d'authentification ou à l'ouverture du testament. La volonté de libérer plus d'esclaves libres de fait conduit la justice à reconsidérer leur statut. Dans l'affaire *Louisy* du 9 mars 1833<sup>37</sup> relative aux sanctions du Code pénal « colonial », le Procureur général rappelle qu'à Rome 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. ». Cette approche n'a rien d'original, rappelant les solutions romaines. Dupin rappelle que « les patronés sont des espèces d'affranchis latins Juniens » et qu'« ils [...] jouissent d'une position particulière et de droits qui ne peuvent être donnés qu'à des hommes libres ». Peu importe l'absence de possession d'état d'homme libre, 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. ».

Dans ces contextes historiques bien éloignés, les mêmes causes produisent les mêmes résultats, occasion d'un rapprochement pertinent dans l'argumentation du Procureur général. S'ensuit un véritable exposé sur l'affranchissement : « À Rome, l'affranchissement ne détruisait pas seulement les droits de propriété du maître, il rendait l'esclave citoyen ; [...] En fait et dans l'usage, souvent les maîtres affranchissaient leurs esclaves par des actes privés [...]. Ces esclaves, alors, sans être entièrement libres, vivaient en liberté [...] ; et lorsque les maîtres, invoquant la rigueur du droit et la nullité de l'affranchissement dans lequel la société n'avait pas donné son consentement, voulaient les reprendre, le [magistrat] s'y opposait [...]. Libres complètement par rapport au maître qui les avait affranchis, ils l'étaient aussi par rapport à l'État, en ce sens qu'ils n'y étaient plus comptés comme esclaves ; mais ils n'y étaient pas non plus comptés comme *citoyens*, parce que l'État n'était pas intervenu dans leur affranchissement ; et ils n'avaient que les droits des *latins* ; c'est-à-dire des peuples du *Latium*, non admis à jouir de la plénitude des droits de cité romaine. »<sup>38</sup>. Que pouvait-on ajouter ?

Si dans le Code Noir de 1685 la volonté du propriétaire suffit pour affranchir l'esclave, le régime juridique de l'acte d'affranchissement se complique. Même aux yeux de Dupin, les arrêts du Conseil du roi de 1713 et l'édit royal de 1736 apparaissent comme une « régression » vers l'état « primaire »

---

<sup>36</sup> Req., 21 mai 1835, A. DUPIN, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée*, Paris, éd. Joubert, 1836-1874, 14 vol., t. 3, p. 416-417 : « Traités comme des choses, et non comme des personnes, il est évident que rien n'a été jugé contre eux. Aujourd'hui ce sont eux qui sont demandeurs par l'intermédiaire du ministère public, contre ceux qui, par suite de la fraude commise en 1818, se prétendent leurs propriétaires. On ne peut tirer un argument de ce que le ministère public, qui est le demandeur dans la cause de la liberté, figurait aussi dans les jugements de 1819 et de 1820, car il y procédait en une toute autre qualité ; il n'y était que partie jointe, pour la surveillance des intérêts d'un héritier absent ; ici il est partie poursuivante, demandeur au nom des affranchis qui réclament leur liberté. ».

<sup>37</sup> Crim., 18 juin 1831 et 9 mars 1833 (deux arrêts), Dupin, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée*, Paris, éd. Joubert, 1836-1874, 14 vol., t. 2, p. 389 et s.

<sup>38</sup> « Les mœurs, en diminuant le prix qu'on avait attaché, sous la république, au titre de citoyen, firent tomber en désuétude la distinction entre les affranchis *citoyens*, dans l'affranchissement desquels l'Etat était intervenu, et les affranchis *latins*, qui n'avaient été affranchis que par des actes privés. Cette distinction fut définitivement et législativement supprimée sous Justinien. » (*Ibid.*, p. 396).

du droit romain qui ne reconnaît pas l'affranchissement sans l'accord de l'autorité publique, alors que « les mœurs, la jurisprudence coloniale et les dispositions administratives [ont amélioré les choses]. Les patronés sont des espèces d'affranchis latins Juniens. Ils sont complètement libres par rapport au maître ; ils ne sont pas encore citoyens de la colonie, parce que le gouvernement n'a pas concouru à leur affranchissement ; mais ils sont bien loin d'y être esclaves, et ils y jouissent d'une position particulière et de droits qui ne peuvent être donnés qu'à des hommes libres. »<sup>39</sup>. Dans l'affaire *Louisy*, l'esclave concerné avait servi dans la milice.

La personnalité juridique est enfin solennellement reconnue à l'esclave par une interprétation créatrice des textes. Dans une affaire d'esclaves appréhendés en possession de marchandises de contrebande, l'administration des douanes avait formé un pourvoi en cassation pour obtenir la confiscation des esclaves et de la marchandise, demande rejetée en appel. Le double statut de l'esclave pose un nouveau problème. Par son célèbre arrêt du 8 février 1839, la Chambre criminelle rejette le pourvoi de l'administration au motif que « même sous la législation du Code Noir, les esclaves n'avaient pas perdu leur personnalité, puisqu'ils étaient baptisés, mariés et ensevelis avec les prières de l'église, puisque leur personne était protégée contre les sévices, leur état constaté, et qu'ils étaient responsables devant la loi pénale de la moralité de leurs actions [la loi du 24 avril 1833 et l'ordonnance du 4 août 1833 ayant] formellement rangé les esclaves dans la classe des personnes et leur [ayant] reconnu un état civil »<sup>40</sup>. Au moment où la Cour statue, la législation a reconnu l'esclave comme personne juridique, sans effacer son statut mobilier. Sous la monarchie de Juillet, l'esclave pourrait être doublement intégré dans le Code civil, aux parties relatives aux biens et aux personnes. Au sens strict, l'approche prétorienne de la personnalité de l'esclave ne doit rien au droit romain ; elle s'appuie sur les obligations religieuses et sanitaires du maître et sur la responsabilité pénale de l'esclave. L'attendu cité n'est pas novateur, mais il éclaire rétrospectivement le sens du vieil Édit de mars 1685. L'arrêt du 8 février 1839 reconnaît *a posteriori* la personnalité juridique de l'esclave. La Cour n'oppose pas le Code Noir à la législation moderne, elle en donne plutôt l'image d'un texte cohérent, qui précède de quelques années l'abolition de l'esclavage.

En même temps, la Cour de cassation tempère la responsabilité civile du maître du fait de son esclave (art. 37) à l'appui du Code civil, ce qui pose un dilemme : soit le maître a une responsabilité absolue et l'esclave n'est pas autonome, soit cette responsabilité est limitée au détriment de l'esclave qui doit « assumer » ses actes comme tout sujet de droit. Au fond, ce n'est que la transposition à l'esclave des solutions contemporaines sur la responsabilité du fait d'autrui, oubliant l'abandon noxal. Le droit romain, non sollicité dans cette décision, manifeste pourtant son utilité conceptuelle, comme Jean Carbonnier l'avait noté. À défaut de qualifier l'esclave de personne, le droit romain et le Code Noir contiennent en germe les ingrédients qui détruiront plus tard l'esclavage, au moins en théorie : le baptême de l'esclave, sa responsabilité pénale, son utilité commerciale voire militaire et ses modes d'affranchissement. La fonction économique, poussée à son comble dans le double statut de l'esclave comme objet et sujet (domestique, puis de droit) fait avancer la personnalité contre la patrimonialité.

## Conclusion

---

<sup>39</sup> Le reste du discours est une analyse savante des solutions romaines en matière d'affranchissement : « Partout dans les lois romaines nous voyons les questions douteuses résolues en faveur de la liberté. S'agit-il de l'interprétation douteuse d'un testament ? Le jurisconsulte Paul dit qu'il faut adopter l'interprétation la plus favorable à l'affranchissement [...]. Pomponius dit également qu'il faut toujours répondre dans le sens le plus favorable à la liberté [...]. Ces hommes, d'un caractère si grave et si sévère, ne craignent même pas de s'écarter de la rigueur trop littérale du droit pour arriver à des décisions plus humaines et plus libérales. [...] Jamais la non représentation du titre n'a fait obstacle à celui qui avait pour lui la *possession d'état*. Telle est la force de cette possession qu'elle supplée au titre, et dispense celui en faveur de qui elle milite d'en produire aucun. C'est au contraire à ceux qui contestent l'état de celui qui est de fait en possession de la liberté à détruire, s'ils le peuvent, *le fait de cette possession*.

<sup>40</sup> Crim. 8 février 1839, Bull. crim. 1839, n°43, p. 69. En revanche, la Cour casse l'arrêt sur la responsabilité du maître, qui ne s'est pas vu infliger l'amende de 3 000 francs prescrite par la déclaration royale du 22 mai 1768. Suivant l'art. 37 du Code Noir et l'art. 74 du Code pénal colonial, le maître peut abandonner son esclave à raison des condamnations pécuniaires. Or, le Code pénal renvoie aux art. 1382 à 1386 du Code civil. L'art. 1384, al. 3 ne saurait être limité aux seuls domestiques et préposés, de sorte « qu'il résulte de ces dispositions [...] que la responsabilité des maîtres pour les faits de leurs esclaves, [est] générale et absolue » (*op. cit.*, p. 71).

Le droit romain ne se manifeste en droit colonial de l'esclavage que ponctuellement, en matière d'affranchissement de l'esclave, sur le pécule et l'abandon noxal. Le constat reste modeste, englobant la dimension culturelle du droit romain dans l'ancien droit français. Une vertu non soulignée du droit romain en fait aussi une source de crédibilisation du travail des premiers juristes et administrateurs coloniaux. L'historien du droit ne cherche pas à spéculer sur le degré de transposition des solutions romaines aux colonies esclavagistes à l'époque moderne, mais s'interroge plus largement sur l'utilité conceptuelle du droit romain. Le discrédit atteint les visions réductrices du droit romain comme prétendue ressource exclusive des auteurs du Code Noir ou facteur actuel de catégorisations approximatives. La redécouverte du droit romain invitait à dédoubler notre problématique, d'une part pour comparer objectivement le statut juridique du *servus* à celui du « nègre », d'autre part pour répondre aux questions soulevées par le droit colonial français jusqu'à aujourd'hui. Le premier objectif semble avoir été rempli grâce aux apports des contributions antérieures. Le second permet de dépasser l'opposition de visions figées, affirmant que l'esclave ne serait qu'une chose (L. Sala-Molins) ou qu'il serait initialement une personne juridique à défaut d'être réductible à cette chose. La levée du problème ouvre des discussions pour approfondir l'histoire et le sens actuel de la personnalité en droit français, qui n'a pas encore livré tous ses secrets<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Une nouvelle thèse y a été consacrée : T.-M. WU, « *Personne* » en droit civil français, 1804-1914, EHESS-Université de Rome, 2011. Pour un autre angle d'étude du sujet, É. SCHNEIDER, *La personne dans le droit savant du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, thèse droit, Paris X, 2013.