



HAL
open science

Une forme de résistance judiciaire à l'esclavage : les actions en affranchissement devant la Cour de cassation

Frédéric Charlin

► **To cite this version:**

Frédéric Charlin. Une forme de résistance judiciaire à l'esclavage : les actions en affranchissement devant la Cour de cassation. Justices en Guyane. À l'ombre du droit, 2016. hal-01927449

HAL Id: hal-01927449

<https://hal.science/hal-01927449>

Submitted on 4 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.

Une forme de résistance judiciaire à l'esclavage : les actions en affranchissement d'esclaves devant la Cour de cassation

Frédéric CHARLIN
Université de Bourgogne
Membre associé du GREHDIOM

Une forme de résistance atypique à l'esclavage s'exprime au XIX^e siècle à travers la jurisprudence de la Cour de cassation, compétente pour interpréter le droit colonial de l'esclavage à partir de 1828, année de l'ordonnance royale imposant aux juridictions locales de motiver leurs décisions avant un éventuel pourvoi en cassation¹. L'affranchissement de l'esclave est un acte juridique de nature ambivalente : source d'une liberté civile, cet instrument de régulation du système esclavagiste engendre des problèmes chez les propriétaires et les administrateurs locaux. Comme la *manumissio* à Rome,

¹ L'obligation de motiver les jugements dans les colonies date de l'ordonnance royale du 22 novembre 1819 (Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État de 1788 à 1949*, A. Guyot et Scribe, 1824-1949, t. 22, 1819, p. 311, art. 4). Le contrôle de la Cour de cassation sur les juridictions coloniales 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 par l'article 4 de l'ordonnance du 24 janvier 1827 pour la Réunion et par l'article 4 de l'ordonnance du 24 septembre 1828 pour les Antilles. Après l'ordonnance du 12 octobre 1828 appliquant le Code d'instruction criminelle à la Martinique et à la Guadeloupe, l'ordonnance du 29 octobre 1828 y promulgue le Code pénal « colonial ». Ces divers textes se trouvent dans le recueil précité. Ils sont également cités dans un ouvrage collectif, *La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage*, actes du colloque homonyme du 14 mai 2012 à la Cour de cassation, dir. P. Ghaleh-Marzban, C. Delplanque et P. Chevalier, préf. Ch. Taubira, Dalloz, 2014 (v. spéc. le rapport de synthèse de J.-F. Niort, p. 169 et s., ainsi que notre contribution : « Les modes de répression servile aux colonies et le droit pénal moderne », p. 157 et s.).

l'affranchissement de l'esclave n'a pas un visage uniforme² : il relève du droit de propriété du maître (*dominium*) mais se répercute instantanément dans l'état des personnes, du moins lorsque le maître suit les formalités requises par le pouvoir central et local dès le XVIII^e siècle pour limiter le nombre d'affranchissements, à défaut desquelles l'affranchi n'est pas reconnu à l'état civil³. L'acte d'affranchissement est à l'image du statut juridique de l'esclave dans le Code Noir (Édit de mars 1685)⁴, qualifié de bien meuble (art. 44)⁵ mais par ailleurs obligatoirement baptisé comme

² D. Mignot, « Droit romain aux Antilles : la pratique des affranchissements », in D. A. Mignot, *Histoire d'outre-mer. Études d'histoire du droit et des institutions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 39.

³ 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. V. aussi l'étude plus ancienne d'Y. Debbasch, *Couleur et liberté. Le jeu des critères ethniques dans l'ordre esclavagiste. L'affranchi dans les possessions françaises de la Caraïbe (1635-1833)*, Dalloz, 1967.

⁴ J.-F. Niort, « Code Noir », in O. Pétré-Grenouilleau (dir.), *Dictionnaire des esclavages*, Larousse, 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)*, thèse droit, Aix-Marseille, 2009. Au sens large, le *Code noir* désigne un ensemble de lois et règlements applicable aux colonies, de 1685 à 1789 (v. les éditions Prault, dont le titre en 1767 est : *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, le « Code Noir » désigne l'Édit de mars 1685 qui contient soixante articles relatifs aux esclaves et aux affranchis. De plus, les édits de 1723 sur les Mascareignes et de 1724 sur la Louisiane ont également été appelés « Code Noirs » (J.-F. Niort, *Le Code Noir. Idées reçues sur un texte symbolique*, préf. M. Dorigny, Éd. du Cavalier Bleu, 2015, p. 21 et s. Cet ouvrage publie en annexe la version ANOM « B11 » du texte de 1685, directement tirée du volume des Ordres du roi pour les îles d'Amérique de cette année-là, version originale pourtant inédite depuis 1898, seule version manuscrite – avec la version Guadeloupe, rapportée plus tard, à la fin du XVIII^e siècle, par Moreau de Saint-Méry – et seule version datant du XVII^e siècle connue à ce jour).

⁵ L'historiographie moderne de l'esclavage s'est focalisée sur le statut mobilier de l'esclave, reléguant sa catholicité au second plan. Le statut patrimonial légitime l'acquisition et l'exercice du droit de propriété, alors que des impôts sont acquittés par le maître au titre de ses possessions.

catholique (art. 2) et nourri par son maître (art. 22). Dans l'ancien droit, la technique de la personnalité juridique est dissociable de l'appartenance à l'humanité⁶ : si l'esclave n'a pas de droits, son propriétaire a des obligations envers lui⁷. Un début de personnalité civile n'est attribué progressivement à l'esclave que sous la monarchie de Juillet⁸.

Officiellement, l'affranchissement fait naître une personne libre (art. 57)⁹, mais l'affranchi ne peut devenir un sujet régnicole tout à fait égal aux autres. L'article 58 du Code Noir lui prescrit un respect singulier à l'ancien maître, comme pour l'affranchi à Rome. 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 la liberté du droit naturel à la liberté civile, comme en droit romain classique¹⁰. Des liens de dépendance économique et sociale succèdent aux rapports purement domestiques entre les colons et leurs anciens esclaves, bien que l'article 58 ait déclaré les affranchis « francs et quittes envers eux de toutes autres charges, services et droits utiles que leurs anciens maîtres voudraient prétendre, tant sur leurs personnes que

⁶ L'humanité de l'esclave explique sa responsabilité pénale (par application de la procédure criminelle du royaume), ainsi que son baptême, son éventuel mariage et son inhumation en terre sainte (J.-F. Niort, not. « *Homo servilis*. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code Noir de 1685 », *Droits*, n° 50, *L'esclavage-1*, 2009 (par. 2010) ; « Le problème de l'humanité de l'esclave dans le Code Noir de 1685 et la législation postérieure : pour une approche nouvelle », *Cahiers Aixois d'histoire de l'Outre Mer français*, n° 4, PUAM, 2012).

⁷ L'article 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 ».

⁸ J. Carbonnier, « Scolie sur le non-sujet de droit. L'esclavage sous le régime du Code civil », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 247-254. Dans cette contribution datant en réalité de 1957, le Doyen raisonne sur le concept moderne de sujet de droit, l'esclave demeurant un sujet de droit au sens classique. V. notre art., « La condition juridique de l'esclave sous la monarchie de Juillet », *Droits*, n° 52, *L'esclavage-3*, 2010 (par. 2012).

⁹ Art. 57 : « Déclarons leurs affranchissements faits dans nos îles, leur tenir lieu de naissance dans nosdites 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 ».

¹⁰ D. Mignot, art. cit., p. 45 ; A. Gisler, *L'esclavage aux Antilles françaises*, Éd. Universitaires Fribourg, 1965, p. 25.

sur leurs biens en qualité de patrons ». Les affranchis doivent en effet, selon ce dernier texte, « porter un respect singulier » à leurs anciens maîtres, à leurs veuves, à leurs enfants, « en sorte que l'injure qu'il leur auront faite soit punie plus sévèrement que si elle était faite à une autre personne ». De manière plus générale, les « libres de couleur » (affranchis et leurs descendants) doivent adopter un comportement discret au sein de la société coloniale, comme en attestent la condamnation du luxe vestimentaire¹¹, les interdictions d'ordre onomastique¹², l'exclusion de la noblesse¹³ et des métiers juridiques¹⁴, ainsi que l'interdiction relative

¹¹ Ordonnance des administrateurs des Îles du Vent sur le luxe des esclaves et gens de couleur, 4 juin 1720, in Durand-Molard, *Code de la Martinique*, Saint-Pierre, Martinique, 1807-1814, 5 vol., t. 1, p. 159.

¹² Règlement concernant les gens de couleur libres, 16 juillet 1773, in Moreau de Saint-Méry, *Lois et constitutions des colonies françaises de l'Amérique sous le Vent*, Paris, 1784-1790, 6 vol., t. 5, p. 448 ; ordonnance des général et intendant faisant défenses aux gens de couleur de porter les noms des Blancs, 6 janvier 1773, in Durand-Molard, *op. cit.*, t. 3, p. 151 (pratique courante aux Antilles françaises ; les curés avaient d'ailleurs 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, *De la condition des gens de couleur libres sous l'ancien régime*, thèse droit, Poitiers, 1903, 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, in Moreau de Saint-Méry, *op. cit.*, t. 6, p. 238 (en droit romain, l'affranchi porte 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*, Les Belles Lettres, 1974, p. 211-212) ; arrêt qui défend à tous curés, notaires, arpenteurs et autres officiers publics, de qualifier aucunes gens de couleur du titre de sieur et dame, 6 novembre 1781, in Durand-Molard, *op. cit.*, t. 3, p. 448.

¹³ Lettre en commandement adressée par le ministre aux conseillers de Saint-Domingue, sur l'état des Indiens et nègres libres, 7 janvier 1767, in 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

d'effectuer des donations¹⁵. Néanmoins, cette nouvelle catégorie sociale sera perçue à la fin du XVIII^e siècle comme un danger pour la pérennité du système colonial, en raison de son dynamisme économique et de ses revendications d'égalité avec la classe des Blancs¹⁶.

L'esclavage étant bien reconnu officiellement comme « un état violent et contre nature »¹⁷, l'affranchissement rétablit l'esclave dans une liberté dont le droit positif colonial l'a privé. L'affranchissement est un acte sous seing privé ou un acte notarié, toujours d'origine domestique, alors que sa réglementation progressive le transforme en acte administratif au XVIII^e siècle. Les possessions coloniales forment un monde clos où la puissance des planteurs est plus ou moins contenue par les administrateurs royaux. Les juges des conseils supérieurs et les colons entretiennent des liens étroits, voire familiaux. Une telle concentration du pouvoir patrimonial et politique dans les mêmes mains garantit le respect de l'ordre public local, au nom du bien commun de la France. Certains cas légaux d'affranchissement montrent parfois que la libération de l'esclave n'est que la conséquence d'un autre acte juridique. La loi prévoit que l'esclave

les nègres n'y ont été introduits que pour y demeurer dans l'état d'esclavage, première tâche qui s'étend sur tous leurs descendants et que le don de la liberté ne peut effacer. ».

¹⁴ Ordre du roi décidant que tout habitant de sang-mêlé ne pourra exercer aucune charge dans la judicature ni dans les milices, 7 décembre 1733, in Moreau de Saint-Méry, *op. cit.*, t. 3, p. 282 ; arrêt du Conseil souverain de la Martinique portant défense à tous greffiers, notaires, procureurs, et huissiers d'employer des gens de couleur pour le fait de leur profession, 9 mai 1765, in Durand-Molard, *op. cit.*, t. 2, p. 375.

¹⁵ 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, in Moreau de Saint-Méry, *op. cit.*, t. 3, p. 159. Il existe des exceptions (pouvoi en cassation sur 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, f^o 923).

¹⁶ Cf. *supra*, les études de J-F. Niort et d'Y. Debbasch, citées note 3.

¹⁷ Mémoire du roi pour servir d'instructions au comte de Nozières, Commandant général, et à Tascher, Intendant des Îles du Vent, 30 novembre 1771, in O. Krakovitch, *Arrêts, déclarations, édits et ordonnances concernant les colonies, 1666-1779. Inventaire analytique de la série Colonies A*, Archives nationales, 1993, A¹³, doc. n°43, p. 212.

désigné comme légataire universel, nommé exécuteur testamentaire ou encore tuteur des enfants du maître est réputé affranchi de plein droit (art. 56 CN¹⁸). En réaction à la proximité affective de certains maîtres avec leurs esclaves, l'Église incite à officialiser la paternité des enfants issus de ces mauvaises unions¹⁹. La libération de l'esclave procède tantôt de la confiance du maître envers un tuteur potentiel pour ses enfants, tantôt d'une volonté de réunir les parents et leurs enfants²⁰. Un autre motif d'affranchissement est le consentement du propriétaire au mariage de son esclave avec une femme libre, union dont les enfants naîtront libres²¹. Cette présentation juridique ne doit pas masquer la réalité sociale d'affranchissements bénéficiant essentiellement aux esclaves domestiques (« nègres de maison ») et aux esclaves urbains, spécialisés dans le commerce ou l'artisanat (parfois appelés « nègres à talents »)²², qui peuvent se révéler encore plus utiles après leur libération.

Au début du XVIII^e siècle, la question de la disponibilité en main-

¹⁸ D'après l'article 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, les tenons et réputons pour affranchis. ». L'article 50 de l'Édit de décembre 1723 et le même article de l'Édit de mars 1724 reprennent le même principe pour les esclaves tuteurs.

¹⁹ L'article 9 du Code Noir de 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'Église ladite esclave ». À défaut, la règle interdit pour toujours l'affranchissement de cette esclave et de ses enfants, « adjugés à l'hôpital ».

²⁰ *Op. cit.*, t. 1, p. 454. Par ailleurs, l'article 11 de la déclaration royale du 15 décembre 1738 indique que les maîtres ayant 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 aux colonies.

²¹ Édit de mars 1685, art. 13.

²² G. Debien, *Études antillaises. XVIII^e siècle*, A. Colin, 1956, p. 131 ; *Les esclaves aux Antilles françaises (XVII^e-XVIII^e siècles)*, SHM, Basse-Terre-Fort-de-France, 1974, p. 450 ; A. Gisler, *L'esclavage aux Antilles françaises*, Éd. Universitaires Fribourg, 1965, p. 163-165 ; M. et N. Frisch, « Les esclaves de la Guadeloupe à la fin de l'Ancien Régime : du Code Noir aux codes numériques », *Histoire & Mesure*, 1987, vol. 2, n° 2 (*varia*), p. 109 ; H. Trouillot, *La condition des nègres domestiques à Saint-Domingue*, Port-au-Prince, Impr. de l'État, 1955.

d'œuvre servile commence à inquiéter les autorités locales, qui remettent en cause les affranchissements de facilité. Ce durcissement est confirmé par Versailles qui exige une autorisation administrative préalable dès 1713²³, justifiant des enquêtes sur les affranchissements accordés en fraude afin de les annuler rétroactivement, mais en vain²⁴. Le contrôle *a posteriori* de l'affranchissement ne suffit pas²⁵. L'âge du maître requis

²³ Déclaration du roi du 24 octobre 1713 sur les affranchissements (ANOM, F³ 236, f^o 680, où le texte est désigné comme ordonnance ; le Code de la Martinique, éd. Saint-Pierre parle d'un arrêt du Conseil d'État), 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. Faute de remplir ces conditions, les affranchissements sont nuls et les affranchis réputés esclaves et vendus au profit du roi. Cette déclaration n'est pas rétroactive, les affranchissements pratiqués en contravention au texte antérieur n'étant pas annulés.

²⁴ Lettre du ministre à MM. de Larnage et de la Chapelle, administrateurs de la Guadeloupe, touchant les affranchissements, 10 juin 1737, ANOM, F³ 89, f^o 23, montrant une divergence entre ceux qui estiment qu'il ne faut pas remettre en cause les affranchissements effectués avant 1713. M. de la Chapelle pense au contraire qu'il faut rechercher les « nègres » affranchis en contravention.

²⁵ Une série de textes confirme l'autorisation préalable, preuve que la loi n'est pas respectée (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, f^o 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 Îles du Vent et de Saint-Domingue, ainsi que celle du Gouverneur particulier et de l'Ordonnateur de Cayenne (la décision 3454 hésite entre 1732 et 1736), 15 juin 1736, *in* Moreau de Saint-Méry, *op. cit.*, t. 3, p. 453. Sans l'autorisation d'affranchir, les affranchissements sont nuls 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, *in* O. Krakovitch, *op. cit.*, p. 1028 (A¹⁸, doc. 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}), à défaut de quoi les affranchissements sont déclarés nuls et les affranchis réputés esclaves et vendus au profit du roi (art. 2). Il est fait interdiction aux religieux de baptiser des esclaves comme libres sans vérifier leurs titres de liberté (art. 3) ; ordonnance du 1^{er} février 1766 réglant le gouvernement civil de Saint-Domingue, et complétant le règlement du 24 mars 1763, *in* Moreau de

pour affranchir passe de 20 ans à 25 ans et une permission écrite du gouverneur et de l'intendant est désormais exigée. Les taxes locales sur l'affranchissement apparues vers 1740 sont confirmées par la métropole en 1745²⁶. Le contrôle de l'affranchissement se poursuit en dépit de modifications mineures²⁷, alors que les périodes de guerre propices à la fraude et à la clandestinité imposent des vérifications rigoureuses²⁸. Malgré l'abandon des taxes nationales²⁹, le pouvoir domestique reste la source d'une pratique discrétionnaire des affranchissements.

L'affranchissement des esclaves suscite des revendications opposées, mais également fondées sur le droit naturel : la liberté et la propriété. Initialement, la liberté civile est seulement accordée, c'est-à-dire octroyée

Saint-Méry, *op. cit.*, t. 5, p. 13, art. 27 ; ordonnance du 10 juillet 1768 qui précise celle du 15 juin 1736 et l'article 28 du règlement du 1^{er} février 1766, concernant l'affranchissement des esclaves aux Îles sous le Vent (décision n°849). Le texte rappelle la seule compétence du Gouverneur et de l'Intendant pour autoriser les affranchissements (*ibid.*, p. 190).

²⁶ G.-G. Marion, *L'administration des finances en Martinique, 1679-1790*, thèse droit Antilles-Guyane, L'Harmattan, 2000, p. 520 et s. Consacré à la Martinique, l'ouvrage révèle des traits généraux caractéristiques de l'ensemble des colonies antillaises, où les espèces monétaires sont rares. L'Intendant assure 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 ou celle des libertés, alimentée par la taxe sur l'affranchissement des esclaves.

²⁷ Par ex., dépêche ministérielle de Decrès du 4 octobre 1805 (12 vendémiaire an XIV) aux trois premiers chefs de la Martinique sur les formalités à observer pour la délivrance des actes d'affranchissement, in Durand-Molard, *op. cit.*, t. 5, p. 62-63.

²⁸ Arrêté concernant les affranchissements obtenus hors la Martinique, 12 février 1807, in *ibid.*, p. 182-183. Les affranchissements faits à l'étranger sont considérés comme sans valeur, les esclaves devant soumettre les titres allégués à vérification ; règlement du Lieutenant-général Beckwith 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, in *ibid.*, p. 401-405.

²⁹ Les taxes locales, encadrées par la métropole entre 1766 et 1775, relèvent ensuite d'une pratique arbitraire dans chaque colonie (J.-F. Niort, « La condition des libres de couleur... », précité, p. 67-68 ; G. Debien, *Les esclaves aux Antilles françaises...*, *op. cit.*, p. 374.

à l'esclave par un acte domestique. Mais la seule décision du maître ne suffit plus, car il doit obtenir l'autorisation des administrateurs de la colonie, acquitter un impôt et remplir d'autres formalités, ce qui incite les colons récalcitrants à faire des affranchissements dissimulés ou irréguliers. Apparaît une nouvelle catégorie d'esclaves appelés *libres de fait* (« libres de savane » à la Martinique), en réalité esclaves sans maître dépourvus de la fameuse « patente », titre officiel de liberté. Sous la monarchie de Juillet, l'application des lois et ordonnances de réforme de l'esclavage par la jurisprudence civile ramène peu à peu ces affranchis irréguliers vers la liberté civile, au nom du droit naturel. Lié au bon-vouloir du propriétaire, l'affranchissement de l'esclave se détache du pouvoir domestique dans des cas déterminés, jusqu'à devenir un véritable « droit à la liberté ». Préparant graduellement mais dans l'ambiguïté la disparition de l'esclavage, le régime de Louis-Philippe essaie de montrer l'exemple, prenant l'initiative d'affranchir les esclaves des ateliers publics. Le contexte économique et politique pousse à légaliser la pratique du « rachat » de liberté par le biais du pécule de l'esclave, que le maître laisse en pratique à sa disposition³⁰. La loi officialise une pratique moralement condamnée au début de l'esclavage colonial, mais désormais politiquement souhaitable. L'évolution décrite jusque-là s'inscrit dans un large mouvement de personnalisation juridique de l'esclave entre 1830 et 1848, aux multiples inspirations. Cette étape de transition est un peu méconnue car reposant sur l'utilisation judiciaire du Code Noir en faveur des esclaves et des libres de couleur³¹. Elle est pourtant essentielle dans la réduction d'une institution coloniale avant sa suppression. Les esclaves cités dans les affaires mentionnées apparaissent comme de véritables acteurs, contre l'image de passivité et d'ignorance qui leur est souvent accolée. La Cour de cassation gardienne des lois élabore une

³⁰ Cf. *supra*, note 2, en ce qui concerne les pratiques sociales aux Antilles.

³¹ « Rapport au roi du 24 février 1831 sur la condition des hommes de couleur », in Duvergier, t. 31, 1831, p. 477. L'interdiction des dons et legs entre libres de couleur et Blancs est abandonnée au motif qu'elle a « été [prononcée] contrairement à l'esprit et à la lettre du Code Noir ».

jurisprudence dite « civilisatrice »³², favorable à la liberté civile des affranchis en situation irrégulière (I) et à la réunion des familles d'esclaves séparées illégalement par la volonté domestique (II).

I- Les actions en liberté intentées par des affranchis irréguliers

Les actions intentées par des libres de fait (esclaves en droit) visent à contester un affranchissement irrégulier afin de faire requalifier en droit leur liberté de fait (A). La Cour de cassation reconnaît à ces esclaves « mal » affranchis les droits procéduraux nécessaires pour agir en justice malgré leur statut servile (B).

A- Une liberté de fait requalifiée en droit par la Cour de cassation

Par son pouvoir de requalification, la haute juridiction est amenée à régulariser la situation des libres de fait. Peu courante en droit civil, cette technique n'est pas inconnue de l'histoire du droit antique : dans l'affaire *Louisy* du 9 mars 1833³³, le Procureur général Dupin rappelle ainsi qu'à Rome « les patronés sont des espèces d'affranchis latins Juniens, et ils

³² 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 J.-F. Niort (dir.), *Du Code Noir au Code civil. Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe*, L'Harmattan, 2007, p. 130.

³³ Crim. 18 juin 1831 ; 9 mars 1833, in A. Dupin, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée*, Joubert, 1836-1874, 14 vol., t. 3, p. 416-417 ; t. 2, p. 389 et p. 410. André Dupin, surnommé « Dupin Aîné », est le Procureur général près la Cour de cassation à partir de 1830. Il incarne les enjeux d'une époque de transition dans la pratique et la culture judiciaire française. La monarchie de Juillet est au confluent de valeurs héritées de l'ancien droit et d'une législation moderne inspirée de la philosophie des Lumières, à côté d'un renouvellement dans l'interprétation du Code civil (F. Brami, *Dupin Aîné, Procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, thèse droit Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de la justice, 2013). Le jurisconsulte est connu pour son engagement judiciaire contre l'esclavagisme (P. Ghaleh-Marzban, « Le procureur général Dupin et l'abolition de l'esclavage », in *La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage*, op. cit., p. 115 et s.).

[...] jouissent d'une position particulière et de droits qui ne peuvent être donnés qu'à des hommes libres »³⁴. En droit romain, l'accroissement du nombre de libres de fait avait donné naissance à la catégorie des « patronés » travaillant comme les hommes libres mais demeurant esclaves en droit. Les sociétés esclavagistes tolèrent généralement leur situation sociale, aussi bien dans l'antiquité romaine que dans les colonies françaises. Le problème juridique du statut des libres de fait est souvent traité par les juristes français à l'aune des solutions du droit romain³⁵. L'absence de possession d'état d'homme libre est sans incidence, car « 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 »³⁶.

³⁴ Dupin, *Réquisitoires*, p. 392. La différence d'approche avec le Conseil du roi en 1779 est saisissante : « La volonté du maître ne suffisait pas pour affranchir l'esclave. Ce changement d'état ne pouvait se faire que par l'autorité publique. Il en est de même dans nos colonies : un esclave affranchi pour son maître ne devient libre qu'à l'instant où les chefs de la colonie, ont ratifié l'affranchissement. Leur autorité seule peut mettre le sceau à sa liberté, et la rendre irrévocable. Ce serait en outre méconnaître les vrais principes que de regarder cette ratification comme une pure formalité. ». Le Conseil du roi reste fidèle à l'esprit d'une législation élaborée dans l'intérêt colonial, alors que la Cour de cassation se livre à une appréciation par rapport à des principes généraux du droit, la jurisprudence devant pallier la carence du maître ou la mauvaise foi des autorités locales.

³⁵ Dans la Rome tardive, l'esclave est reconnu titulaire de droits naturels comme la parenté et la possession d'un pécule, de concert avec le *favor libertatis* qui incite aux affranchissements. Sur l'apparition et la définition du *favor libertatis* à Rome, hérité des stoïciens, v. M. Nicolau, *Causa liberalis. Étude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, thèse droit Paris, Sirey, 1933, p. 219-223.

³⁶ Dupin, *Réquisitoires*, t. 3, p. 400. Pour une affaire dans laquelle la situation de l'esclave est l'inverse des libres de savane, cf. Req. 21 mai 1835, *in ibid.*, p. 419. Un esclave est légué pour être affranchi mais maintenu dans la condition servile par les héritiers négligeant d'accomplir les formalités administratives pour obtenir la patente, en violation des dispositions testamentaires. Réclamant sa liberté, l'esclave voit son pourvoi en cassation admis sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 12 juillet 1832.

Les effets juridiques de l'affranchissement doivent parfois s'articuler avec le statut mobilier de l'esclave. La Cour de cassation aborde en 1841 le problème des esclaves de culture compris dans une hypothèque d'habitation (fonds, terre et esclaves), dont certains ont été affranchis par testament, n'étant dès lors que libres de fait³⁷. En l'espèce, le créancier hypothécaire estimait que ces affranchissements rendaient la valeur du bien grevé insuffisante et le tribunal de Cayenne les avait déclarés nuls car réalisés en fraude par un maître insolvable. Ce jugement avait été infirmé en appel au motif que si des esclaves immeubles par destination peuvent être détachés de l'hypothèque par la volonté du débiteur, « on ne saurait invoquer ultérieurement les dispositions [du Code civil] sur un ordre de choses en prévision duquel elles n'ont pas été faites ». L'esclave a un double statut juridique, en tant que bien meuble et personne non libre (après 1830) ; son propriétaire ne peut utiliser dans l'absolu sa valeur « mobilière » au détriment de l'esclave en tant que personne. Le Procureur général invite les magistrats à ne pas s'y méprendre : « 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. »³⁸. 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 »³⁹. La Cour de cassation écarte une règle de droit

³⁷ Req. 25 mai 1841 (*Barrat*), *in ibid.*, t. 5, p. 406. Le pourvoi formé invoque la violation des articles 524, 1092, 2093 et 2114 du Code civil.

³⁸ *Ibid.*, p. 403.

³⁹ *Ibid.*, p. 407.

commun dont l'application aux esclaves n'est pas envisageable⁴⁰, car remettant en cause l'affranchissement dans une matière dite « favorable »⁴¹. Le statut d'esclave n'est pas favorable, d'où les moyens donnés aux affranchis irréguliers pour défendre leur liberté civile.

B- L'intégration judiciaire des libres de fait à la procédure civile

La porte du tribunal est en principe fermée aux esclaves en raison de leur incapacité civile (art. 28 du Code Noir). 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 »⁴². Son 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 d'affranchissement »⁴³. L'article 7 dispose que « tout individu qui jouit

⁴⁰ En droit romain, dans le procès sur la liberté revendiquée (*causa liberalis*), la règle traditionnelle *bis de eadem re ne sit actio* est écartée ; si l'*adsertor* ne réussit à prouver que l'esclave était libre, rien ne l'empêche, lui ou un autre, de reprendre le procès.

⁴¹ Req. 31 janvier 1843, *Recueil Sirey*, t. 43, 1843, I, 426. En 1843, un propriétaire à la Martinique lègue la liberté à son esclave mais le vend en 1835. À son décès, le ministère public demande 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 voit le jugement infirmé en appel par la Cour royale de la Martinique. Pour le débouter, la Cour de cassation se fonde sur les articles 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, au nom de la liberté contractuelle du Code civil.

⁴² Ordonnance royale du 12 juillet 1832, *in* Duvergier, t. 32, 1832, p. 391. La lourde taxe d'affranchissement est supprimée et remplacée par un droit fixe d'un franc (art. 6 de l'ordonnance).

⁴³ La procédure d'affranchissement implique désormais le pouvoir judiciaire et plus seulement l'administration. 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).

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. Pareille demande pourra être formée par l'intermédiaire du procureur du roi, par toute personne non encore légalement affranchie, qui [...] aura accompli huit années de service dans la milice. [...]. Le recours en cassation sera ouvert aux libres de fait contre les arrêts d'appel ».

Dans les sociétés fonctionnant en vase clos, certaines activités comme l'artisanat, le commerce et le service armé⁴⁴ engendrent des velléités émancipatrices, d'où les droits accordés par exemple aux esclaves et libres de fait incorporés dans la milice coloniale. Comme dans le cas des esclaves « sans maître »⁴⁵, il est difficile de ne pas tenir compte des rôles joués par certains dans l'intérêt public des colonies. Le Procureur général près la Cour de cassation, Dupin, 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 »⁴⁶. L'autre voie d'émancipation, non des moindres, est l'accès à la justice. Au sujet d'un

⁴⁴ Sur les affranchissements conditionnels en droit romain, impliquant un rôle actif de la part de l'esclave, v. G. Boulvert et M. Morabito, « Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire », *ANRW II*, 14, 1982, p. 119-122. Dans la période tardive, l'esclave qui entre dans l'armée ou dans les ordres supérieurs de l'Église peut devenir libre.

⁴⁵ Crim. 17 août 1838 (*Antoine*), Bull. crim. 1838, n°43, p. 405. Une autre affaire illustre parfaitement l'opposition entre la revendication du propriétaire et l'appel des esclaves à faire reconnaître leur état personnel, dans une affaire complexe d'usufruit (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, Dupin, *op. cit.*, t. 5, p. 419-420 ; Recueil Sirey, t. 40, 1840, I, 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, t. 36, 1836, p. 72, art. 2).

⁴⁶ 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. ».

affranchissement accordé puis annulé, la haute juridiction casse en 1838 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 »⁴⁷. Les juridictions locales ménageaient l'opinion locale en refusant de condamner le Trésor à supporter les dépens et frais d'instance des actions en liberté. Or, l'action en affranchissement est d'intérêt public au regard de l'ordonnance royale de 1832 qui permet au ministère public de s'opposer à l'affranchissement au cas où l'âge ou la santé de l'esclave risquerait de lui nuire⁴⁸. La liberté en jeu dépasse la nature domestique de l'affranchissement dans lequel elle est invoquée, d'où l'intérêt de la société « qu'un homme qui a droit à la liberté voit son état assuré et ne soit pas retenu en servitude ». La Cour de cassation réussit à préserver un moyen de procédure important : le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi⁴⁹. Des problèmes soulevés par

⁴⁷ Civ. 3 juillet 1838, Recueil Sirey, t. 38, 1838, I, 298.

⁴⁸ Ordonnance royale 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, t. 32, 1832, p. 391). Schoelcher prévoyait 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*, Pagnerre, 1842, p. 311).

⁴⁹ Les juges locaux ne pouvaient faire supporter par la Caisse coloniale financée par les habitants les frais d'instance des actions en liberté et des oppositions aux affranchissements. C'est pourquoi la loi permet 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'État au rachat des esclaves, *in* Duvergier, t. 45, 1845, p. 579).

l'affranchissement dépendent non seulement le sort des intéressés mais l'honneur de la loi et des principes généraux du droit.

La Cour de cassation affirme en 1843 que la liberté revendiquée par un esclave devant une cour d'assises est une question préjudicielle à résoudre avant les débats au fond⁵⁰. Un acte établi en 1794 par un curé est 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 »⁵¹. Le doute profite à l'esclave dans un acte d'affranchissement équivoque, source d'un véritable « droit » à la liberté.

Le maintien des libres de fait dans un statut indéfini est incompatible avec l'esprit du droit moderne. Les anciens règlements locaux sur l'affranchissement font figure de vieilles mesures de police contraires à la liberté naturelle de l'esclave en France. La liberté civile est 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 la possession d'état d'homme libre. Un nouveau pas est franchi en direction de l'unité retrouvée des familles d'esclaves.

⁵⁰ Crim. 26 janvier 1843, in D'Aubigny, *Recueil de jurisprudence coloniale en matière administrative, civile et criminelle, contenant les décisions du Conseil d'État et les arrêts de la Cour de Cassation*, Impr. impériale, 1861-1867, 3 vol., t. 1, p. 442.

⁵¹ Civ. 11 mars 1845 (*Léonarde*), *Bull. civ.* 1845, p. 98.

II- Les actions en affranchissement « familial » des esclaves

La notion de famille dans la classe servile inspire aux juristes d'intéressantes comparaisons au droit romain pour donner du poids à leur argumentation devant la Cour de cassation (A). Des procès au retentissement considérable dans les colonies sont intentés par des affranchis pour aboutir à la réunion des membres de leur famille, séparés contrairement au Code Noir par le propriétaire (B).

A- L'unité familiale des esclaves légitimée par le recours au droit romain

La cellule familiale est une réalité que le droit colonial de l'esclavage prend en compte à sa manière. Au regard des colons, l'accouplement est une source naturelle de main-d'œuvre appréciable face aux difficultés puis à l'interdiction de la traite négrière. Le Code Noir affirme que le mari, la femme et les enfants impubères « ne pourront être saisis et vendus séparément » sous peine de nullité de l'acte. Cette prescription s'étend 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).

Cette source de contentieux conduit Dupin à aborder son réquisitoire par le biais du droit romain⁵² en commentant l'ordonnance de 1832 sur les garanties accordées aux libres de fait : « Il est à remarquer que l'ordonnance [...] 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 [...] la liberté

⁵² À l'époque tardive, la condition servile est réformée par le préteur. Les libres de fait, reconnus libres de droit, reçoivent le droit d'ester en justice sans l'intervention d'un tiers (*adsertor*) sous Justinien. Un début de lien familial (*cognatio servilis*) leur est également reconnu. L'amélioration du statut est commandée par le bien commun de la cité et d'autres impératifs sociaux. Des correctifs s'imposent pour lever des situations confuses nées d'affranchissements précaires.

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 revendication de la liberté peut toujours avoir lieu. ». D'après le jurisconsulte, 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 ». L'esclave qui demande sa liberté voit son pourvoi admis sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance de 1832. La Cour royale de la Martinique retenait une fin de non-recevoir dès lors que la cause des intéressés avait été entendue dans une affaire d'adjudication d'immeubles (une vente d'esclaves). Or, l'esclave *meuble* objet d'une revendication ne constitue pas, dans la procédure civile, la même cause que l'esclave comme *personne* qui demande au juge de reconnaître sa liberté⁵³. Le rappel des solutions romaines ajoute au prestige des réquisitions du ministère public devant la Chambre des requêtes. Le droit romain, comme la coutume de Paris et le droit naturel, ressurgit au XIX^e siècle dans le discours judiciaire de magistrats conservateurs et libéraux.

La défense de l'unité familiale des esclaves séparés repose sur l'article 47 du Code Noir. Au-delà du patrimoine domestique et de la personnalité de l'affranchi⁵⁴, l'acte juridique d'affranchissement est envisagé en

⁵³ Req., 21 mai 1835, Dupin, *Réquisitoires*, *op. cit.*, 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. »).

⁵⁴ Crim. 17 décembre 1841 (*Montout*), Dupin, *Réquisitoires*, t. 5, p. 132. La récidive n'est pas retenue lorsqu'un crime ou un délit est répété par celui qui, esclave au jour de la première infraction, était libre depuis.

termes d'humanité⁵⁵ par Dupin. Devant la Cour de cassation en 1841, le Procureur général compare à nouveau le Code Noir au droit romain : « [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. »⁵⁶.

Bien que chrétien, le mariage éventuel d'esclaves se différencie de celui des personnes libres par son absence d'effets civils. La seule règle imposée au maître d'esclaves mariés est la non séparation des parents et des enfants impubères. Le lien cognatique dépasse les statuts juridiques d'esclave et d'affranchi, comme le souligne la Cour de cassation.

B- L'affranchissement familial appuyé sur le Code Noir et le droit naturel

Le fameux article 47 du Code Noir ressurgit dans les actions en liberté intentées par des parents affranchis en faveur de leurs enfants et vice-versa. L'hostilité judiciaire locale entraîne de nombreux pourvois en cassation. La haute juridiction admet de nouveaux cas de libération à partir de la célèbre affaire *Virginie*⁵⁷. Une mère de deux enfants que les

⁵⁵ Le mariage des esclaves (art. 10 du Code Noir) n'a qu'une valeur canonique, sans effets civils en dehors de la règle de l'article 47. Mais maintenir des familles réunies sur l'habitation était perçu par le législateur et une partie des colons comme un facteur de stabilité quotidienne pouvant influencer positivement sur le travail des esclaves.

⁵⁶ Civ. 1^{er} mars 1841, *in* Dupin, *Réquisitoires*, t. 5, p. 388.

⁵⁷ Le premier arrêt est rendu par la Chambre civile le 1^{er} mars 1841 (Dupin, *Réquisitoires*, t. 5, p. 391 ; *Recueil Sirey*, t. 41, 1841, I, 250) et le second par les chambres réunies le 22 novembre 1844 (*Recueil Sirey*, t. 45, 1845, I, 287).

héritiers de la maîtresse refusaient d'affranchir avait été déboutée de son action au tribunal puis à la Cour royale de la Guadeloupe « considérant que l'affranchissement donné par un maître à son esclave, fortifie les liens d'attachement qui existaient déjà et porte l'esclave affranchie à rester près de ses enfants pour les rendre plus utiles à son ancien maître [...] ; que cette liberté, loin de produire une séparation, opère un plus grand rapprochement »⁵⁸. L'argument s'inspirait d'une interprétation minimaliste de la règle de non séparation. Tandis que les juges locaux ne considèrent que l'affranchissement « mérité » au sens du Code Noir, les juges de cassation le réinterprètent sous le Code civil comme un droit à la liberté de l'esclave même si ce dernier l'obtient par l'action d'un parent⁵⁹. L'avocat Gatine invoque l'article 711 du Code civil pour mieux rendre applicable l'article 47 du Code Noir : « 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. »⁶⁰. Dans une lecture rétrospective du Code Noir, Dupin veut montrer que « la pensée vraiment humaine de [l'article 47] est que la famille ne doit pas être séparée. Le mari ne doit pas être séparé de la femme ; l'enfant ne doit

⁵⁸ *Ibid.*, t. 41, 1841, I, 250.

⁵⁹ 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, *in* Dupin, *Réquisitoires*, t. 3, p. 415).

⁶⁰ Gatine, *Causes de liberté, plaidoiries, mémoires et arrêts de cassation*, Cordier, 1845, p. 6. L'article 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 ».

pas être arraché au sein de sa mère »⁶¹. La Cour désapprouve les juges coloniaux sur le fondement de cette « 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 »⁶². La lettre de l'article 47 est relue dans l'esprit du Code civil et du droit naturel moderne. L'arrêt *Virginie* est significatif de la considération renouvelée pour un acte juridique que la loi et la jurisprudence ont réussi à couper de ses racines domestiques. Tous les membres de familles comprenant des esclaves et des affranchis sont ainsi reconnus à l'état civil des personnes libres. Un second arrêt *Virginie* transpose l'argumentation aux cas d'aliénation testamentaire. La Cour étend en l'espèce la liberté aux enfants de la demanderesse au motif que « l'intérêt de la morale publique, [...] 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

⁶¹ DUPIN, *Réquisitoires*, t. 5, p. 388-389.

⁶² *Ibid.*, p. 391 ; *Recueil Sirey*, t. 41, 1841, I, 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 les maîtres pour résistance abusive à 15 000 francs de dommages-intérêts, dans un arrêt du 9 décembre 1845. 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. Des maîtres obligent les affranchis à racheter la liberté de leurs enfants mineurs ou inversement, ce qui revient à faire payer indûment la liberté d'une personne libre, cas d'enrichissement sans cause. Selon la loi « Mackau » du 19 juillet 1845, l'État réserve 400 000 francs par an pour aider les esclaves démunis à financer leur rachat. Le fonds est voté dans la séance du 4 juin 1845 (V. Schoelcher, *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années*, Pagnerre, 1847, p. 28).

puisent un nouvel appui aux plus saintes affections de l'humanité, si des dispositions de cette nature pouvaient être équivoques ou douteuses »⁶³.

Le même jour, la Chambre civile rend un arrêt sur les voies de recours du maître contre les jugements rejetant l'opposition aux demandes d'affranchissement⁶⁴. À la 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 des propriétaires déclaré recevable avait abouti à l'annulation du jugement. Un pourvoi avait été formé seulement contre la décision de recevabilité de l'appel, à interjeter « dans la quinzaine de la signification du jugement » (art. 4 de l'ordonnance du 12 juillet 1832)⁶⁵. La Cour royale n'avait appliqué la règle qu'aux affranchissements directs, non à ceux qui suivent celui de la mère. La Cour de cassation choisit l'interprétation contraire en cassant l'arrêt d'appel, 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 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 »⁶⁶.

Enfin, la Cour de cassation est sollicitée en matière de rachats de liberté par des esclaves revendiquant la libération de leurs enfants pubères⁶⁷. L'esclave Coralie avait obtenu sa liberté par rachat en 1823 et reçu son titre en 1826, restant jusque-là légalement esclave. Appartenant à Valencourt, elle avait accouché de quatre enfants. Deux enfants avaient été vendus avec elle à son ancienne maîtresse, Blanchet. Coralie avait été

⁶³ Ch. réun. 22 novembre 1844, *Recueil Sirey*, t. 45, 1845, I, p. 287 (2^e arrêt).

⁶⁴ Civ. 16 avril 1845 (*Elia Plata*), *Sirey*, 1845, I, p. 343-344 ; *Bull. civ.* 1845, p. 132-133. V. aussi deux arrêts de la Chambre civile du 18 juin 1849, *Bull. civ.* 1849, p. 153-154 et p. 154-155.

⁶⁵ Duvergier, t. 32, 1832, p. 391.

⁶⁶ *Bull. civ.* 1845, p. 133.

⁶⁷ Req. 6 janvier 1847, *Gazette des Tribunaux*, 7 janvier 1847, n°685, p. 211 (*Coralie*).

ensuite vendue à Noyer mais sans les deux enfants restés avec elle. Au décès de la maîtresse, l'exécuteur testamentaire avait vendu ces deux enfants. Pendant ce temps, Valencourt en avait cédé un autre. Coralie avait demandé plus tard la restitution de ses enfants et de ses petits-enfants nés entre-temps. Le Tribunal de Basse-Terre avait rejeté sa demande en refusant d'appliquer l'article 47 aux enfants majeurs, aliénables en tant que meubles. Le jugement avait été 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 [...] applicable au cas de rachat de la mère ou de ses enfants impubères ». L'article 2279 du Code civil était visé pour retenir la bonne foi des tiers acquéreurs. Devant la Cour de cassation, l'avocat Gatine rappelle 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 peut mettre en échec « une grande loi de droit naturel, d'ordre public, d'humanité, de religion même »⁶⁸. La Cour de cassation s'efforce de concilier le Code Noir avec le droit commun. Au fond, en effet, la famille esclave apparaît comme mieux reconnue et protégée par la Cour de cassation au nom du droit naturel qu'au regard du seul droit positif.

Conclusion

L'engagement et la persévérance d'une partie des jurisconsultes, la volonté des esclaves et affranchis concernés ont eu raison d'un affranchissement tributaire des maîtres et des juges locaux pour en faire un droit fondant leurs actions en liberté, pour eux et leurs familles. La

⁶⁸ *Ibid.*

libération d'un maximum d'esclaves est avant tout un devoir moral pour l'État et la justice, l'abolitionnisme relevant de la sphère politique. Malgré l'augmentation du nombre d'affranchissements dans certaines colonies sous la monarchie de Juillet, il est difficile de le relier directement aux réformes du statut juridique de l'esclave. Mais ce n'est pas le problème, car l'essoufflement d'un système privé peu à peu de ses ressources invite à reconsidérer le rapport complexe entre l'administration, les colons propriétaires et leurs esclaves domestiques, les seuls vraiment concernés par l'affranchissement. Dans l'approche graduelle de la monarchie de Juillet, de multiples facteurs permettent d'accélérer les événements. Sans le recul nécessaire, nous pourrions donner l'impression, à tort, de réhabiliter quelques articles du Code Noir. Notre seul but est de commenter la réutilisation au XIX^e siècle de règles techniques comme celle de l'article 47, longtemps méprisée aux colonies, puis réapparue dans la bouche des jurisconsultes⁶⁹. Même sans une telle disposition, le juge du droit n'aurait pas été dépourvu de toute ressource. Son office lui impose de trancher toutes les questions de droit même en l'absence de texte, par le recours à l'équité, la coutume, les principes généraux ou le droit naturel. L'esprit des magistrats plus ou moins conservateurs ou libéraux apparaît sensible à l'indissolubilité des liens familiaux du droit canon, qui trouve son écho dans la morale et le droit naturel. La recherche du « bon et du juste » ne disparaît jamais derrière un ensemble de règles, aussi anciennes, contradictoires ou silencieuses soient-elles.

⁶⁹ L'application des dispositions du Code Noir par la Cour de cassation, si elle paraît aujourd'hui singulière, ne l'est pas pour les magistrats de la première moitié du XIX^e siècle. Certains, nés ou formés avec le Code civil, sont plus enclins à détourner la législation esclavagiste par l'application du droit commun, alors que d'autres, adeptes des anciennes coutumes ou traditionalistes de conviction, ne voient aucun cynisme dans l'art de solliciter toutes les ressources du droit dans l'intérêt des esclaves et des affranchis.