

Jean-François NIORT

Maître de conférences en Histoire du droit et des institutions

(Qualifié dans les sections CNU 03 et 04)

Université des Antilles et de la Guyane

Faculté des sciences juridiques et économiques de la Guadeloupe

Département « Histoire » du CAGI-pôle Guadeloupe du CRPLC (UMR 8053)

Groupe de recherche et d'études en histoire du droit et des institutions des outre mers (GREHDIOM)

SYNTHESE DETAILLEE DE L'ACTIVITE SCIENTIFIQUE (1992-2013)

Droit, politique et idéologie du Code civil au Code Noir :

de l'homo civilis à l'homo servilis.

J'ai été confronté pour la première fois à ce que j'appellerai quelques années plus tard l'« *homo civilis* » lors du cours de « Philosophie du droit » que dispensait Xavier Martin dans la maîtrise en Droit privé à l'Université d'Angers (1989-1990). Il y présentait en réalité les résultats de ses recherches sur l'« esprit » du Code civil de 1804, résultats en parfaite opposition avec la vulgate académique classique, notamment représentée par Jean Carbonnier dans son célèbre Manuel de droit civil¹, qui plaçait cet esprit dans le droit fil des Lumières et de la Déclaration des droits de l'homme, de leur optimisme anthropologique et de leur hommage à la liberté et à la dignité humaine².

Xavier Martin défendait au contraire une lecture de l'idéologie ayant présidée à l'élaboration du Code comme empreinte d'un profond matérialisme, hérité précisément de la dernière génération des Lumières et incarnée par les Idéologues du Directoire et du Consulat, un réductionnisme anthropologique faisant de l'homme une « mécanique d'appétits » dirigée par les seuls ressorts de l'intérêt, du plaisir et de la crainte, sans aucune dimension spirituelle ou même simplement idéaliste³.

C'est précisément l'écart entre ces deux lectures qui me détermina à m'intéresser à cette question. D'abord à travers un mémoire de DEA réalisé l'année suivante, pour lequel je devorais notamment, pendant plusieurs mois de passionnantes lectures à la Bibliothèque Cujas, les quinze volumes du recueil Fenet⁴, puis tentais de replacer « l'esprit du code civil » et son anthropologie dans une perspective de philosophie politique, afin de déterminer de quel

¹ J. Carbonnier, *Droit civil*. 5 vol. (*Introduction ; Les personnes ; La famille ; Les biens ; Les obligations*), 1955-2002, PUF, coll. Thémis (rééd. Quadrige 2002 en 2 vol.).

² Ibid., *Introduction*, 27^e et dernière éd., 2002, n° 74 et s. (ci-après *Introduction*).

³ V. spéc. « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, n° 2, 1985, p. 117 s., et plus généralement ses ouvrages de synthèse, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, puis *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, DMM, 1994 et 2003. V. ce qu'en disait J. Carbonnier, *Introduction*, n° 77, p. 142.

⁴ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 2^e éd., 1836, 15 vol.

« *homo civilis* » - l'expression m'était en effet apparue, ainsi qu'à mon directeur de recherches, comme pertinente⁵ - il s'agissait⁶.

Les travaux préparatoires du Code, ainsi que le contexte politique et idéologique thermidorien et consulaire, me conduisirent à adopter une position intermédiaire entre celles de Jean Carbonnier et de Xavier Martin sur « l'esprit » du Code civil, reconnaissant d'un côté, avec ce dernier, que la lecture libérale et généreuse qu'en donnait le premier peinait en effet à s'y illustrer, mais ne retrouvant pas davantage, d'un autre côté, l'accusation de matérialisme que mon maître angevin adressait aux principaux rédacteurs. Car ces derniers, choisis d'ailleurs sciemment par Bonaparte, bien loin d'appartenir à l'Idéologie triomphante après Thermidor, certes matérialiste, mais très optimiste sur les capacités humaines de régénération et de perfectionnement (et en cela héritière en effet des Lumières et de l'idéologie révolutionnaire)⁷, m'apparurent comme bien plus liés à l'idéologie juridique traditionnelle, spiritualiste mais pessimiste anthropologiquement et réactionnaire vis-à-vis de la période révolutionnaire⁸, certes teintée de libéralisme, mais d'un libéralisme conservateur et encore moraliste⁹.

Finalement, l'*homo civilis* de 1804 m'apparut comme une tentative de retour à l'*homo hierarchicus* par ceux qui, tout en n'étant pas fondamentalement hostiles à l'*homo aequalis*, avaient néanmoins été effrayés par la commotion et le chaos social provoqués par la Révolution, surtout lors de sa période jacobine et « terroriste ». Il s'agissait pour eux de *retisser les liens sociaux*, en commençant par la famille, dont le droit était redirigée vers son organisation « monarchique » et paternaliste traditionnelle¹⁰, en totale réaction contre l'individualisme égalitaire qui avait marqué la législation révolutionnaire de la famille et les premiers projets de Code civil.

⁵ Expression inspirée de celles d'*homo hierarchicus* et d'*homo aequalis* lancées par l'anthropologue Louis Dumont respectivement à propos de la civilisation indienne (*Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Gallimard, 1967) et de la civilisation occidentale moderne imprégnée d'individualisme (*Homo aequalis : genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, 1977 ; v. aussi *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Le Seuil, 1983).

⁶ *Homo civilis. Recherches sur l'esprit du Code civil français*, Mémoire DEA Doctrines et Philosophie politiques, dir. Ph. Raynaud, Paris I, 1991, 398 p., Mention TB.

⁷ Sur cette mouvance intellectuelle, dont Bonaparte s'était rapproché mais dont il se séparera rapidement, je m'étais reporté aux études de B. Plongeron, « Nature, métaphysique et histoire chez les idéologues », *Dix-huitième siècle*, 1973 ; M. Régaldo, *Un milieu intellectuel. La Décade philosophique*, thèse Lettres Paris IV, 1976, 5 vol. ; G. Gusdorf, *La conscience révolutionnaire. Les idéologues*, t. VIII de *Les sciences humaines et la pensée occidentale*, Payot, 1978 ; B. Schlieben-Lange et F. Knapstein, « Les idéologues avant et après Thermidor », *Annales historiques de la Révolution française*, 1988, p. 35 et s.

⁸ V. « Droit, idéologie et politique dans le Code civil français de 1804 », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (Bruxelles), n° 29, 1992, pp. 85-109.

⁹ V. « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1992, pp. 101-119.

¹⁰ Ainsi par ex. Bonaparte expliquait-il à Roederer dès 1802 que « L'une des choses qui contribuent le plus à la sûreté des rois, c'est qu'on attache à l'idée de couronne celle de propriété. On dit que tel roi est propriétaire du trône de ses pères, comme d'un particulier qu'il est propriétaire de son champ. Ainsi, chacun ayant intérêt à ce que sa propriété soit respectée, respecte celle du monarque ». V. pour l'Ancien Régime la thèse de A. Du Crest citée infra note 73.

Edifié par la dimension extrêmement politique et idéologique de ce droit et de cet « homme » et citoyen du Code civil de 1804, je m'embarquais dans la foulée pour une recherche doctorale menée sous la pertinente et bienveillante direction du même directeur de recherches, Philippe Raynaud. Cette thèse de science politique¹¹, mais dont le jury de soutenance en 1995 fut présidé par l'historien du droit Jean-Louis Halpérin, qui faisait précisément paraître à ce moment ses ouvrages sur le Code civil¹², reprit en substance les acquis du mémoire, mais élargit le propos à l'ensemble de l'histoire du Code civil français, de son histoire *politique* en particulier, en s'appuyant sur deux grands moments : les deux tentatives de révision générale dont il fit l'objet (1904 et 1945-65), toutes deux ayant échouées comme on sait. J'y défendais notamment l'hypothèse que ces échecs, et donc la survivance du Code dans sa presque intégralité jusqu'aux années 1960 - ainsi que dans son architecture générale jusqu'à nos jours -, relevait bien davantage de facteurs extra juridiques que juridiques, ce qui abondait dans le sens d'une dimension fortement symbolique et politique non seulement du Code mais du Droit civil en général¹³.

Mes recherches doctorales, parties de Jean Carbonnier en ce qui concerne la genèse et l'« esprit » du Code, me ramenaient finalement encore à lui, puisque dans les années 1960 il mena les grandes réformes du droit de la famille que l'on sait, et dont j'avais étudié l'esprit au passage, séduit à la fois par l'homme et sa philosophie juridique et politique¹⁴.

Mais à mes yeux, ce grand « jurislatureur » était aussi celui qui avait définitivement éteint l'espoir d'une révision générale, voire d'une refonte du Code, qu'avaient pourtant nourris de grands juristes réformateurs avant lui, spécialement Saleilles¹⁵ puis Julliot de La Morandière¹⁶. En contrepartie, Jean Carbonnier avait réussi à concrétiser leurs espoirs de réforme du droit civil français (en tout cas celui de la famille), à travers des révisions thématiques et partielles qui laissaient intactes non seulement l'architecture générale du Code, mais l'existence symbolique de ce dernier.

¹¹ *Homo civilis. Repères pour une histoire politique du Code civil français*, thèse Paris I, décembre 1995, dir. Ph. Raynaud, 972 p., 2 vol. Prix Maurice Picard (Droit et Science politique) 1996 (Chancellerie des universités de Paris). Outre J.-L. Halpérin (Lyon III, puis ENS) et Ph. Raynaud (Lille II, puis Paris II), le jury comportait aussi P. Rosanvallon (EHESS), E. Pisier et Ph. Braud (Paris I), ainsi que Yann Paclot (Paris XI).

¹² J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, coll. Histoires, 1992, et surtout : *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, et *Le Code civil*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996.

¹³ Je n'étais d'ailleurs pas le premier à le dire : ainsi M. Planiol, rappelait-il en 1900, dans son *Traité élémentaire de droit civil*, que « Les tendances de la législation se ressentent naturellement, et d'une manière directe, des changements qui s'accomplissent dans l'organisation de l'Etat et dans son orientation politique. C'est pourquoi notre législation civile [...] permet de faire, à un point de vue spécial et intéressant, l'histoire politique de la France ».

¹⁴ « J. Carbonnier, une philosophie juridique de la tolérance », in *Tolérance, pluralisme et histoire*, actes du colloque « Tolérance. Réflexions de philosophie du droit » tenu dans le cadre du 64^e congrès de l'Association Canadienne pour l'Avancement des Sciences (ACFAS) (Montréal, 13-14 mai 1996), dir. P. Dumouchel et B. Melkevik, L'Harmattan, coll. Ethikè, 1998, pp. 191-211.

¹⁵ Fondateur de la Société d'études législatives dès 1901, principal lobby juridique « révisionniste » en 1904, partisan d'une refonte générale du Code.

¹⁶ Président de la (seconde) commission de révision du Code civil nommée en 1945.

En ce sens, le doyen poitevin, tout en "sauvant la vie" du Code, confirmant ainsi l'ambition napoléonienne de quasi-éternité¹⁷, encore aujourd'hui d'actualité après un bicentenaire, en 2004 (à l'occasion duquel ma thèse fut éditée)¹⁸, largement célébré, illustre également l'appropriation et l'enracinement symbolique exceptionnel du *Code civil des Français* par et dans la culture nationale¹⁹, y compris la culture juridique²⁰, bien sûr, mais aussi tout spécialement la culture *politique*²¹. Une dimension politique nationale qui lui a permis de traverser sans encombre deux empires, deux monarchies constitutionnelles, et trois républiques²², jusqu'à devenir un authentique *monument* national²³, une sorte, en effet de « constitution politique de la France », comme l'avait déjà affirmé l'historien du droit Charles Giraud au XIXe siècle²⁴.

J'avais entre-temps connu des désirs d'aventure, qui m'avaient conduit (en 1993-1994 puis en 1995-1996) outre-Atlantique, dans une autre France, une « Nouvelle-France » canadienne, québécoise plus précisément, à l'invitation d'un professeur de l'Université du Québec à

¹⁷ Bonaparte avait en effet prédit au Code civil – rebaptisé *Code Napoléon* en 1807 – une longue carrière, et il le confirma lors de son exil, en annonçant avec emphase, comme une vengeance politique posthume et un défi à ceux qui auraient voulu anéantir tout souvenir politique de son régime, que « *Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil* » (Rapporté par Montholon, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, 1847, I, p. 401). Cette affirmation visionnaire et prophétique à la gloire du Code sera souvent reprise dans les ouvrages de Droit civil jusqu'à nos jours.

¹⁸ Aux Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), avec le sous-titre *Contribution à l'histoire (politique) du Code civil français*, enrichie d'un index, d'un complément bibliographique (1995-2004) et de repères chronologiques, avec une préface de J.-L. Halpérin, et une postface de J. Carbonnier, 2 vol., 951 p.

¹⁹ Sur ces dimensions, v. J. Carbonnier, *Introduction*, op. cit., n° 74, 78, 79, 81, 82, et surtout bien sûr sa magistrale synthèse « Le Code civil. », dans *Les lieux de mémoire*, dir. P. Nora, t. II, *La Nation*, vol. 2, Gallimard, 1986 (rééd. Quatro, 1997). V. également, à l'occasion du bicentenaire, « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », in *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Université Paris II, 2004, p. 1045 et s.

²⁰ V. dans *Homo civilis*, au XIXe siècle (I, pp. 209-253), puis à l'époque de son centenaire (II, pp. 557-605), et après la Libération (II, p. 733 et s.).

²¹ *Ibid.*, I, pp. 254-340 ; II, pp. 606-660, 733 s., ainsi que la conclusion générale. V. également mes études postérieures, à l'occasion du Bicentenaire, approfondissant à la fois l'analyse et la synthèse des hypothèses doctorales : « *Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français* », *Droit et Cultures*, n° 48, 2004/2, pp.13-40 ; « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale (1804-2004) : regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, n° 2, pp. 257-291 ; « Les Portalis et l'esprit du XIXe siècle », communication présentée dans le cadre de la deuxième Journée de l'Institut Michel Villey (Université Paris II) consacrée à « L'esprit du Code civil » (à propos du Bicentenaire), le 10 décembre 2004, parue dans la revue *Droits. Revue française de théorie juridique* (PUF), n° 42, 2005, pp. 93-118 ; « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 27, 2007, pp. 507-558.

²² La troisième République ayant définitivement disjoint le Code de sa figure napoléonienne : cf. « L'image de la Révolution française et du régime napoléonien dans l'interprétation du Code civil (et vice-versa) au XIXe siècle », in *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique* (Actes du XVIIe colloque de l'AFHIP, mai 2005), PUAM, 2006, pp. 345-357.

²³ J'avais tenté d'expliquer ce phénomène à nos amis canadiens à travers une conférence intitulée « Pourquoi le Monument est-il toujours debout ? (à propos du bicentenaire du Code civil français) », donnée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa puis au Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec de la Faculté de droit de l'Université McGill (Montréal) les 23 et 24 septembre 2004.

²⁴ Ch. Giraud, *Précis de droit coutumier français*, 2^e éd., 1875, p. V. J. Carbonnier reprend cette vision dans son manuel de Droit civil (*Introduction*, n° 78).

Montréal, le regretté Claude Masse, puis dans le cadre d'un fellowship de la Faculté de Droit de l'université McGill. Je découvrais que ce pays venait de réussir non seulement à réviser mais à refondre entièrement son code civil²⁵, en tenant grand compte, d'ailleurs, des propositions de réformes qui avaient été émises par les juristes français, en 1904 et après la Libération. Et là encore, confirmant mon hypothèse doctorale, c'était bien la *volonté politique* qui avait été déterminante, mais jouant cette fois-ci dans le sens de la refonte et non de la conservation du Code civil.

Je tentais donc d'établir quelques comparaisons²⁶, y compris, par la suite, avec le premier code civil de 1866, avec l'*homo civilis* « Bas-Canadien »²⁷, et restais frappé par ce droit québécois si particulier, marqué non seulement, à travers la confrontation avec la Common Law, par un « bijuralisme » puis un pluralisme juridique sans doute unique au monde²⁸, mais aussi par un *droit civil propre*, issu directement de la coutume de Paris et du régime seigneurial français (qui ne fut aboli là-bas qu'en 1854²⁹), qui n'a pas connu la rupture révolutionnaire comme en France³⁰, mais qui a évolué de manière à la fois si *ouverte* (à travers son ouverture relative au droit anglais) et si *moderne* (à travers la refonte - réussie - du Code civil québécois³¹).

Mais entre-temps le fellowship se termina (à regrets), et je me retrouvais en Guadeloupe (à partir de la rentrée universitaire 1996), là où le vent (et le désir de chaleur !) m'avait porté (ce qui ne m'empêcha pas de revenir régulièrement visiter mes amis québécois)³². C'est là que m'attendait l'*homo servilis*... Patiemment.

²⁵ Adopté à l'unanimité par l'assemblée nationale du Québec en 1991, le nouveau *Code civil du Québec* est en effet entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il remplaçait le *Code civil du bas-Canada* de 1866, dont la *dimension politique* venait d'être mise en lumière par B. Young dans *The Politics of Codification. The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's UP, 1994.

²⁶ « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec », *Revue de droit de McGill / McGill Law Journal*, n° spécial sur le nouveau Code civil du Québec, vol. 39, décembre 1994, pp. 845-876 ; « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification », *Droits*, n° 24 (La codification), 1996, pp. 135-143.

²⁷ « Notre droit civil... Quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, actes du colloque de l'Université libre de Bruxelles (19-21 février 2004), Mélanges offerts à J. Vanderlinden, dir. R. Beauthier et I. Rorive, Bruylant, 2004, pp. 175-199.

²⁸ V. not. J. E. C. Brierley et R. A. Mac Donald (dir.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

²⁹ J'ai tenté une synthèse de celui-ci, assortie d'une comparaison avec son homologue français autour de la coutume de Paris, dans « Aspects juridiques du régime seigneurial en Nouvelle-France », *Revue générale de droit* (université d'Ottawa), vol. 32, 2002, pp. 443-526 (Prix Germain Brière 2002). J'ai l'honneur de faire partie du Conseil scientifique de cette revue depuis 2003.

³⁰ V. néanmoins la relativisation de cette rupture en ce qui concerne les rapports entre ces deux droits civils – puisque l'idéologie du Code civil français était bien moins « révolutionnaire » que ne le pensait l'historiographie juridique québécoise - dans mon étude « *Notre droit civil...* » précitée.

³¹ V. not. *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, dir. S. Lortie, N. Kassirer et J.-G. Belley, Montréal, Thémis, 2005.

³² Not. pour y écrire, grâce à la riche bibliothèque du fonds Wainwright à McGill, qui a racheté l'incalculable bibliothèque de F. Olivier-Martin (avec plusieurs exemplaires de coutumiers parfaitement conservés), l'étude sur le régime seigneurial mentionnée supra.

Patiemment, car de 1996 à 2004, je m'étais au contraire plongé bien loin de l'histoire antillaise - quoique j'y avais croisé aussi des esclaves -, dans le cadre du Cours d'Introduction historique au droit qu'on m'avait confié en Deug 1^{ère} année. Un cours assez dense de 35 heures accompagné de 18h de TD, qui s'étendait de l'Antiquité (y compris orientale)³³ à la fin du Moyen-Age, et qui m'avait conduit à de nombreuses lectures et à la rédaction, pour moi-même et pour les étudiants, d'un « fascicule » qui atteignit, au fil des années et des "rééditions", un volume conséquent de 300 pages en deux tomes, mais que les étudiants semblaient apprécier et qui m'était bien utile.

Ensuite, il y avait eu la publication d'*Homo civilis*, et plusieurs études approfondissant ma réflexion et mes hypothèses doctorales, à l'occasion du bicentenaire du Code civil, comme cela a été rappelé plus haut.

Néanmoins, je m'aperçus à cette occasion qu'un autre bicentenaire allait être, par contre, totalement oublié : celui de l'application du Code civil dans les colonies françaises, en 1805. Je m'empressais d'organiser un colloque sur ce thème³⁴, et j'en profitais pour confirmer mon analyse du caractère finalement très peu "révolutionnaire" du Code civil, à l'aune de sa projection coloniale³⁵, puisqu'il avait confirmé et consacré le rétablissement de l'esclavage décidé en 1802³⁶, et par conséquent *coexisté* juridiquement avec l'édit de mars 1685 jusqu'en 1848.

A rebours du déroulement chronologique de l'histoire, du *Code civil*, j'étais donc conduit à remonter au *Code noir*, de l'*homo civilis* à l'*homo servilis*, sur lequel je me suis penché depuis, me heurtant là aussi à une *vulgate* dominante³⁷, à mes yeux infondée et erronée parce que d'une part *décontextualisant* le Code Noir et d'autre part confondant abusivement l'*homme* et la *personne juridique*, lecture dominante que j'ai entrepris de remettre en question. C'est d'ailleurs à cette occasion que j'ai rencontré à nouveau la plume et les idées de Jean Carbonnier, qui vinrent stimuler ma réflexion au détour d'une « scolie » de *Flexible droit*³⁸.

³³ J'avais en effet tenu à intégrer dans le Cours - à la grande satisfaction des étudiants semble-t-il -, l'Antiquité orientale (droits égyptien, babylonien et hébraïque), à rebours de tous les manuels d'Introduction historique au droit d'alors, revenant vers l'esprit et la lettre du fameux manuel de J. Gaudemet *Institutions de l'Antiquité* (Sirey, 1967), alors épuisé et rare (il n'y en avait qu'un seul exemplaire à la BU !), et dont une trop petite partie à mon goût était passée dans l'édition Précis Domat Montchrestien, d'où une raison supplémentaire pour élaborer mon « fascicule » et rendre ainsi plus accessible ce champ historique aux étudiants.

³⁴ « Deux cents ans d'application du Code civil à la Guadeloupe (1805-2005) : analyses, enjeux, perspectives comparées », Pointe-à-Pitre, 1^{er}-3 décembre 2005. Les actes ont été publiés sous le titre *Du Code noir au Code civil. Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe. Perspectives comparées avec la Martinique, la Guyane et la République d'Haïti*, Préface H. Bangou, L'Harmattan, 2007, 318 p.

³⁵ « Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en Métropole et aux Colonies », in *ibid.*, pp. 59-85.

³⁶ V. not. infra, note 68, à propos du mystérieux arrêté (de surcroît inconstitutionnel) de Bonaparte du 16 juillet 1802.

³⁷ Lancée not. par L. Sala-Molins, dans *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, PUF, coll. Pratiques théoriques, 1987 (rééd. Quadrige depuis 1998).

³⁸ V. mes entrées : « Carbonnier Jean », *Dictionnaire historique des juristes français*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, PUF, coll. Quadrige, 2007 et « Carbonnier Jean. *Flexible droit* », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008.

Le Doyen y avait en effet inséré - à partir de la 7^e l'édition (1992), qui augmentait et remaniait quelque peu l'ouvrage - un chapitre intitulé « Être ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit »³⁹, où l'esclavage est évoqué au passage, mais surtout immédiatement suivi d'une « Scolie sur le non-sujet de droit » sous-titrée « L'esclavage sous le régime du Code civil »⁴⁰, qui consacre à ce thème, comme son titre l'indique, des développements plus consistants et détaillés, dépassant d'ailleurs à l'occasion leur limites temporelles (avec des ouvertures vers le Code Noir sous l'Ancien Régime ainsi que, dans une tout autre direction historique, vers la Convention internationale de 1926 et ses travaux préparatoires). Jean Carbonnier, à qui l'application du Code civil aux colonies en 1805 n'avait pas échappée, y montre à la fois toute la contradiction juridique que recelait une telle « coexistence », mais aussi comment le législateur et le juge ont pu, sous la monarchie de Juillet - et donc avant l'abolition -, rendre à l'esclave une partie de la personnalité juridique et du traitement matériel décent dont il était jusqu'alors privé.

D'abord, donc, à travers une série de lois et d'ordonnances (dont les plus importantes sont la loi Mackau de 1845 et les trois ordonnances royales de 1846), dont le Doyen concluait, pertinemment, que si l'admiration de « *l'opinion* » pour le courage de Schoelcher de « *trancher dans le vif* » en 1848 était justifiée, elle avait néanmoins eu pour effet de la rendre « *quelque peu ingrate pour cette législation très patiente et très technique, par où les voies avaient pourtant été préparées à l'abolition* ».

Ensuite, à travers une jurisprudence plutôt hardie de la Cour de cassation (vers laquelle les pourvois « coloniaux » ne furent autorisés qu'en 1828), où s'illustrèrent non seulement le procureur général Dupin, dont Jean Carbonnier prend la défense au passage contre Victor Hugo⁴¹, mais aussi Joseph-Marie Portalis (qui présida la Cour de 1829 à 1852), le fils du rédacteur du Code civil⁴², que nous retrouvons ici à propos de l'*homo servilis*. Prenant appui sur l'élan législatif et l'encourageant à son tour à faire encore davantage, cette jurisprudence s'exprima notamment par deux arrêts de la chambre criminelle, l'un, du 9 mars 1833, posant le principe que le doute devait profiter à l'esclave et convertissant donc les libertés de fait des affranchis en libertés de droit⁴³ ; l'autre, du 8 février 1839, considérant que l'esclave ne pouvait être assimilé juridiquement à une marchandise et qu'il était bien une « personne »⁴⁴.

³⁹ Tiré d'un article paru aux *Archives de philosophie du droit* de 1989.

⁴⁰ On utilise ici la 10^e éd. (la dernière) de *Flexible droit*, LDGJ, 2001, respectivement pp. 231-246 et 247-254.

⁴¹ « *Pourquoi faut-il que sa carrière parlementaire et les invectives de Victor Hugo lui aient attiré la réputation d'une voix aigre et d'un cœur sec ? Ses conclusions anti-esclavagistes sont d'une voix chaude et d'un cœur généreux. [...] On a eu tort de mettre en doute que ce gallican passionné eût un christianisme profond : son attitude dans la question de l'esclavage n'était point d'un pharisien* ».

⁴² Sur ce personnage politique et juridique éminent, éditeur et continuateur des idées politiques de son père, v. *Homo civilis*, I, pp. 266, 306, 310, 330 ; II, p. 877, et plus en détail « Les Portalis et l'esprit du XIXe siècle », loc. cit., ainsi que la notice de J.-L. Halpérin dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit.

⁴³ Cette jurisprudence avait été préparée par l'ordonnance du 12 juillet 1832 sur les affranchissements, dont l'art. 7 disposait que tout individu jouissant de la liberté de fait (le cas de marronnage excepté), serait admis à former une demande pour être définitivement reconnu libre, précisant que le pourvoi en cassation était ouvert dans ce cas. Une autre ordonnance, du 11 juin 1839, allait d'ailleurs multiplier les cas d'affranchissements de droit.

⁴⁴ Là aussi, la Cour s'inspirait de la loi et la stimulait en retour, puisque celle du 24 avril 1833 avait déjà qualifié les esclaves de « personnes non libres », qualification qui allait être reprise avec beaucoup plus d'effets juridiques dans la loi Mackau de 1845. Il faut également évoquer la jurisprudence « Virginie » (1841 et 1845),

Là encore, Jean Carbonnier attirait l'attention sur le « *rôle trop ignoré, mais considérable* », que joua la Cour de cassation dans l'évolution du droit de l'esclavage pendant les vingt dernières années de l'institution⁴⁵.

Mais ce qui m'avait échappé de prime abord, c'était la date réelle du texte : 1957 ! « L'esclavage sous le régime du Code civil », sous son titre original, avait 35 ans de plus que la version parue dans *Flexible droit* (en 1992)⁴⁶. Non seulement la plume et la verve de son auteur n'avaient pas pris une ride, mais l'actualité de son contenu a retrouvé aujourd'hui, comme l'avait dit Jean Carbonnier d'*Homo civilis* en 2003 dans sa postface, une « seconde jeunesse » ... J'appris ensuite que le Doyen avait présidé le jury de thèse de Félix Chauleau sur le droit français de l'esclavage à la Martinique⁴⁷ (et avait manifestement inspiré, sinon même dirigé cette recherche)⁴⁸, qui soumettait la législation colbertienne du Code Noir à l'analyse « légistique » d'effectivité/ineffectivité que le Doyen évoquait dans la postface susmentionnée⁴⁹. Ainsi, en 1957 et 1964, bien avant qu'il ne devienne un sujet d'étude d'actualité, le Doyen montrait déjà la voie en accompagnant les premières recherches historiques sur l'histoire du droit colonial français de l'esclavage en général et du Code noir en particulier⁵⁰. Lui-même continua manifestement à s'y intéresser par la suite, puisque, dans la version *Flexible droit*, on trouve des références bibliographiques nouvelles et récentes, datant de 1989 et de 1998⁵¹, ainsi que des réflexions également nouvelles, comme celle de la première note de bas de page à propos de la commémoration du cent-cinquantième

où la Cour avait élargi la protection familiale offerte par l'art. 47 du Code Noir en cas de saisie ou de vente, aux hypothèses d'affranchissement (v. M. Fabre, « L'article 47 du Code Noir, principe d'humanité ! », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre mer français*, n° 4, 2012).

⁴⁵ V. le recueil de l'avocate martiniquaise M. Tanger, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, Économica, 2007, et le colloque cité infra, note 66. Il faut aussi souligner le rôle de l'avocat aux Conseils Alexandre Gatine, qui s'engagea pleinement dans cette cause (not. dans l'affaire Virgine) et fut d'ailleurs nommé commissaire de la République à la Guadeloupe en 1848. Cependant les juridictions coloniales résistaient : v. en outre à ce sujet l'étude de C. Oudin-Bastide, *Des nègres et des juges. La scandaleuse affaire Spoutourne (1831-1834)*, Bruxelles, Complexe, coll. « De source sûre », 2008.

⁴⁶ V. dans les *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, pp. 53-63. Je remercie Raymond Verdier de m'avoir transmis ce texte, que j'ai pu ainsi comparer avec la version *Flexible droit*.

⁴⁷ *Essai sur la condition servile à la Martinique (1635-1848). Contribution à l'analyse de l'ineffectivité juridique*, thèse Droit, Paris, 1964, 280 p.

⁴⁸ Je tiens à remercier ici Sébastien Dalmon, conservateur à la Bibliothèque Cujas, d'avoir eu la gentillesse de procéder à quelques vérifications sur ce point, sans qu'on puisse en tirer de certitude.

⁴⁹ V. déjà sur ce thème le fameux article « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », paru dans *L'Année sociologique* de 1958, repris dans *Flexible droit* et devenu un grand classique. (V. aussi dans *Sociologie juridique*, PUF, rééd. Quadrige, 1994).

⁵⁰ V. néanmoins les thèses antérieures (mais néanmoins très succinctes) de P. Trayer, *Étude historique de la condition légale des esclaves dans les colonies françaises*, thèse droit, Paris, Baudouin, 1887 (thèse de droit français adjointe à une thèse de droit romain sur l'affranchissement), et de A. Pfister, *Essai sur le Code Noir et la condition juridique des esclaves dans l'ancien droit français*, thèse droit, Bordeaux, 1946 (70 p. env.). Après celle de F. Chauleau précitée, il n'y eut plus, semble-t-il, de thèses de droit sur l'esclavage colonial français jusqu'à celles de J. Richard et de F. Charlin citées infra.

⁵¹ Réf. à l'étude de P. Jaubert, « Le Code noir et le droit romain », in *Histoire du droit social*, Mélanges J. Imbert, PUF, 1989, et à celle de L. Sala-Molins précitée, dans sa rééd. 1998.

anniversaire de l'abolition, en 1998, réflexion aussi pertinente qu'impertinente, et d'ailleurs toujours d'actualité⁵².

Restait un problème, « *fondamental* » aux yeux du Doyen, et à mes yeux également : la nature juridique, ou si l'on préfère le statut juridique de l'esclave, de l'*homo servilis* : « *Était-il une chose ou une personne ?* » s'interrogeait le Doyen, avant de constater que « *l'esclave, s'il est un bien, est en même temps une personne, quelque malaisée que soit la synthèse des deux propositions* ». En même temps, dans « Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit » précité, où le Doyen formulait également des observations sur l'esclavage, il remarquait qu'au-delà de la « *personnalité* » - c'est-à-dire au-delà de « *l'artifice du droit* » - se cachait l'irréductible *humanité* de l'esclave :

« La personnalité est définie par le droit (...). Mais enlevez *persona*, *homo* tient bon. *Hominum causa omne jus constitutum* ; superbe est cet aphorisme d'Hermogénien, au Digeste (1, 5, 2), et l'on aurait tort de le taxer d'hypocrisie sous prétexte qu'il s'inscrit dans un titre, *De statu hominum*, où les esclaves sont englobés, où l'esclavage est institutionnalisé. Ce qu'il faut bien plutôt en retenir, c'est ce qui est sous-jacent, cette *qualité d'homme reconnue à l'esclave*, qui fera plus tard exploser l'esclavage. »

Ce sont précisément ces observations qui ont constitué le point de départ de ma propre réflexion sur le statut juridique de l'« *homo servilis* »⁵³ - dont je forgeais alors l'expression dans le même esprit que celle d'« *homo civilis* » en 1991⁵⁴, et qui m'ont permis d'en comprendre non seulement la complexité, mais aussi la *cohérence* juridique dans le Code Noir (et donc d'en discuter la lecture dominante) : l'esclave n'est pas une personne (au sens juridique), mais c'est un être humain quand même. Il est certes en même temps un objet de propriété - et cette réification juridique est précisément rendue possible par son absence de personnalité - mais son humanité n'est pas sans effets juridiques cependant⁵⁵.

Et c'est précisément lorsque, sous l'effet de l'idéologie moderne des droits de l'homme, s'incarnant progressivement dans la loi et surtout dans les mentalités, l'humanité ne se concevra plus sans personnalité juridique complète⁵⁶, que l'esclavage deviendra aussi odieux

⁵² « Célébré avec éclat, en métropole et dans les îles, il a donné lieu ça et là, suivant une pratique qui s'était formée récemment en des occasions analogues, à d'étranges phénomènes de *repentance collective*, d'esprit peu historique au fond. »

⁵³ V. mon hommage posthume, « De l'*homo civilis* à l'*homo servilis* : un cheminement en compagnie de Jean Carbonnier », in *Jean Carbonnier. L'homme et l'oeuvre*, études réunies par R. Verdier (Actes du colloque de Nanterre de 2008), Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 285-308. J'ai été aussi éclairé par J. Gaudemet, spéc. à travers « Membrum, persona, status », *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1995, n° LXI. Mais c'est à mon ami D. Deroussin, à travers sa magistrale étude « Personne, chose, corps », in *Le corps et ses représentations*, dir. E. Dockès et G. Lhuilier, Litec, Credimi, vol. 1, 2001, pp. 79-146, que je dois le plus.

⁵⁴ V. supra note 5.

⁵⁵ « *Homo civilis*. Un être humain sans personnalité juridique : réflexions sur le statut de l'esclave dans le Code Noir, in *Esclavage et droit*, actes du colloque de Douai de décembre 2006, Artois Presses Université, 2010, pp. 15-41 ; « *Homo servilis*. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code noir de 1685 », communication aux journées de l'institut Dogma sur l'esclavage (Paris II, 14-15 oct. 2008), *Droits* n° 50, 2009, pp. 119-141. V. aussi ma notice « Code Noir », in *Dictionnaire des esclavages*, dir. O. Pétré-Grenouilleau, Larousse, 2010.

⁵⁶ La conception actuelle de la personnalité juridique en tant qu'essentiellement liée à l'humanité, et donc où l'esclavage *déshumanise* forcément l'être humain, est emblématiquement annoncée par Rousseau, notamment dans le *Contrat social* : « Ainsi, de quelque sens qu'on envisage les choses, le droit d'esclav[ag]e est nul, non seulement parce qu'il est illégitime, mais parce qu'il est absurde et ne signifie rien. Ces mots, *esclavage* et *droit*,

et intolérable et qu'il sera définitivement aboli⁵⁷. Ainsi la dimension politique et idéologique du droit réapparaissait pleinement autour de l'*homo servilis*, comme elle l'avait fait autour de l'*homo civilis*.

J'avais d'ailleurs déjà rencontré cette distinction entre humanité et personnalité juridique à propos de l'*homo civilis*, dans le cadre d'une étude sur le statut juridique de l'embryon⁵⁸. Quelques années plus tard, alors que cette distinction faisait l'objet de recherches doctorales⁵⁹, j'y revenais dans le cadre d'une « A.C.I. Jeunes chercheurs » (2003-2005), consacrée au thème « Personne et discrimination », et je formulais l'hypothèse que plus un système juridique reconnaît universellement, à titre principiel, la personnalité juridique complète, et donc l'égalité de traitement, à toutes sortes d'être humains (femmes, morts civils, esclaves), plus la moindre « discrimination » (c'est-à-dire la différence de traitement juridique) y devenait indéfendable, y compris en matière d'orientation sexuelle (avec la problématique du mariage homosexuel, dont j'avais étudié les "progrès" notamment en droit canadien)⁶⁰. Entre-temps, j'avais testé cette hypothèse en contexte colonial, à propos des gens de couleur libres, qui, bien qu'affranchis ou descendants d'affranchis, furent soumis, depuis le début du XVIIIe siècle, à un régime juridique ségrégatif et discriminatoire, aboli à partir de 1830, dont la dimension politique et idéologique était absolument manifeste⁶¹.

sont contradictoires ; *ils s'excluent mutuellement*. Renoncer à sa liberté, *c'est renoncer à sa qualité d'homme*, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs [...]. Une telle renonciation est incompatible avec la *nature* de l'homme » (Livre I, chap. IV). Cette conception fut ensuite juridiquement consacrée dans le droit positif contemporain, à partir de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, spécialement en son article 1^{er} (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux *en droit* »), et J. Gaudemet souligne que la Déclaration constitue bien le « *moment décisif* » dans la reconnaissance à tout individu de la qualité de personne juridique. Cependant, le lien entre l'humanité et la personnalité juridique, en passant par le concept intermédiaire de la « personne humaine », est encore plus net dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui est plus claire encore sur la question, spécialement en ces articles 4 (« Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite sont interdits sous toutes les formes ») et 6 (« Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa *personnalité juridique* »).

⁵⁷ Cf. « 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*, n° 4, 2012, pp. 293-329.

⁵⁸ « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *Revue de la recherche juridique*, 1998-2, pp. 459-477. J'y défendais la position que pour résoudre la question d'un pur point de vue juridique, nous n'avions d'autre choix que de prendre à la lettre les lois de 1975 et surtout de 1994 (art. 16 s. du Code civil), qui reconnaissaient l'humanité de l'embryon sans lui attribuer la personnalité juridique, renvoyant ainsi dos à dos les positions doctrinales (et souvent idéologiques) extrêmes qui faisaient de cet être humain soit, d'un côté, un simple « morceau de chair » (X. Labbé) ou un « œuf » (Y. Roudy), soit, de l'autre, une véritable « personne » (G. Mémeteau, P. Kayser, A. Sériaux et alii).

⁵⁹ A travers les thèses de droit d' A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, PUAM, 2003 ; de X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003 ; et de F. Abikhzer, *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005 (2 t.).

⁶⁰ « Personne et discrimination : approche juridique et théorique », in *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, actes du colloque du 14 déc. 2005 (CNAM), dir. M. Mercat, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 15-50.

⁶¹ V. « Les libres de couleur dans la société coloniale ou la ségrégation à l'œuvre », *Bull. de la Société d'histoire de la Guadeloupe*, n° 131, 2002, pp. 61-112 ; « La condition des libres de couleur aux Antilles françaises (XVIIIe-XIXe siècles) : ressources et limites d'un système ségrégationniste », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre mer français* (PUAM), n° 2, 2004, pp. 61-119.

Face à de telles perspectives de recherche, je créais en 2004, au sein du Département Histoire du CAGI⁶² le Groupe de recherche et d'études en Histoire du droit et des institutions d'outre mer (GREHDIOM), un petit réseau informel de chercheurs spécialisés, dans le cadre duquel :

1°. J'encourageais et accompagnais deux jeunes chercheurs historiens du Droit, qui travaillaient déjà sur l'esclavage dans le cadre de leur thèse, Jérémy Richard⁶³ et Frédéric Charlin⁶⁴, à approfondir la veine ouverte par le Doyen Carbonnier tant en direction de la période de la monarchie de Juillet⁶⁵ que de celle du statut juridique de l'esclave, allant jusqu'à « prêter » au second l'expression d'*homo servilis* pour le titre de sa thèse⁶⁶.

2°. Je me lançais, avec leur aide puis dans le cadre d'un partenariat avec le Centre international de recherches sur les esclavages (CIRES), dans une vaste entreprise de recueil de l'ensemble des textes juridiques français relatifs à la traite et à l'esclavage colonial, fort des textes qu'ils avaient déjà recueillis dans le cadre de leur recherche doctorale. Plus de 900 textes d'origine métropolitaine ont ainsi d'ores et déjà été photocopiés, transcrits en format Word, puis relus, corrigés, en vue d'une publication aux PUF dans la coll. Droit fondamental, qui devrait intervenir en 2014 : édits, ordonnances, déclarations, arrêts du Conseil du roi, commissions, correspondance administrative, lois, décrets, arrêtés, arrêts de la Cour de cassation⁶⁷, etc... révèlent la complexité, la diversité et les nombreuses évolutions du droit français de l'esclavage et de la traite.

3°. Je découvrais au passage, avec Jérémy Richard, l'original manuscrit du mystérieux arrêté de Bonaparte du 16 juillet 1802, oublié dans les Archives depuis plus de 200 ans, qui rétablissait, et de manière illégale de surcroît, l'esclavage en Guadeloupe⁶⁸.

⁶² Désormais rattaché au Centre de recherches sur les pouvoirs locaux dans la Caraïbe (CRPLC), UMR 8053, basé sur le campus de Schoelcher (Martinique) de l'UAG, et dirigé par le professeur Justin Daniel.

⁶³ Qui préparait sous la direction de M. Ganzin et E. Gasparini une thèse d'histoire du droit intitulée *L'esclavage des noirs, discours juridique et politique français (1685-1794)*, Aix-Marseille III, soutenue en mars 2009, 608 p. V. aussi sa contribution sur le même thème aux Journées Dogma de 2008 sur l'esclavage, parue dans *Droits*, n° 51, 2010.

⁶⁴ Qui préparait sous la direction de M. Mathieu une thèse à Grenoble sur la condition juridique de l'esclave en droit français du XVIIe au XIXe siècles, vaste synthèse pour la cohérence théorique de laquelle je lui suggérais la distinction humanité/personnalité juridique précitée.

⁶⁵ V. J. Richard, « Le statut juridique de l'esclave aux Antilles sous l'empire du Code civil (1805-1848) : d'un effort de "civilisation" à la réticence du parti colon », in *Du Code noir au Code civil*. op. cit., (2007), pp. 107-140 ; F. Charlin, « La condition juridique de l'esclave sous la Monarchie de Juillet », communication aux journées Dogma (Paris II) de 2008 sur l'esclavage précitées, *Droits* n° 52, 2010 (parution 2012).

⁶⁶ F. Charlin, *Homo servilis. Contribution à l'étude de la condition juridique de l'esclave dans les colonies françaises (1635-1848)*, thèse d'histoire du droit, Grenoble II (PMF), décembre 2009. Sur la question de la nature juridique mobilière ou immobilière de l'esclave, v. aussi depuis la magistrale synthèse de A. Castaldo, « Les « questions ridicules » : la nature juridique des esclaves de culture aux Antilles », *Bull. de la Société d'histoire de la Guadeloupe*, n° 157, 2010, pp. 54-144, ainsi que dans la revue *Droits*, n° 52, 2012.

⁶⁷ V. à ce propos supra note 45. L'association française pour l'histoire de la Justice (AFHJ) et la Cour de cassation ont eu la bonne idée d'organiser le 14 mai 2012 un colloque sur ce thème (« La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage »), auquel j'ai participé (« A propos du Code Noir et de l'histoire du droit français de l'esclavage colonial ») et dont j'ai eu l'honneur de réaliser le rapport de synthèse (Actes à paraître chez Dalloz).

⁶⁸ V. nos études : « Un "silence" de l'histoire nationale du rétablissement de l'esclavage à la Guadeloupe : l'arrêté du 16 juillet 1802 », communication au colloque « Les silences nationaux sur les esclavages et les traites et leurs héritages contemporains sur la question des migrations », Schoelcher (Martinique), CRPLC, CIRES,

4°. Je découvrais aussi, encore avec lui, que la version originale de l'édit de mars 1685, appelé « Code Noir » à partir de l'édition Saugrain de 1718, est absente des Archives nationales, et que les versions anciennes disponibles divergent, ce qui nous conduisit à les comparer systématiquement, relevant les variantes, dont plusieurs modifient profondément le sens et la portée juridiques du texte, choisissant comme version de référence la plus ancienne connue à ce jour, celle enregistrée au Conseil supérieur de Basse-Terre en décembre 1685, un document manuscrit qui était d'ailleurs resté inédit jusqu'alors⁶⁹.

Je viens de faire paraître cette version comparée, enrichie de la confrontation avec les « travaux préparatoires » de l'Édit de 1685⁷⁰, et avec les édits de 1723 pour les Mascareignes et de 1724 pour la Louisiane, dans une nouvelle collection de Dalloz qui précisément entend mettre en regard un texte classique avec son commentaire contemporain⁷¹. Un commentaire dans lequel non seulement je réitère l'analyse du Code comme *cohérent* juridiquement (grâce à la distinction humanité/personnalité juridique)⁷², mais propose de surcroît une synthèse de l'évolution juridique postérieure (qui démarre d'ailleurs dès 1686), jusqu'en 1848, à travers ce que j'ai appelé le « Code Noir après le Code Noir »...

Commentaire dans lequel, également, se retrouve mon hypothèse sur la signification historique réelle du « Code Noir » – hypothèse qui me ramène, sans l'avoir recherché, à ma thèse sur le Code civil -, à savoir qu'au-delà de l'objectif de réglementer l'esclavage, et par la même de le légaliser et de le légitimer dans les colonies ; au-delà de l'objectif de rationalisation de la production économique coloniale évidemment présent, l'Édit de 1685 a d'abord et avant tout pour but d'affirmer la souveraineté monarchique sur ces terres éloignées, récemment rattachées au domaine royal (1674) et sur lesquelles l'autorité royale – présentée à l'image de la puissance paternelle⁷³ - entend être présente, au moins symboliquement (peu importe en effet si cette ambition sera largement ineffective en pratique, si nombre de colons

19-20 mars 2008 (à paraître dans les actes) ; « A propos de la découverte de l'arrêté consulaire du 16 juillet 1802 et du rétablissement de l'ancien ordre colonial (spécialement de l'esclavage) à la Guadeloupe », *Bull. de la Société d'histoire de la Guadeloupe*, n° 152, 2009, pp. 31-59 ; « Bonaparte et le processus du rétablissement de l'esclavage à la Guadeloupe (1802-1803) : essai de reconstitution à partir de découvertes archivistiques récentes », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre mer français*, n° 4, 2008, paru en 2012, pp. 251-291. Voir aussi sur le blog de mon site personnel (<http://jfniort.e-monsite.com>).

⁶⁹ V. nos publications : « L'Édit royal de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique française dit « Code noir » : versions choisies, comparées et commentées », *Droits*, n° 50, 2009 ; « L'Édit royal de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique française dit « Code Noir » : comparaison des éditions anciennes à partir de la version « Guadeloupe », *Bull. de la Société d'histoire de la Guadeloupe*, n° 156, 2010.

⁷⁰ Les mémoires de Patoulet (1682), puis de Blénac et Bégon (1683), établis à la demande de Colbert en vue de la rédaction de l'Édit, qui révèlent que le « Code Noir » n'a fait que reprendre le droit déjà en vigueur localement, ainsi que l'avait rappelé not. l'historienne V. V. Palmer, dans « Essai sur les origines et les auteurs du Code Noir », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, n° 1 (traduit d'un article paru dans *The Louisiana Law Review* en 1995).

⁷¹ *Code Noir*, Dalloz, coll. Tiré à part, novembre 2012, 26 + 55 p.

⁷² V. aussi en ce sens, paru en janvier 2012, « L'esclave dans le Code Noir de 1685 », in *Esclaves. Une humanité en sursis*, dir. O. Pétré-Grenouilleau, Presses universitaires de Rennes (PUR), pp. 221-239.

⁷³ V. A. Du Crest, *Modèle familial et pouvoir monarchique (XVI^e-XVIII^e siècles)*, thèse d'histoire du droit, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002. C'est aussi le modèle que l'on retrouve dans le Code civil de 1804 (cf. *Homo civilis*, I, p. 142 et s., et supra note 10).

continueront à violer les dispositions de l'Edit), et spécialement à travers son alliée spirituelle, l'Eglise catholique, comme le rappelle le préambule de l'Edit :

*Louis, par la Grâce de Dieu, Roi de France et de Navarre, à tous présents et à venir, salut. Comme nous devons également nos soins à tous les peuples que la divine providence a mis sous notre obéissance, nous avons bien voulu faire examiner en notre présence les mémoires qui nous ont été envoyés par nos officiers de nos Isles de l'Amérique, par lesquels ayant été informés **du besoin qu'ils ont de notre autorité et de notre justice**, pour y maintenir la discipline de l'Eglise catholique, apostolique et Romaine, et pour régler ce qui concerne l'Etat des Esclaves de nos dites Isles, et désirant y pourvoir et leur faire connoître qu'encore qu'ils habitent des climats infiniment éloignés de notre séjour ordinaire, nous leur sommes toujours présents, non seulement par l'étendue de notre puissance, mais encore par la promptitude de notre application à les secourir dans leurs Besoins.*

Voilà notamment pourquoi, et contrairement à ce qu'on affirme encore souvent, le Code Noir interdit au maître de torturer et de mettre à mort son esclave (art. 42-43), réservant cette prérogative au juge royal, représentant de la puissance publique, devant laquelle doit céder la puissance domestique⁷⁴.

Encore une fois, le droit m'apparaît comme surdéterminé, « saisi » par le politique, qui l'instrumentalise en vue de la réalisation de ses fins. Encore une fois, la dimension symbolique d'un « code » m'apparaît, jusqu'à nos jours, même si c'est cette fois-ci à travers une image extrêmement négative. Car si le Code civil a plutôt bonne presse comme on l'a vu plus haut, son homologue « noir » est encore désigné dans le discours dominant comme l'horreur absolue, « le texte juridique le plus monstrueux qu'aient produit les Temps modernes », selon la formule de Louis Sala-Molins. Pourtant, dans les deux cas, on est face à un même phénomène de *décontextualisation* de l'objet⁷⁵, qui est alors surinvesti de significations, jusqu'à être déformé⁷⁶, notamment, en l'espèce, en tant que support de projections idéologiques légitimatrices de la République, l'un (le Code civil), comme monument national républicain ; l'autre, comme précisément symbole des valeurs anti-républicaines, en tant que consacrant l'esclavage, deux fois aboli par la République, puis officiellement consacré comme « crime », par la loi dite Taubira du 21 mai 2001⁷⁷.

⁷⁴ Sur cet affrontement, qui sera intense et permanent aux colonies, entre justice publique et justice domestique, car l'enjeu symbolique (et pratique) était ici *crucial*, v. Y. Debbash, « Au cœur du "gouvernement des esclaves" : la souveraineté domestique aux Antilles françaises (XVIIe-XVIIIe siècles) », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1985, t. 72, n° 266, et C. Oudin-Bastide, « Pouvoir du maître et pouvoir judiciaire : opposition, collusion et confusion (Guadeloupe, Martinique, XVIIe-XIXe siècles) », *Recherches haïtiano-antillaises*, L'Harmattan, n° 4, 2006.

⁷⁵ On oublie en effet que le Code civil de 1804 était plutôt réactionnaire contre les valeurs révolutionnaires, en tout cas celles de la période girondine et jacobine (cf. supra), et que le « Code Noir » de 1685 était bien moins raciste que ne le sera la législation postérieure, celle du pourtant grand siècle des Lumières... (v. *Code Noir*, op.cit., p. 27).

⁷⁶ V. ainsi par ex. les affirmations de C. Taubira selon lesquelles le Code Noir autorise le maître à tuer son esclave, en contradiction pourtant flagrante avec le texte : *Codes noirs. De l'esclavage aux abolitions*, Dalloz, coll. A savoir, 2006, Introduction, p. X (l'auteur parle de « peine de mort privatisée » à propos de l'art. 38, cette erreur est heureusement corrigée par A. Castaldo dans sa Présentation, p. 10). V. aussi *L'esclavage raconté à ma fille*, Éd. Daniel Radford, 2002, p. 50.

⁷⁷ V. not. à ce sujet l'étude de S. Calixte, « La loi reconnaissant la traite négrière et l'esclavage des Noirs dans les possessions françaises d'outre-mer en tant que crime contre l'humanité. Signification et portée », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, Revue du CRPLC, n° 15, 2005-2006, L'Harmattan, 2007.

Il n'est donc pas étonnant de voir le « Code Noir » si systématiquement et aveuglément décrié, puisqu'en creux, sa diabolisation *valorise* les valeurs qu'il rejetait, et qui sont aujourd'hui à l'honneur. De même qu'il n'est pas surprenant de voir le Code civil, à l'inverse, purgé de sa dimension monarchique et réactionnaire initiale⁷⁸ et volontairement rattaché à la Déclaration des droits de l'Homme et à l'idéal démocratique et républicain⁷⁹, puisqu'il a été adopté par la République. Dans le même sens, les *processus commémoratifs*, que ce soit ceux des deux centennaires du Code civil (1904 et 2004)⁸⁰, ou celui relancé depuis la loi Taubira à propos de l'esclavage⁸¹, visent précisément à entretenir la mémoire vivante de ces symboles légitimateurs, tant en positif qu'en contre-point négatif.

Entre-temps, j'ai participé à l'organisation de colloques autour du thème de l'esclavage⁸², de ses réparations⁸³, et du droit colonial sous la Révolution⁸⁴; ainsi qu'à la création et à l'animation, en partenariat scientifique avec l'IHRF et le CRESOI (Université de La Réunion), du Grand séminaire d'histoire des outre mer (GSHOM) en 2011, consacré au thème des résistances au système esclavagiste, qui a tenu sa 1^{ère} Journée à la Réunion en novembre 2012, et dont je prépare les 2^e Journées, qui se tiendront en Guadeloupe en février 2014⁸⁵.

⁷⁸ V. supra, notes 8-10 et 35. (Cf. d'autres éléments dans *Homo civilis*, I, not. « Nature et politique dans le Code civil », pp. 132-140).

⁷⁹ V. *ibid.*, II, p. 606 et s., ainsi que mes études précitées : « L'image de la Révolution française et du régime napoléonien dans l'interprétation du Code civil (et vice-versa) au XIX^e siècle », et « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale ».

⁸⁰ Le centenaire de 1904 fut en effet célébré en grande pompe officielle, en présence du président de la République (Loubet) et de tous les « corps constitués » politiques et juridiques, ainsi que de délégations officielles de nombreux pays (*Homo civilis*, II, p. 366 et s.).

⁸¹ A travers principalement la création du Comité pour la mémoire et l'histoire de l'esclavage en 2004. V. son premier rapport, *Mémoires de la traite négrière, de l'esclavage et de leurs abolitions*, préf. Maryse Condé, La Découverte, 2005.

⁸² Les Journées Dogma de Paris II en octobre 2008 (v. supra), dirigées par S. Rials.

⁸³ « Les réparations de l'esclavage en questions. Analyses, enjeux, controverses », avec l'association Racines et la chaire UNESCO « Abords de la violence », 16-17 décembre 2006, Cité des Métiers, Abymes, Guadeloupe (v. le programme très riche sur le blog de <http://jfnior.e-monsite.com>).

⁸⁴ « Les colonies, la Révolution française, la loi », en partenariat avec l'Institut d'Histoire de la Révolution française de l'université de Paris 1, le Centre d'Histoire judiciaire (université Lille II), et l'ANR RevLoi, Sorbonne, 23-24 sept. 2011 (Actes à paraître aux Presses universitaires de Rennes en 2014, sous la dir. de F. Régent, P. Serna, et moi-même).

⁸⁵ V. sur le blog du site <http://jfnior.e-monsite.com>

Le travail sur l'histoire du droit français de l'esclavage colonial est toutefois loin d'être achevé : au-delà des textes d'origine métropolitaine, il reste encore à traiter les textes juridiques locaux, colonie par colonie, puis à rapprocher, à l'aide des historiens, ce « droit positif local » des pratiques, notamment notariales, afin d'avoir une vision complète ce que qu'aura été la réalité à la fois juridique et matérielle de l'esclavage colonial français, une réalité qu'on peut d'ores et déjà qualifier de complexe, diverse et très évolutive. Vaste entreprise, gros « chantier » qui occupera encore plusieurs années de recherches collectives⁸⁶.

⁸⁶ V. mon étude « Les chantiers de l'histoire du droit français de l'esclavage colonial », parue dans un n° de la revue européenne en ligne d'histoire du droit *clio@themis* consacré aux « Chantiers de l'histoire du droit colonial » (n° 4, 2010).