L'influence du droit romain sur le régime de l'esclavage au Portugal et au Brésil[1]

Luiz Fabiano CORRÊA

(*Université Estadual Paulista, Araraquara, Brésil*)

Introduction

On sait que pendant l'Antiquité l'esclavage était une pratique généralisée. Tous les peuples l'ont pratiqué. De grands philosophes, comme Platon et Aristote, le considéraient nécessaire et légitime. Les stoïciens, toutefois, l'affirmaient contraire au droit naturel. Ils ont influencé quelques juristes romains[2] et leurs idées ont ouvert le chemin pour l'amélioration des conditions des esclaves à Rome.

Au sein du Christianisme les opinions à propos de la servitude sont variées. La complaisance de l'apôtre Paul pour l'esclavage se révèle maintes fois, surtout dans la Première Épître à Timothée et dans l'Épître à Tite où il invite les esclaves à estimer leurs maîtres et à les honorer, à leur être soumis, à leur plaire et à leur montrer toujours une parfaite fidélité[3]. Au VIIème siècle, Saint Isidore de Seville a défendu

---

[1] Communication faite dans la 58ème Session de la SIHDA à São Paulo – Brésil, sept. 2004.

[2] Ulpianus, libro XLIII. *ad Sabinum* (*Dig*. 50, 17, 32): *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines æquales sunt. Inst*. 1, 2, 2: *Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae (iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur).*

[3] 1Th 6,1: Que tous ceux qui sont sous le joug de l'esclavage estiment leurs propres maîtres comme dignes de tout honneur, afin que le nom de Dieu et que la doctrine ne soient pas calomniés. Tt 2, 9-10: (Exhorte) les esclaves à être soumis en tout à leurs

la liberté universelle de toutes les créatures humaines, ce qui pour lui était un commandement de la justice. Cependant, depuis quelques siècles, Saint Thomas d'Aquin, le grand théologien du XIIIe siècle, suivant la pensée d'Aristote, a soutenu la légitimité de l'esclavage.

Plus tard, au XVIIème siècle, Hugo Grotius a présenté, dans son œuvre *De iure belli ac pacis,* de vigoureux arguments à l'appui de l'esclavage qui à ce temps-là était pratiqué largement dans le Nouveau Monde[4].

L'esclavage au Portugal

À la fin du Moyen Âge était courante au Portugal la coutume de prendre et d'asservir des Maures pour les échanger avec des prisonniers chrétiens réduits en esclavage en Afrique du Nord. À ce temps-là, les Ordonnances du roi Dom Afonso V permettaient l'affranchissement d'un Maure captif seulement contre le payement d'un prix porté de son pays ou contre la libération d'un chrétien qui y demeurait captif, mais, si, à l'inverse, l'argent de la délivrance provenait de son propre royaume, cette valeur se perdait en faveur de la Couronne[5]. D'un autre côté, aider la fuite d'un Maure captif ou occulter un Maure fugitif entraînait comme punition le payement au dénonciateur d'une somme égale à la valeur du captif, une autre somme de même valeur au seigneur du captif et une autre au roi[6].

En outre, quelques dispositions légales attestent qu'il y avait des esclaves blancs au Portugal[7].

Pendant la période des grandes navigations inaugurée par l'École de Sagres sous les auspices du prince Dom Henrique, les caravelles portugaises ont réussi à arriver sur les côtes de l'Afrique Occidentale. Peu de temps après, commençait le trafic des natifs de ces régions. On dit que c'est le navigateur Antonio Gonçalves qui, le premier, les a apportés au Portugal. Au début, le prétexte était de les libérer de la

---

maîtres, à leur plaire, à ne pas être contrariants, à ne rien détourner, mais à montrer toujours une parfaite fidélité, afin de faire honorer en tout la doctrine de Dieu. Cf. aussi 1Cor 7, 21-24; Gl 3, 28; Ef 6, 5-9; Cl. 3, 22-25; Fm 10-17.

[4] Cf. John W. CAIRNS, *Stoicism, slavery and law*, in *Grotiana*, 22/23 (2001/2002), p. 197-232.

[5] Livre V, titre CXI.

[6] Livre V, titre CXIII.

[7] Suivant le livre V, titre XXIII, § 4, des *Ordonnances Manuelines*; et le livre V, titre LXII, § 2, des *Ordonnances Philippines*, celui qui entrait chez autrui pour dormir avec une *esclave blanche* honnête devait subir la peine de déportation.

mort ou de la captivité dans les mains de leurs ennemis, mais bientôt le commerce des nègres est devenu une riche source de profits. En 1444 le Capitaine Lançarote amenait deux cents nègres ou davantage au Portugal, pour les vendre comme esclaves. Aussi les musulmans du Nord de l'Afrique s'emparaient de ces pauvres gens pour les troquer contre leurs compatriotes captifs des Portugais. Le trafic s'est généralisé et l'Église elle même était tolérante vis-à-vis de l'esclavage[8].

L'esclavage au Brésil

a) L'esclavage des Indiens

Le 22 avril 1500, une armée navale portugaise en route vers les Indes a abordé au Brésil et son commandant, Pedro Álvares Cabral, a pris possession de la nouvelle terre au nom du roi du Portugal. Il a trouvé ici des indigènes qui ont reçu les arrivants très amicalement. Néanmoins, pendant que Cabral poursuivait sa route, il a envoyé au Portugal un émissaire portant une lettre adressée au roi, où les richesses et la beauté de la nouvelle possession furent décrites. Cet émissaire a amené aussi deux natifs avec lui, comme des exemplaires des habitants de la terre.

Après peu de temps, une loi espagnole de 1504, sous le prétexte de ce que les Indiens caraïbes étaient anthropophages et bestiaux, a autorisé leur asservissement. Cette « légitimation » de l'esclavage des indigènes a contaminé rapidement le Nord du Brésil, malgré le reproche du roi de Portugal à cause de l'apport de trente indigènes captifs à sa métropole, en 1511.

Par la suite, la couronne portugaise n'a pas prêté beaucoup d'attention au Brésil. La conquête des Indes lui semblait plus intéressante. Mais l'établissement des Français, des Anglais et des Hollandais dans quelques endroits de la nouvelle possession a éveillé la conscience de ce qu'il faudrait l'occuper et le coloniser. En 1531 le roi de Portugal a envoyé au Brésil une flotte sous l'ordre de Martim Afonso de Souza qui a saisi et détruit quelques navires français, ordonnant aussi le débarquement d'un lot d'Indiens captifs dans une caravelle près de la côte de Bahia. En même temps, pour rendre viable la colonisation, des gens notables par leurs services, leur noblesse et

[8] Agostinho Perdigão MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil, II*, São Paulo, 1944, ps. 15/67.

leur richesse ont reçu de vastes parties de terres appelées *capitaineries héréditaires*. Dans leurs territoires ils avaient pleine juridiction civile et criminelle, de vie et de mort. Ils avaient le pouvoir de capturer les indigènes autant pour les asservir comme main-d'œuvre agricole ou navale que pour les vendre à Lisbonne. Par cette voie, l'esclavage des natifs s'est officialisé, mais il a déchaîné une forte hostilité des indigènes contre les colonisateurs portugais, dont les envahisseurs étrangers cherchèrent à tirer profit.

Toutefois, les capitaineries héréditaires n'ont pas réussi et la Métropole Portugaise a décidé d'éprouver la colonisation centralisée dans les mains d'un gouverneur général. Le premier, nommé Tomé de Souza, est arrivé au Brésil pour accomplir sa mission, avec plusieurs aides et des gens notables. Il a apporté en plus quelques couples, six cent gendarmes et quatre cent proscrits.

Avec lui, sont venus aussi quelques missionnaires jésuites dont le but était la catéchèse des indigènes, qu'ils réunissaient dans des villages répandus dans toute la colonie. Cependant, les chasseurs d'esclaves n'épargnaient pas même les habitants de ces villages qu'ils envahissaient pour les capturer. Les intrépides missionnaires ne se laissèrent pas effrayer, mais ils prirent la défense des Indiens de façon énergique et tenace. Ils dénonçèrent à la Métropole les abus des colonisateurs et demandèrent des mesures de protection des indigènes. Mais, de leur part, les colonisateurs revendiquaient de la Couronne Portugaise la permission de faire la prise des Indiens pour se procurer la main-d'œuvre nécessaire aux travaux agricoles. Pressée d'un coté et d'autre, la Métropole prenait des décisions contradictoires, allant de la prohibition totale à l'autorisation la plus ample de l'esclavage des Indiens. Ces intenses divergences entre les missionnaires et les colonisateurs ont débouché très souvent sur des conflits armés, comme la révolte menée par Manuel Beckman, en 1648. Cette tension a demeuré jusqu'au XVIIIème siècle, quand le Marquis de Pombal a expulsé les jésuites de tous les domaines du Roi du Portugal. Au Sud du Brésil les troupes portugaises ont rasé les villages des guaranis catéchisés par les jésuites. C'était aussi l'époque où les pionniers nommés «bandeirantes» pénétraient à l'intérieur de la colonie pas seulement pour chercher de l'or et des gemmes mais aussi pour prendre des Indiens qu'ils vendaient comme esclaves.

Au commencement du XIXème siècle la famille royale portugaise s'est rendue au Brésil fuyant les troupes du Général Junot qui avait occupé le Portugal sur l'ordre de Napoléon. Cet événement, toutefois, n'a rendu pas meilleure la condition des Indiens brésiliens qui a, au contraire, empiré tragiquement. Une Charte Royale du 13 mai 1808 a permis l'usage de la force armée contre les «botocudos» de Minas Gerais pour les réduire en esclavage, et une autre Charte Royale, du 5 novembre 1808, a permis de procéder de la même manière contre les «bugres» de São Paulo. Ce n'est qu'après que la colonie avait obtenu l'indépendance et était devenue un Empire qu'une loi du 24 octobre 1824 a aboli les dites Chartes Royales. Mais cela n'a pas empêché de nouveaux abus contre les indigènes, comme l'odieuse persécution qui a eu lieu à Bahia, en 1864, et l'ignoble chasse des «xavantes», à São Paulo, en 1865.

b) L'esclavage des Africains

On attribue à Frère Bartolomé de Las Casas, évêque de Chiapas, au Mexico, l'idée d'introduire des esclaves africains dans le Nouveau Monde pour épargner les natifs. Mais on dit qu'antérieurement il y avait déjà à ces endroits un intense commerce des nègres assujettis à l'esclavage. On ne connaît pas cependant l'exact moment historique de leur introduction au Brésil. Il est possible que les premiers colonisateurs les aient amenés du Portugal. Le seul fait certain c'est que très tôt le travail des esclaves noirs était déjà utilisé à la Capitainerie de São Vicente, pour la production du sucre. Un arrêté du 29 mars 1549, du roi Dom João III, a autorisé les producteurs de sucre de maintenir dans leurs usines jusqu'à cent vingt esclaves amenés d'Afrique. À ce temps là, si l'esclavage des nègres n'était pas encore entièrement légalisé, il bénéficiait toutefois de la pleine tolérance des gouvernants et de l'Église et un trafic intense augmentait toujours plus le nombre des esclaves noirs. En outre, cet accroissement provenait aussi de l'application de la règle romaine *partus sequitur ventrem,* officialisée plus tard par un arrêté du 16 janvier 1773. Par conséquent, l'enfant d'une femme esclave était aussi un esclave indépendamment de la condition du père et par la suite il y eut des esclaves de toutes les couleurs, des plus noirs jusqu'aux presque blancs. À la fin du XVIIIème siècle, ils constituaient la majorité de la population du Brésil.

La condition des esclaves était extrêmement dure et cruelle. En Afrique, des tribus rivales les capturaient et les échangeaint contre des bagatelles avec les trafiquants. Mis en foule dans les sous-sols des navires, l'air et la lumière suffisaient mal à les maintenir vivants. Pendant les voyages plusieurs succombaient aux mauvais traitements et aux maladies. Plusieurs étaient jetés dans la mer à cause des maladies ou pour alléger les bateaux menacés par des tempêtes et, quand la répression du trafic a commencé, pour éviter la prise des navires. À l'arrivée on les vendait comme des marchandises et souvent on les marquait à fer chaud comme des bêtes. Ils n'étaient que des choses, de purs outils de travail, sans aucun droit. Leur travail était extrêmement épuisant, les châtiments très frequents et inhumains. La nostalgie de leur terre natale causait une profonde tristesse, une véritable maladie nommée «banzo», qui les débilitait physiquement jusqu'à la mort. Plusieurs se suicidaient et quelques-uns tuaient leurs enfants pour leur épargner les souffrances infernales de la vie en esclavage. Les plus audacieux ont réussi à fuir et à former des communautés libres nommées «quilombos» ou «mocambos» en des endroits lointains. Le plus important était le «quilombo» de Palmares. Ayant pour chef le légendaire Zumbi, il a résisté hardiment à maintes tentatives de destruction, jusqu'à ce qu'il périsse à l'attaque du «bandeirante» Domingos Jorge Velho, en 1697, après une existence de soixante-sept ans.

c) L'abolition de l'esclavage

Au XVIIIème siècle, les Lumières ont combattu instamment l'esclavage. Parmi d'autres, Montesquieu, dans *L'Esprit des Lois*, a plaidé ardemment pour son abolition. Sous l'influence de ces idées, la loi du 19 septembre 1761 fut promulguée au Portugal, qui a déclaré libres tous les nègres qui entraient dans le royaume. Comme la pratique de l'esclavage persistait au Brésil, le jurisconsulte portugais Mello Freire a avoué sa perplexité sur les fondements juridiques de sa tolérance[9].

En 1815, plusieurs pays ont signé à Vienne une convention interdisant le trafic des Africains. Néanmoins, au lieu d'être intimidés, les trafiquants les plus audacieux ont défié cette prohibition,

[9] *Servi nigri in Brasilia tolerantur; sed quo jure et titulo me penitus ignorare fateor, apud* Agostinho Perdigão MALHEIRO, *op. cit.,* p. 50.

intensifiant leur abominable affaire. À la vue de cela, le gouvernement de l'Angleterre, qui, en ce temps-là, était la reine des mers et qui opposait une énergique résistance au trafic des esclaves pour des raisons politiques et économiques, a donné l'ordre à ses vaisseaux de chasser et de saisir les embarcations chargées de captifs et de remettre ces pauvres gens en liberté. Cette pression s'est fait sentir sur les ports du Brésil qui, en 1822, devint un empire indépendant du Portugal. Après de sérieux incidents diplomatiques causés par l'invasion des mers et des ports brésiliens par des vaisseaux anglais, les autorités impériales furent forcées de prendre des mesures plus efficaces pour assurer la répression du trafic, mais elles ne réussirent pas à empêcher l'introduction, au Brésil, de vingt mille à cinquante mille esclaves chaque année, entre 1845 et 1850.

D'un autre côté, les principes de l'égalité et de la liberté de tous les hommes consacrés par la Constitution Impériale de 1824, comme, en plus, par toutes les constitutions libérales des XVIIIème et XIXème siècles, n'ont pas été suffisants pour mettre fin à l'esclavage comme institution juridique, ni au Brésil ni dans d'autres pays. La résistance des classes conservatrices interéssées à son maintien fut plus puissante[10]. Néanmoins, d'autres forces se sont unies à celles des canonnières anglaises contre l'esclavage. Le mouvement abolitionniste qui grandissait dans le monde entier a pris corps aussi au Brésil. Son influence s'est fait sentir bientôt dans la législation. Le Code Criminel de l'Empire a établi la punition du trafic des esclaves et une loi du 7 novembre 1832 a déclaré libres, avec peu d'exceptions, toutes les personnes qui entrent dans les ports ou les territoires du Brésil. De son côté, l'élite intellectuelle des descendants des Africains, à laquelle appartenaient José do Patrocínio, André Rebouças, Luís Gama et d'autres, est entrée en lutte incessante contre l'esclavage. Des blancs aussi, comme Joaquim Nabuco et le poète Castro Alves, avec ses vers superbes dans le style de Victor Hugo, plaidaient vivement pour son abolition totale. Les intellectuels incitaient les esclaves à s'insurger, à détruire les plantations et à fuir,

[10] Suivant l'opinion de M. E. BODENHEIMER, dans son livre *Jurisprudence,* traduit en portuguais par Eneas Marzano, Rio de Janeiro, 1966, sous le titre *Ciência do Direito,* la *Guerre de Sécession* des États-Unis d'Amérique peut-être aurait pu être évitée, si la Cour Suprême Américaine n'avait pas proclamé, en dépit d'une intense dissémination des sentiments contraires à l'esclavage, qu'elle était une *institution sacro-sainte*.

et l'armée se refusait à chasser les esclaves fugitifs. On craignait la répetition, au Brésil, des tragiques événements de la révolution des esclaves de Haïti à la fin du XVIIIème siècle, où un grand nombre de blancs furent massacrés[11]. Pour les écarter, on a tenté un procès d'extinction graduelle du régime servile. D'abord la loi dite du Ventre Libre, de 1871, supprima la règle *partus sequitur ventrem,* en octroyant l'état de liberté à toutes les personnes nées au Brésil, y compris celles nées de mères esclaves, nonobstant le fait que les enfants des esclaves restaient obligés de travailler pour les seigneurs jusqu'à vingt et un ans, sous prétexte du payement des frais de leur éducation, règle qui paraît trouver appui dans la doctrine de Hugo Grotius[12]. La loi suivante, celle des Sexagénaires, a rendu libres les esclaves âgés de soixante ans ou plus. Toutefois, cette loi s'est révélée plus nuisible que bénéfique pour ces derniers, car en leur donnant la liberté elle a permis aux seigneurs de les livrer à leur propre sort à un âge où ils avaient dejà perdu les forces pour se soutenir. Finalement, la Princesse Isabel, héritière du trône du Brésil qui exerçait la régence de l'Empire pendant un voyage de son père, l'Empereur Dom Pedro II, édicta la loi du 13 mai 1888, dite Loi d'Or, pour bannir entièrement l'institution de l'esclavage du droit du Brésil, le dernier pays des Amériques à l'avoir aboli. Ce beau geste lui coûta cependant la couronne, car la Monarchie, dejà politiquement affaiblie pour d'autres raisons, a perdu le soutien de la classe agricole esclavagiste et a ainsi ouvert la voie pour le coup militaire du 15 novembre 1889, qui a déposé l'Empereur et proclamé la République.

d) La survivance de l'esclavage comme fait jusqu'à nos jours

Le 13 Mai 1888, l'esclavage au Brésil fut aboli comme institution juridique. Toutefois, comme fait, elle reste vivante jusqu'à nos jours. Au lendemain de l'abolition légale de l'esclavage, on peut dire que la

---

[11] À ce temps là, il y avait en Haïti près de 500.000 esclaves nègres pour une population d'environ 20.000 colonisateurs blancs et quelques nègres et mulâtres libres. Pendant une rébellion initiée le 21 août 1791, seulement à Port François (aujoud'hui Port Haïtien), plus de 1.000 blancs ont été tués. Les esclaves soulevés ont tué les proprietaires des plantations, violé et tué leurs femmes et massacré leurs enfants.

[12] Hugo Grotius, *De iuri belli ac pacis,* édicté par Willian Whewell, Londres, 1853, Livre III, chap. XIV, ps. 266/267 : *aut ex ipsa alimentorum præstatione, idque duntaxat usque dum operae totum quod impensum est expunxerint*.

situation de anciens esclaves empira. Ces pauvres gens n'étaient pas préparés pour vivre par leurs propres forces. La presque totalité des esclaves n'avait aucune instruction, ne savait ni lire ni écrire, n'avait pas de profession. Ils ne réussissaient pas à satisfaire aux nécessités les plus basiques, comme l'alimentation, le logement, les vêtements, la santé. Abandonnés à leur propre sort, ils durent choisir entre deux alternatives également cruelles, se livrer à la mendicité et vivre de la charité ou rester chez leurs anciens seigneurs et continuer de vivre dans les mêmes conditions antérieures d'esclavage.

Aujourd'hui, depuis plus de 118 ans, il ne reste pas de gens de cette époque-là. Mais il existe encore beaucoup de personnes dont la situation est analogue à celles des esclaves, car elles exercent un travail dégradant qui leur impose une privation de liberté. Il s'agit d'ouvriers recrutés dans les régions les plus pauvres du pays, où le travail manque, et attirés par des promesses de revenus trop séduisants. Toutefois, ils sont écrasés par les dettes (frais de voyage, vêtements, alimentation, et même pour leurs outils de travail) et ne reçoivent aucun paiement. C'est ce qu'on a l'habitude d'appeler la « servitude par dettes ». Leurs documents retenus, ces ouvriers se trouvent dans un endroit géographiquement isolé et maintes fois ils ne savent même pas où ils sont. Des gardes armées les surveillent pour qu'ils ne fuient pas et, très souvent, ceux qui s'y risquent sont tués. Empêchés de retourner chez eux et déracinés de leurs foyers, ils perdent toutes leurs références.

La Pastorale de la Terre, de l'Église Catholique, estime à près de vint cinq mille le nombre de ces ouvriers, seulement au Nord du Brésil, surtout dans l'État du Pará. Parfois il arrive qu'ils soient trouvés aussi dans d'autres régions du pays. L'OIT a fait la même constatation.

La totale éradication du travail esclave, au Brésil, a toujours été très difficile. Parmi les obstacles, on doit prendre en compte des lois peu rigoureuses, des compétences judiciaires mal définies et la violence des exploiteurs du travail esclave contre les ouvriers, les agents publics (y compris les membres du Pouvoir Judiciaire) et les témoins. Récemment, dans une ville du Brésil Central, quatre agents de fiscalisation du Ministère du Travail chargés de la répression du travail esclave furent tués par des assassins loués par les propriétaires de terres qui profitaient de cette main-d'œuvre. L'un des principaux

soupçonnés d'avoir commandité le crime est le maire de la ville lui-même.

Dans les grandes cités, spécialement à São Paulo, le travail dans des conditions analogues à l'esclavage est pratiqué dans des usines par des immigrants illégaux, principalement boliviens.

Le droit régissant l'esclavage

a) Les codifications du droit portugais

Avant d'être érigé en un pays indépendant, en 1128, le Portugal appartenait aux royaumes de Léon et Castille et était assujetti à leurs lois (parmi d'autres, le «Fuero Jusgo» et la «Ley de las Siete Partidas»). Après l'indépendance, ces lois furent maintenues en vigueur, mais Dom João Ier, le Maître de l'Ordre Militaire d'Avis, qui a saisi le trône en s'appuyant sur l'épée de Nun'Alvares Pereira et sur la sagesse du Maître João das Regras, par l'œuvre des armes et des lettres, a rapidement senti qu'il fallait adopter des lois propres pour consolider le nouveau royaume. Ledit João das Regras, un savant juriste qui a étudié à Bologne, où on dit qu'il a ouï les leçons de Bartole, s'est attelé à cette tâche et a commencé l'élaboration d'un Code National Portugais. Cependant, la mort l'empêcha de finir son œuvre. Poursuivi par d'autres juristes, le travail fut achevé sous le règne de Dom Afonso V et publié en 1447. De même que dans d'autres pays d'Europe, le Code de Dom Afonso V, connu comme «Ordenações Afonsinas», a recueilli le droit romain qui est devenu le droit commun au Portugal, à coté des précis particuliers du droit local. Il a suivi les principes du droit romain et du droit canonique enseignés aux universités de Bologne et de Paris, où maints juristes portugais avaient fait leurs études.

En 1521, les Ordonnances de Dom Afonso V sont remplacées par les «Ordenações Manuelinas» du roi Dom Manuel Ier, qui ont conservé les mêmes principes.

En 1578, le roi Dom Sebastião disparut dans la bataille d'Alcácer Quibir et en 1580 son hoir le plus proche, le roi Philippe II d'Espagne, monta sur le trône du Portugal sous le nom de Philippe Ier. En 1604, sous le règne de son petit-fils Philippe III d'Espagne ou Philippe II du Portugal, est venue à la lumière la troisième codification, connue par «Ordenações Philippinas». Le Code Philippin a conservé la méthode et la systématisation des Ordonnances Manuelines et on a dit qu'*«en*

lui on trouve ce que le Droit Romain entendu selon la Glose a de meilleur»[13].

b) Le droit brésilien depuis l'indépendance du Brésil

Ces successives ordonnances, valides pour la Métropole Portugaise, étaient en vigueur aussi dans toutes ses colonies et, lorsque le Brésil est devenu indépendant, devant l'impossibilité évidente d'édicter tout à coup des lois nouvelles pour régler l'ensemble des relations de la vie sociale et économique du nouveau pays, la solution naturelle devant cette impasse fut de maintenir en vigueur l'ancienne législation de la Métropole portugaise, pendant qu'on s'attacherait à lui subsituer graduellement d'autres lois. En 1835 est promulgué le Code criminel de l'Empire et en 1850 le Code commercial. En matière civile, le régime des Ordonnances Philippines a survécu presque entièrement jusqu'à la survenance du Code civil de 1916, quand le Brésil était déjà une République.

c) Les règles sur l'esclavage

Il n'y avait pas dans la législation des rois du Portugal une doctrine systématisée de l'esclavage. On y trouve à peine des règles éparses sur des sujets variés. Par exemple, il y avait des dispositions sur la prohibition de l'affranchissement des Maures captifs contre le paiement en or, argent ou monnaie, si ces biens provenaient du propre royaume portugais; sur l'échange d'un Maure captif par un chrétien; sur la punition criminelle d'une femme esclave qui deviendrait la maîtresse d'un clerc. Pour le reste, au sujet de l'esclavage inclusivement, les Ordonnances modelaient leurs règles sur le droit romain et si, sur un point quelconque, aucune disposition n'était prévue, les textes du *Corpus Iuris Civilis* étaient applicables à titre supplétif.

Comme tous les autres colonisateurs européens, pour le régime de l'esclavage dans ses colonies, les Portugais ont profité, avec quelques adaptations, des règles de l'ancienne Rome, dont le système juridique complet et achevé a été éprouvé pendant de nombreux siècles[14].

---

[13] Coelho Sampaio, rapporté par Candido Mendes de Almeida, à l'introduction de la 14ème édition du Code Philippin, Rio de Janeiro, 1870

[14] Sir Moses Finley, cité par M. John W. CAIRNS, *Stoicism, slavery and law, op. cit.*, p. 197, écrit: "… the Europeans who peopled the New World with imported African

Lesdits ajustements étaient nécessaires à cause de la différence entre les esclaves des anciens Romains et les esclaves des Amériques. Selon Jhering, à Rome, la condition des esclaves n'était pas primitivement très néfaste. Les esclaves provenaient presque toujours des pays voisins vaincus à la guerre. Les seigneurs et les esclaves avaient généralement la même culture et maintes fois les esclaves avaient plus d'érudition. Chaque seigneur avait peu d'esclaves qui vivaient chez lui, jouissant de sa familiarité, de son respect et de sa confiance. En plus de cela, il y avait aussi des Romains faits esclaves dans la guerre, car le droit d'esclavage des vaincus était reconnu par le *ius gentium*[15]. Il y avait donc un intérêt général que les esclaves fussent bien traités à Rome, pour assurer la réciprocité de bon traitement aux citoyens romains esclaves d'autres peuples, et le *censor* veillait à réprimer les abus commis contre ceux qui étaient réduits en esclavage à Rome[16].

Tout autre était le sort des esclaves dans le Nouveau Monde, parce qu'il y avait entre les colonisateurs et leurs esclaves indiens ou africains un abîme racial et culturel insurmontable et qu'aucune base n'existait pour une réciprocité de traitement[17]. Cette différence de situations se réfléchissait dans l'application des règles du droit romain régissant l'esclavage dans toutes les Amériques.

d) Comment une personne devenait-elle esclave?

À Rome, un individu pouvait devenir esclave d'autrui *iure civile* (si par un contrat il aliénait sa liberté) ou *iure gentium* – quand il était un prisonnier de guerre ou naissait d'une mère esclave, selon la règle *partus sequitur ventrem*[18].

Au Brésil, les esclaves étaient des Indiens et des Nègres captifs ou leurs descendants par voie maternelle, parce que, comme à Rome, la

---

slaves had a ready-made legal system at their disposal, which they adopted almost *in toto,* modifying it slowly to meet certain conditions, for example, in the eventual restriction of manumission to a minimum."

[15] Macrob. *Sat.* 1.11: *tam tu illum videre liberum potes, quam ille te servum*, cité par JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tr. O. De Meulenaere, Bologna, 1969, note 248[a], p. 175.

[16] JHERING, *loc. cit.*; Max KASER, *Römisches Privatrecht*, Munich, 1972[7], p. 67.

[17] JHERING, *op. cit,* ps. 166 et svs.

[18] Gaius I, 82: *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur*.

mère esclave transmettait son *status* à ses enfants. On n'a pas connaissance de quelqu'un qui se serait réduit lui même en esclavage de sa propre volonté.

e) Le *favor libertatis*

Pour jeter un rapide regard sur le rôle subsidiaire joué par le Droit Romain sur le régime de l'esclavage au Portugal et au Brésil, on peut commencer par le *favor libertatis*. Justinien se vantait d'en être le promoteur[19]. En effet, sa compilation présente un remarquable faisceau de dispositions pour soutenir la faveur de la liberté. Parmi d'autres, on rencontre les suivantes: la liberté n'a pas de prix, car sa valeur est inestimable[20]; rien n'est plus digne de faveur que la liberté[21]; à cause de la faveur de la liberté beaucoup de choses contraires à la rigueur du droit sont établies[22]; la faveur de la liberté exprime très souvent une idée plus bénigne[23]; si l'interprétation de la loi est douteuse, la décision doit favoriser la liberté[24]; si une déclaration de volonté est obscure, il faut l'interpréter en faveur de la liberté[25]; en cas de dissentiment entre les juges, on doit considérer le jugement favorable à la liberté et, de même, si le nombre des témoins est pareil et qu'ils portent des témoignages divergents[26]; la faveur de la liberté exige un jugement non pas par des arbitres mais par des

---

[19] *Nov*. XXII, 8: *Non enim liberam conditionem in servilem statum mutamus, qui, ut eorum , qui antea servi fuerunt, manumisssores essemus, operam dedimus*.

[20] Ulp., *De statuliberis*, l. 9, §2, *Dig*. XL,7: *Libertas pecunia lui non potest, nec reparari (emi) potest*; Paulus, *De diversis regulis iuris antiqui*, l.106, *Dig*. L, 17: *Libertas inæstimabilis res est*; Paulus, *eodem*, l. 176, §1: *Infinita æstimatio est libertatis et necessitudi*s.

[21] Gaius, *De diversis regulis iuris antiqui*, l. 122, *Dig*. L, 17: *Libertas omnibus rebus favorabilior est*.

[22] Ulp., l. 24, §10, *De fideicomissariis libertatibus*, *Dig*. XL, 5: *Nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta*.

[23] Mæcianus, l. 32, §5, *Ad legem Falcidiam*, *Dig*. XXXV, 2: *Favor libertatis sæpe et alias benigniores sententias exprimit*.

[24] Pomp., l. 20, *De diversis regulis iuris antiqui*, *Dig*. L, 17: *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum est*.

[25] Paulus, l. 179, *De diversis regulis iuris antiqui*, *Dig*. L, 17: *In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*.

[26] Hermogenianus, l. 24, *De manumissionibus*, *Dig*. XL, 1: [*pr*] *Lege Iunia Petronia, si dissonantes pares iudicum exsistant sententiæ, pro libertate pronuntiari iussum est*. [1] *Sed et si testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse, sæpe constitutum est*.

juges d'un rang supérieur[27]; la sentence favorable à la liberté ne peut être rétractée[28]; la liberté a la préférence vis-à-vis d'un avantage pécuniaire[29].

Le droit luso-brésilien a accueilli également les principes du *favor libertatis*. Les Ordonnances Philippines considéraient, selon *Ulpianus, l. 24, §10, De fideicomissariis libertatibus, Dig*. XL, 5, qu'en faveur de la liberté beaucoup de choses sont octroyées contre les règles générales[30]. Pour l'ancienne doctrine, les causes de liberté doivent être réputées des causes pieuses et donc méritant toute la faveur. Toutefois, une décision de la Cour Suprême du Brésil du 9 juillet 1832 déclara que la faveur de la liberté ne peut pas nuire au droit de propriété sur l'esclave[31]. L'arrêté du 10 mars 1682 a réduit le délai de prescription de l'esclavage à cinq ans. Il a aussi disposé sur la protection judiciaire des esclaves selon le principe de la faveur de la liberté. Dans les causes de liberté la défense des esclaves devait être favorisée et la révision des sentences défavorables aux esclaves était obligatoire. Pour des raisons humanitaires, quelques confréries d'esclaves avaient le privilège de l'achat de leurs confrères au juste prix, pour les mettre en liberté.

f) Le défaut de droits pour les esclaves

Cependant, comme *servile caput*[32], l'esclave n'avait aucun droit. Le esclaves ne pouvaient pas occuper d'offices publics et le droit canonique leur interdisait l'exercise des ministères ecclésiastiques.

À Rome, les esclaves n'avaient pas le *ius familiæ*. Ils ne pouvaient pas se marier par le moyen du *conubium,* car cette forme de mariage était réservée aux gens libres. Le *contubernium,* c'est-à-dire la liaison *more uxorio* entre un homme et une femme, si l'un d'eux était d'état

---

[27] Paulus, l. 32 §7, *De receptis qui arbitrium receperunt.., Dig*. IV, 8: *De liberali causa compromisso facto, recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat.*

[28] Ulp. L.24, *De dolo malo*, Dig. IV, 3: *Semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet.*

[29] Just., *Inst*. III, *De eo, cui libertatis causa bona addicuntur*, 11[12]: *Commodo pecuniario præferendam libertatis causam.*

[30] *Ord. Phil.*, L. IV, t. 11, § 3.

[31] Candido MENDES DE ALMEIDA, *Codigo Philippino,* 14ème ed., Rio de Janeiro, 1870.

[32] Paulus, l. 3, § 1, *De cap. minut., Dig*. IV, 5: *Servile caput nullum ius habet.*

servile, n'était qu'un simple fait sans valeur juridique[33], quoique plus tard on ait reconnu aux esclaves quelques droits familiaux. Il en était de même dans le droit luso-brésilien, où le droit profane ne reconnaissait pas aux esclaves des rapports juridiques de parenté. Toutefois l'Église légitimait leurs mariages quoique à contrecœur de leurs seigneurs[34].

g) L'esclave devant la loi pénale

De même qu'à Rome, dans le droit luso-brésilien, l'esclave était une chose *(res)* devant les lois civiles, mais, face à la loi pénale, il était une personne *(persona)*. On suivait la tradition romaine d'une plus grande sévérité contre les esclaves[35]. Outre les peines de mort excessives et impitoyablement exécutées, comme la *mort naturelle par la pendaison pour toujours*[36], les esclaves souffraient des châtiments inhumains comme le fouet, les marques au fer rouge et les mutilations corporelles[37]. Il arrivait de même dans la procédure pénale que le soupçon le plus léger fût un motif de torture de l'esclave pour lui faire avouer un crime que très souvent il n'avait pas commis.

D'un autre côté, les seigneurs avaient l'interdiction de tuer leurs esclaves ou de les punir abusivement[38]. À cause des sévices, l'esclave pouvait plaider et son seigneur était obligé de le vendre *bonis conditionibus*, comme dans le droit romain[39].

À l'image de l'*actio noxalis* des Romains[40], pour la réparation du dommage causé par la faute de l'esclave, la victime avait une action

---

[33] Max KASER, *op. cit.*, p. 67.

[34] *Decr. de coniugio servorum*, cap. 1, l. 4: *... nec servis matrimonia debent nullatenus prohiberi: et si contradicentibus dominis et invitis contracta fuerint, nulla ratione sunt propter hoc dissolvenda* (*apud* Agostinho M. Perdigão MALHEIRO, *op. cit.*, p. 57).

[35] Macer. l. 10, *De pœnis*, *Dig*. XVIII, 19: *Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos punierunt*.

[36] Voir p. ex. l'*Ord. Phil.*, l. V, t. XLI. Curieusement, la peine prévue dans cette ordonnance était la *mort naturelle par la pendaison pour toujours*. L'explication de cette expression est que le condamné restait pendu au gibet jusqu'à la complète décomposition de son corps et seulement le jour des morts ses restes pouvaient être inhumés.

[37] Les châtiments cruels furent abolis par la Constitution Impériale du Brésil.

[38] *Codex*, IX, 14, *De emend. servor.*: *Nec vero immoderate suo iure utatur; se tunc reus homicidii sit*.

[39] *Inst. Just. De his qui sui vel alien. iur.*, I, 8, §2.

[40] *Dig. De noxal. action*. IX, 4.

civile envers le seigneur. Celui-ci pouvait toutefois donner l'esclave pour qu'il soit vendu, à fin d'obtenir le prix nécessaire à la réparation due à l'offensé[41].

h) Impossibilité des esclaves d'acquérir des droits ou d'engager des obligations

Dans le droit luso-brésilien, on suivait le principe général du droit romain qui ne permettait à l'esclave ni d'acquérir un droit ni de s'engager pour une obligation[42]. Toutefois, tandis que dans le droit romain les droits réels, les créances, les hérédités, les legs et tout ce que l'esclave acquérait n'était pas à lui mais à son seigneur, dans le droit luso-brésilien, cette règle n'avait pas exactement la même portée. Par exemple, les hérédités ou les legs laissés aux esclaves ne tombaient pas dans le patrimoine des seigneurs. Une disposition testamentaire de cette teneur était considérée comme non-écrite et donc sans aucune valeur.

i) Les pécules

Aucune loi ne garantissait à l'esclave un *peculium,* comme à Rome, et la tolérance des seigneurs à ce sujet était un simple fait.

Cependant, au Brésil, le Décret Impérial n°3285 du 13 juin 1864 permettait qu'avec la permission des seigneurs les esclaves participasssent à l'assurance mutuelle des vies de la Cour Impériale.

Pour quelques esclaves de la Nation, il y avait des dispositions sur l'arbitrage des salaires pour la constitution d'un pécule destiné aux émancipations de ceux qui en étaient dignes[43].

j) Les esclaves comme objet de droit

Comme à Rome, dans le droit du Portugal valide aussi pour le Brésil, l'esclave, du point de vue patrimonial, était une *res,* une chose, qui pouvait être vendue, échangée, donnée ou léguée. En somme, il pouvait faire l'objet de toute espèce de contrat ou d'autres formes de transmission de la propriété.

---

[41] *Ord. Phil.*, L. V, t. 86, § 5; *Ord. Manuel.*, L. V, t. 83, pr.

[42] Ulp., l. 41, *De peculio*, Dig. XV, 1: *Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi.*

[43] Inst. et Av. du 13 juin 1865, Inst. du 30 juin 1865, *apud* Agostinho Perdigão MALHEIRO, *op. cit.*

Au Brésil, une loi du 24 septembre 1864 a réduit l'hypothèque de l'esclave aux cas où il appartenait à un établissement agricole, mais les gages, prohibés par le Code commercial de 1850, furent rétablis dans leur entièreté par des lois postérieures.

L'*actio redhibitoria* et l'*actio æstimatoria* du droit romain servaient au droit luso-brésilien dans les cas où les esclaves vendus avaient des vices cachés du corps ou de l'âme. Si l'esclave avait une tendance à la fuite ou au suicide ou s'il avait commis un crime puni par la mort ou encore s'il n'avait pas les habiletés ouvrières ou artistiques affirmées par le vendeur, l'acheteur pouvait rompre le contrat et livrer l'esclave à l'ancien seigneur contre la restitution du prix ou demander sa diminution[44].

Aux contrats de vente des esclaves on ajoutait parfois des clauses spéciales, connues du droit romain, comme la clause de réserve du domaine[45], reconnue par une sentence de la Cour nommée «Relação da Bahia», au Brésil, que la Cour nommée «Casa da Suplicação», de Lisbonne, a confirmée, le 15 Décembre 1740. Toutefois, au Brésil, au XIXème siècle, on considérait immorale et contraire aux coutumes et aux institutions politiques la clause prohibant l'affranchissement de l'esclave[46], admise par le droit romain[47].

k) La fin de l'esclavage

L'esclavage finissait: a) par la mort naturelle de l'esclave; b) par la manumission; c) par disposition de la loi.

La mort naturelle

Mors omnia solvit. La mort naturelle de l'esclave détruisait l'objet même de la relation juridique d'esclavage et par la loi inexorable de la nature le faisait arriver à son terme. Par cela, s'il avait été possible à l'esclave de ressusciter, il eût été libre.

En ce temps-là il y avait aussi la mort civile, de quoi résultait la perte de tous les droits de la personne, mais "... *quia servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest*"[48], elle ne pouvait renverser aucun droit de l'esclave. Donc, il était évident que, si la

[44] *Ord. Phil.*, l. IV, t. 17.
[45] Paul, l. 20, 22, *Locati Conducti*, *Dig*. XIX, 2; Iavolenus, l. 21, *Dig*. XIX, 21.
[46] Candido MENDES DE ALMEIDA, coment. au l. IV, t. 4, des *Ord. Philip,* Rio de Janeiro, 1870, pag. 781.
[47] Ulp., l. 9 § 1, *De Manumissis Testamento*, Dig. XL, 1.
[48] Paul, l. 3 § 1, *De Capite Minutis*, *Dig*. IV, 5.

mort civile ne pouvait pas frapper l'esclave, elle ne pouvait pas non plus l'affranchir.

La manumission

Comme la manumission était l'affranchissement volontaire de l'esclave, en règle générale elle était soumise au principe de l'autonomie de la volonté du seigneur. Lui seul pouvait l'affranchir, mais des dispositions de tiers – contractuelles ou testamentaires – pouvaient l'obliger à l'affranchissement. Dans cette matière le droit luso-brésilien ne diffère pas du romain.

L'extinction par la loi

De même que, quand l'esclavage était légalement reconnu, il était une institution soutenue par la loi, de même il était naturel que la loi puisse l'éteindre. Comme le droit romain, le droit luso-brésilien a eu également quelques lois determinant l'octroi forcé de la liberté à des esclaves. Sur ce sujet méritent mention, au Brésil, les Lois du Ventre Libre, des Sexagénaires et la Loi d'Or déjà citées.

Les dommages subis par les anciens seigneurs à cause de ces lois étaient-ils indemnisables? Au Brésil, au début de la République, prétextant d'effacer la mémoire honteuse de l'esclavage, Ruy Barbosa, juriste et homme public renommé, a ordonné, comme ministre de la justice, la destruction de tous les documents publics qui en témoignaient. Toutefois, son vrai but était de détruire des preuves pour empêcher d'éventuelles demandes judiciaires d'indemnisation contre l'État, car une loi de cette teneur produit le même effet qu'une expropriation.

La Loi de la Bonne Raison

Pour terminer, il convient de rappeler la loi portugaise connue sous le nom de *Loi de la Bonne Raison*, promulguée sous le règne de Dom José I, le 18 août 1769. Cette loi soutenait que les Romains étaient des païens, dont les principes moraux et civils ont été très souvent bouleversés et corrompus, qu'ils avaient peu de notions de droit naturel et que celles-ci n'étaient que des notions très générales, qu'ils ne savaient rien du droit divin et qu'ils n'avaient pas la moindre connaissance du commerce, de la navigation, de l'arithmétique politique et de l'économie. Donc, elle préconisait de restreindre l'usage des précis du droit romain dans les plaidoyers des avocats et dans les raisonnements des magistrats à la mesure de la *Bonne Raison*. La loi concevait comme *Bonne Raison* les principes primitifs qui

contiennent les vérités essentielles intrinsèques et inaltérables que l'éthique des Romains eux-mêmes a établies et que les droits divin et naturel ont formalisées pour servir de règles morales et civiles dans le Christianisme. La *Bonne Raison* pouvait aussi être fondée sur les règles que le consentement unanime a établies comme droit des peuples pour diriger et gouverner toutes les nations civilisées, ou sur les lois politiques, économiques, commerciales et maritimes promulguées par les nations chrétiennes éclairées et polies. Cette loi interdisait aussi d'alléguer les opinions de Bartole et d'Accurse, qu'elle considérait dépourvus de connaissances de l'histoire romaine, de la philologie, de la latinité et des règles fondamentales des droits naturel et divin qui doivent régler l'esprit des lois.

Devant l'ampleur des termes de cette loi on doit croire qu'elle aurait limité inclusivement l'application du droit romain en matière d'esclavage.