

## ESCLAVAGE, CITOYENNETÉ ET ÉLABORATION DU CODE CIVIL AU BRÉSIL (1855–1917)

Keila GRINBERG\*

En 2003, le nouveau code civil brésilien est entré en vigueur après avoir été soumis à la discussion du Congrès National pendant plus de vingt-cinq ans. D'après l'Ordre des avocats du Brésil, il serait « né déjà vieux », car en contradiction avec plusieurs dispositions de la Constitution de 1988, particulièrement en ce qui concerne le droit de la famille et celui du consommateur.

Ce que beaucoup ne savent pas, c'est que pareil délai est récurrent dans l'histoire de l'élaboration des codes civils brésiliens. Selon l'opinion des hommes politiques, des juristes et des avocats du début du XX<sup>e</sup> siècle, le code civil antérieur, entré en vigueur en janvier 1916, était lui aussi né dépassé. Quant au Projet de code civil élaboré pendant l'Empire par Clóvis Beviláqua<sup>1</sup>, il a été lui aussi discuté au Congrès pendant seize ans. En fait, si l'on prend en compte la première demande officiellement formulée par le gouvernement impérial à un juriste pour systématiser le droit civil alors en vigueur, les débats ont duré soixante et un ans, quatre-vingt quatre ans si l'on recule jusqu'à la promesse faite par le Roi en 1823, juste après l'Indépendance, de faire élaborer dans les plus brefs délais le code civil dont le nouveau pays avait absolument besoin.

En réalité, en dehors du Brésil, aucun code n'a été rédigé en quelques jours. Le code de la Prusse a été promulgué au terme de quarante-huit années de débats et de travaux, et celui de l'Autriche au bout de cinquante-huit ans. Le seul code qui ait été rapidement élaboré est le code civil français — le Code Napoléon — qui a été écrit en quatre mois et a été approuvé par le pouvoir législatif en un peu plus d'un an.

---

\* Département d'histoire de l'université UNIRIO, Rio de Janeiro, Brésil et Institut des humanités de l'UCAM (Centre d'études afro-asiatiques).

<sup>1</sup> On trouve couramment deux orthographes pour le nom de ce jurisconsulte brésilien : Beviláqua ou Bevilácqua. Nous adoptons la première, la plus souvent employée aujourd'hui.

Pour le Brésil, le problème est moins de savoir pourquoi l'élaboration et l'approbation du code civil ont nécessité tant d'années que de comprendre pourquoi il est né si longtemps après ceux des autres pays du continent. La Bolivie, le Pérou, le Chili, l'Équateur, le Venezuela, l'Uruguay et l'Argentine ont tous codifié leur droit civil avant le Brésil. Présentée ainsi, la question pourrait paraître perdre toute pertinence. En effet, qu'importe de savoir que le Brésil a été un des derniers pays des Amériques à rédiger un code civil ? Pourtant, on ne peut oublier que, dès la proclamation de l'indépendance, l'élaboration du code civil a été considérée par les juristes et les politiques comme une étape fondamentale de la modernisation libérale brésilienne. Sans code civil, il était impossible de régler les relations de travail, les héritages, les donations, etc. C'est dire que, sans l'organisation du droit civil, il était impossible de mettre de l'ordre dans les relations entre citoyens ou de trouver des solutions aux conflits juridiques qui pouvaient en naître dans ce pays moderne que le Brésil du XIX<sup>e</sup> siècle prétendait être.

Rappelons toutefois qu'un code civil n'a de sens que s'il prend en compte tous les habitants d'un pays ou, plus exactement, tous ceux qui sont considérés comme aptes à y remplir leurs obligations et qui disposent dans ce pays de leurs droits civils : acheter, vendre, travailler, se marier, faire un testament, hériter, comparaître devant le juge pour porter plainte, pour se défendre ou pour témoigner, etc. Tous ceux qui en sont formellement capables, sont considérés comme détenteurs de droits civils, c'est-à-dire, comme citoyens. La finalité d'un code civil est donc de prendre en compte les relations juridiques de droit privé existant entre les citoyens. Les personnes qui, pour diverses raisons, sont considérées comme incapables de ces actions et ne disposent pas de droits civils ne peuvent relever du code civil.

Dans le Brésil du XIX<sup>e</sup> siècle, la situation n'était pas si simple. Certaines personnes qui détenaient des contrats d'achat ou de vente, des baux de location ou encore des contrats de travail, pouvaient par ailleurs ne pas être considérées comme pleinement capables devant la loi civile : elles avaient des obligations mais ne disposaient pas des droits correspondants. Les enfants ou adolescents qui n'avaient pas atteint la majorité pouvaient travailler, mais n'avaient pas le droit de se défendre devant le juge. Les femmes mariées pouvaient gérer leurs fortunes, mais ne disposaient pas du libre droit de faire leur testament. Protestants et juifs ne pouvaient faire reconnaître leur mariage puisqu'ils ne se mariaient pas devant l'Église catholique. Les esclaves urbains travaillaient hors de la maison de leur maître et partageaient leurs gains avec eux sans pouvoir changer de statut. L'élaboration d'un code civil suppose donc que soit répondue à la question : « Quelle partie de la population est-elle concernée par ce code ? » ou encore :

« Qui sont les citoyens ? » Qui étaient donc les citoyens brésiliens de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle ?

Pour comprendre les difficultés rencontrées à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle par ceux qui s'étaient attelés à l'écriture d'un projet de codification du droit civil au Brésil, il faut revenir aux difficultés qui ont entravé les tentatives de définition du concept de citoyenneté. Ces difficultés étaient communes à tous les pays qui souhaitaient construire un état libéral fondé sur la tradition juridique romano-canonique comme la France, l'Autriche, l'Allemagne, le Portugal ou l'Espagne. Ces difficultés étaient également caractéristiques des pays américains qui, à cette époque, n'en avaient pas encore fini avec l'esclavage, même s'ils prévoyaient de l'abandonner rapidement.

#### CENT ANS DE PROJETS

La première mention relative à l'élaboration d'un code civil au Brésil, nous l'avons vu, date de 1823, tout juste après l'indépendance du pays, lorsqu'il a été décrété que le droit civil portugais et, plus particulièrement, les Ordonnances promulguées par Philippe I du Portugal — en portugais les *Ordenações Filipinas* — resteraient provisoirement en vigueur jusqu'à l'élaboration d'un nouveau code<sup>1</sup>.

À partir de cette date, nombreux sont ceux qui ont fait entendre leur voix pour rappeler ses promesses au gouvernement et exiger qu'il mette de l'ordre dans le droit civil existant et le rénove. Une des prises de position les plus véhémentes a été celle de Francisco Ignácio de Cavalho Moreira, président de l'Institut des avocats brésiliens qui, lors d'un discours commémorant la première année d'activité de cette institution, a mis l'accent sur « le contexte indigeste et ténébreux de nos lois civiles » et l'obligation que le gouvernement avait d'entamer sans tarder leur réforme<sup>2</sup>. Peu après, Eusébio

---

<sup>1</sup> Le Brésil, ancienne colonie du Portugal, a acquis son indépendance en 1822. À l'inverse d'autres pays d'Amérique du Sud, il a adopté un statut d'empire et l'a conservé jusqu'en 1889 où la République a été proclamée. La loi du 20 octobre 1823 décrète que « les ordonnances, les règlements, les autorisations, les décrets et les résolutions promulguées par les rois du Portugal doivent provisoirement rester en vigueur jusqu'à ce qu'un nouveau code soit organisé ». Le code criminel a été effectivement promulgué aux débuts de la décennie 1830, mais le code civil est resté à l'état d'intention tout au long de la période impériale.

<sup>2</sup> Francisco Ignácio de Carvalho Moreira, « Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil, memória lida em sessão do instituto a 7 de setembro de 1845 », *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, anos I e II, 1862 e 1863, édition *fac simile*, numéro spécial, XI, 1977.

de Queiroz<sup>1</sup> suggère d'adopter comme code civil le *Digesto Português* de Correia Telles, déjà utilisé au Brésil dans la pratique judiciaire quotidienne<sup>2</sup>. Constatant que personne ne le suit dans cette direction, il tente de convaincre Nabuco de Araújo<sup>3</sup>, conseiller juridique et politique, de rédiger un projet de code civil. Et, effectivement, en 1855, alors que ce dernier est devenu ministre de la Justice, il fait désigner Augusto Teixeira de Freitas pour élaborer une compilation de la législation civile qui sera appelée Consolidation des Lois Civiles (*Consolidação das Leis Civis*). Avocat de renom, prétendant au poste de jurisconsulte, juge de première instance, membre fondateur de l'Institut des avocats brésiliens et avocat au Conseil d'État, Freitas semblait être la personne la plus indiquée pour venir à bout de cette tâche<sup>4</sup>.

En 1859, une fois la compilation achevée, Teixeira de Freitas est à nouveau appelé pour, cette fois, écrire un code civil au sens plein du terme. Après avoir rédigé une ébauche, il se retire. Les raisons qui l'ont incité à prendre une telle décision restent jusqu'à aujourd'hui sujettes à polémiques<sup>5</sup>. De 1867, année de résiliation de son contrat, à 1872, le projet reste paralysé. C'est alors que Nabuco de Araújo, en personne, décide d'écrire le code, se proposant de mener la tâche à son terme en cinq années. Certains affirment qu'il a laissé dans cette aventure sa santé et sa vie. Lorsqu'il meurt, en 1878, il abandonne derrière lui une dizaine de volumes de notes mais aucun texte<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Eusébio de Queiroz (1812–1868) a été juge, chef de police, conseiller, député à l'Assemblée provinciale de Rio de Janeiro, député à l'Assemblée générale, ministre de la Justice (1849–1852), sénateur et conseiller de l'État.

<sup>2</sup> Nous suivons ici Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, vol. 2, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, 5<sup>e</sup> édition, p. 1051–1074.

<sup>3</sup> José Thomaz Nabuco de Araújo (1813–1878), jurisconsulte, a été procureur et juge à Recife, représentant du Pernambuco à l'Assemblée générale, sénateur, président de la province de São Paulo, plusieurs fois ministre de la Justice et conseiller d'État.

<sup>4</sup> Membre fondateur de l'Institut des avocats brésiliens (IAB), avocat au Conseil d'État, Teixeira de Freitas est auteur de plusieurs livres sur le droit civil et commercial comme *Aditamentos ao código de comércio e Formulário dos contratos e testamentos*.

<sup>5</sup> Voir, à ce sujet, Eduardo Spiller Pena, *Pajens da Casa Imperial, juriscultos, escravidão e a lei de 1871*, Campinas, SP, Unicamp, 2001.

<sup>6</sup> Au sujet de l'interprétation de la mort de Nabuco de Araújo, voir par exemple A. Coelho Rodrigues, *Projeto do código civil precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores*, Rio de Janeiro, Typographie Jornal do Commercio, 1897, p. II.

Trois ans plus tard, le juriste Felício dos Santos présente au gouvernement un livre intitulé *Apontamentos* dans lequel il fait des propositions pour la rédaction du code. La commission réunie pour évaluer le texte ayant donné un avis négatif, ses membres sont invités à rédiger un nouveau projet. Le groupe, au sein duquel siègent le jurisconsulte Lafayette Rodrigues Pereira et Felício dos Santos lui-même, ne parvient pas à se réunir. En 1883, il est finalement dissout. Une dernière tentative voit le jour sous l'Empire. Une nouvelle commission est réunie en 1889. Elle est composée, entre autres, d'Afonso Pena, Candido de Oliveira et de l'Empereur lui-même. Elle disparaît avec le régime la même année. Même si quelques propositions sont faites à titre individuel dans les premiers moments de la République, il faut attendre dix ans pour que Clóvis Beviláqua entame, en 1899, la rédaction du code définitif<sup>1</sup>.

Avant que le texte puisse être présenté au Congrès, dix-sept années s'écoulent encore, rythmées par les polémiques entretenues par Rui Barbosa qui soutient que la précipitation avec laquelle le travail est mené « [va] forcément produire une œuvre grossière, indigeste et boiteuse », et que le fait d'avoir choisi Beviláqua a été en réalité « un cri du cœur, non de la tête »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Afonso Pena (1847–1909), député à l'assemblée provinciale de Minas Gerais, ministre de la Guerre (1882), de l'Agriculture (1883) et de la Justice (1885) a été, après la proclamation de la République, sénateur, président de l'État de Minas Gerais ; de 1906 jusqu'à sa mort, il a été élu président de la République. Cândido de Oliveira (1845–1919), député à l'assemblée générale, sénateur, a été ministre de la Guerre (1884–1885) et de la Justice. Clóvis Beviláqua (1859–1944) a été un des principaux jurisconsultes brésiliens, spécialiste en droit civil et auteur de nombreux livres ainsi que du premier code civil du Brésil.

<sup>2</sup> Les déclarations de Rui Barbosa ont été publiées sous forme d'articles dans la presse, respectivement les 14 et 15 mars 1899. Rui Barbosa (1849–1923) a été jurisconsulte, écrivain, journaliste et homme politique ; auteur de plusieurs livres, il a été député à l'assemblée provinciale de Bahia, et député à l'Assemblée générale ; il a participé aux campagnes en faveur de l'abolition de l'esclavage et de la proclamation de la République. Membre du premier gouvernement de la République (dont il occupe la deuxième place), ministre de l'Économie et rapporteur de la commission d'élaboration de la constitution de 1891, il a été plusieurs fois candidat au poste de président de la République, sans jamais l'occuper. Le choix de Beviláqua pour rédiger le code a surpris beaucoup de gens, car il existait, à l'époque, d'autres juristes plus expérimentés et bénéficiant d'une reconnaissance plus importante ; on peut citer, par exemple, Lafayette Rodrigues Pereira, membre de la dernière commission impériale, Coelho Rodrigues, auteur d'un projet rejeté dans les années 1890 et Rui Barbosa lui-même. Certains affirment d'ailleurs que la virulence de Rui Barbosa à l'égard de Beviláqua était due au fait qu'il n'avait pas été choisi plutôt qu'à l'existence de divergences juridiques réelles. Voir Silvio Meira, *O Código Civil de 1917: O projeto de Beviláqua*, Separata Revue Studi in Onore de Cesare Sanfilippo, Giuffrè Editores,

Approuvé par la Chambre des Députés en 1901, le texte n'est pas immédiatement présenté au Sénat à cause des critiques de Rui Barbosa et des commentaires négatifs de la commission chargée de l'examiner. Dix années s'écoulaient encore avant que le texte soit définitivement approuvé. La situation en était arrivée à un tel point qu'on décida que tant que le Sénat ne prendrait pas position le projet serait provisoirement appliqué<sup>1</sup>. En 1912, le projet est étudié une dernière fois par la Chambre des Députés. Les débats se poursuivent jusqu'à son approbation finale, en 1915. Il est enfin publié le 1er janvier 1916<sup>2</sup>.

Les historiens qui ont travaillé sur cette question mettent en avant deux raisons pour expliquer ces atermoiements : la pérennisation de l'esclavage et celle du régime monarchique<sup>3</sup>. Si l'on se rappelle que les monarchies européennes ont élaboré leurs codes civils sans remettre en cause leur système politique, la première cause devient plus vraisemblable que la seconde. Pour beaucoup de chercheurs, les rédacteurs des codes du XIX<sup>e</sup> siècle n'auraient de toute façon pas réussi à concilier un code que l'on voulait libéral et dans lequel les droits de citoyenneté devaient être concédés à tous les habitants du territoire, avec un système esclavagiste juridiquement fondé sur la distinction entre les personnes — les hommes libres — et les choses — les hommes esclaves. En effet, comment fonder en droit les relations privées entre habitants d'un pays si une bonne partie de ces derniers ne sont pas considérée comme des personnes ?

En théorie, l'esclave ne pouvait être inscrit dans les liens juridiques que réglait le code civil. Un esclave était un esclave, propriété de quelqu'un, obligé de travailler pour son maître sans rien recevoir en échange sinon un toit, de la nourriture et, s'il s'agissait d'un maître de bonne volonté, du linge

---

1982 ; Vamireh Chacon, *Da Escola do Recife ao código civil*, Rio de Janeiro, Simões, 1969, p. 74.

<sup>1</sup> Voir Clóvis Beviláqua, "Preliminares", *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição Histórica*, Rio de Janeiro, 1976, 2 vol.

<sup>2</sup> Le Sénat brésilien a récemment publié un CD-Rom rassemblant les principaux textes (en édition *fac simile*) concernant le code civil brésilien : *Esboço* de 1860, Code de 1916 accompagné des différents projets le préparant et de leurs discussions, code de 2002 accompagné des différents projets et de leurs discussions. Cf. Senado Federal, Subsecretaria de Informações, PRODASEN, *Códigos civis do Brasil: do Império à República. Uma Retrospectiva Histórica*, Recife, Companhia Editora de Pernambuco, 2002 (Compact Disc Data Storage).

<sup>3</sup> Paulo Mercadante, *A Consciência conservadora no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Saga, 1965 ; Pedro Dutra, *Literatura jurídica no Império*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1992 ; Eduardo Spiller Pena, *op. cit.*

propre. Un esclave n'achetait pas, ne vendait pas, ne louait pas, n'héritait pas et ne faisait pas de testament, tout simplement parce qu'il ne pouvait pas avoir d'argent, ni aucune autre forme de biens propres. L'esclave était une propriété. En ce sens, si les esclaves figuraient dans le code civil ce ne pouvait être que dans la partie concernant les biens, en qualité de choses et non de personnes.

Pourtant, le régime de travail asservi et le code civil ne pouvaient pas être considérés comme totalement incompatibles par nature. Dans l'état nord-américain de la Louisiane qui, du fait de la période de domination française et espagnole, avait élaboré ses lois dans le cadre de la tradition juridique romaine, le code civil non seulement avait été rédigé mais, de plus, traitait des dispositions relatives aux relations entre esclaves et maîtres et réglementait les possibilités d'affranchissement. Le code civil de cet état, promulgué en 1825, contenait au moins trois articles évoquant l'esclavage : l'article 177 décrétait que l'esclave ne pouvait tenter aucune action civile, à l'exception de sa demande de liberté ; l'article 189 traitait du fait qu'une libération ne pouvait, sous aucun motif, être déclarée nulle ; l'article 461 considérait les esclaves, biens meubles par nature, comme des biens immobiliers<sup>1</sup>.

L'exemple de la Louisiane est certes exceptionnel : les autres pays des Amériques ont vu leur droit codifié après la disparition du régime du travail esclave. Il montre toutefois qu'il n'était pas impossible de concilier l'esclavage avec la réglementation du droit privé. Quel était donc le problème au Brésil ? Pourquoi des juristes comme Teixeira de Freitas considéraient-ils leur mission comme pratiquement impossible ? Cette question doit être examinée avec précaution. Lorsqu'il reçut le rapport de la commission chargée d'examiner la Consolidation des Lois Civiles, Teixeira de Freitas a bien été confronté à la question de l'esclavage. La commission — formée de José Thomaz Nabuco de Araújo, Caetano Alberto Soares et Paulino Soares de Souza, le Vicomte d'Uruguay — attirait l'attention sur la nécessité de revoir quelques points du livre mais soulignait principalement l'absence de toute mention de l'esclavage. Il mettait aussi l'accent sur le fait que les captifs étaient exclus de la définition des « personnes » :

« On peut noter l'omission [...] des dispositions afférentes à l'esclavage. Compte tenu du fait qu'elles devaient constituer, pour des motifs politiques et d'ordre public, une loi spéciale, il était néanmoins nécessaire de reconnaître l'état défectueux de la législation à ce sujet [...]. Dans le titre premier — celui des

---

<sup>1</sup> Judith Schafer, *Slavery, the Civil Law and the Supreme Court of Louisiana*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1994, p. 19–25 et p. 220–237.

personnes — l’auteur prend en compte les actes de naissance et de mort, établit des différences entre les personnes exclusivement en considération de l’âge, des relations familiales, de l’aliénation et de l’absence [...] et exclut de ce titre la condition d’esclave »<sup>1</sup>.

Teixeira de Freitas s’attendait probablement à un commentaire de ce genre. Dans son introduction des *Consolidações*, il indique qu’il a délibérément choisi de ne pas inclure les esclaves dans son projet pour ne pas « l’entacher de ce mal qui afflige encore la société brésilienne » :

« Il est de mon devoir de prévenir qu’à aucun moment nous ne mentionnons les esclaves dans ce texte. En réalité, l’esclavage existe parmi nous. Si ce mal est une exception que nous regrettons, et s’il est condamné à être anéanti dans un délai plus ou moins long, nous en faisons également une exception dans un chapitre annexe de la réforme de nos Lois Civiles. Nous ne les entachons pas de dispositions honteuses qui ne peuvent être utilisées pour la postérité : cela permet que le statut de liberté existe sans son corrélatif odieux. Les lois concernant l’esclavage (il y en a peu) seront classées à part et formeront notre code noir »<sup>2</sup>.

Pour Teixeira de Freitas, un code noir — en réalité jamais mis en chantier — paraissait la meilleure option pour régler juridiquement le problème de l’esclavage dans le Brésil du XX<sup>e</sup> siècle. L’esclavage était à ses yeux un régime transitoire tandis que le code civil devait être, conformément à l’esprit de l’époque, un texte pour l’éternité. Inclure des dispositions relatives à l’esclavage dans ce code, signifiait que ce régime serait considéré comme l’un des fondements de l’organisation sociale brésilienne. Du fait de la persistance de l’esclavage dans les dernières années de l’Empire et compte tenu des exigences de la commission de révision, Freitas a été obligé d’ajouter à son texte des notes explicatives sur les lois afférentes aux esclaves élaborant ainsi, selon l’expression d’Eduardo Pena, un « code noir de bas de page »<sup>3</sup>.

Malgré des positions divergentes sur la manière dont les esclaves devaient être considérés par la législation brésilienne, les membres de la commission de révision du texte, tout comme Teixeira de Freitas lui-même, considéraient que l’esclavage restait une question centrale du débat sur la codification du droit civil comme le prouve l’attention que tous portaient à ce

---

<sup>1</sup> « Relatório da Comissão Incumbida de Rever as Consolidações das Leis Cíveis », Sílvio Meira, *Teixeira de Freitas, o jurista do Império*, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, Brasília, Instituto Nacional do Livro, 1979, p. 105.

<sup>2</sup> Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação...*, 1896, 3<sup>e</sup> éd., p. XXXVII.

<sup>3</sup> Eduardo Pena, « Um romanista entre a escravidão e a liberdade », *Afro-Ásia*, 18, Salvador, Universidade Federal da Bahia, 1996, p. 36–37.

problème. Pour eux, le code civil mais également d'autres questions en suspens comme, par exemple, la définition du droit civil, finissaient toujours par être confrontés à la réalité esclavagiste.

Analysons par exemple le cas du baptême. Comme nous l'avons vu, jusqu'au premières années de la République, il n'existait pas de registres civils d'actes de naissance. La seule preuve de la naissance d'un individu était le registre ecclésiastique sur lequel les baptêmes étaient enregistrés. La personne chargée de la rédaction de l'acte, en général le curé de la paroisse, rédigeait les actes de baptêmes dans des livres séparés, un pour les enfants nés libres, l'autre pour les esclaves. Certes les registres paroissiaux variaient considérablement, selon l'époque et le lieu concernés, mais les documents indiquaient, en général, la date du baptême et de la naissance ainsi que les noms de l'enfant, des parents, des parrains et, quand il s'agissait d'un esclave, du maître. Les baptêmes n'étaient pas contrôlés par l'autorité civile et la présence du maître n'était pas obligatoire. Souvent, le curé ne mentionnait donc pas la catégorie « esclave » dans l'acte. En effet, le prêtre qui « posait les Saintes Huiles » sur le front de l'enfant pouvait très bien ne rien connaître de la vie de sa famille. De plus, on ne lui amenait pas que des nouveau-nés ou des enfants<sup>1</sup>. Ainsi, de nombreux esclaves ont certainement été baptisés sans que leur statut soit déclaré et leurs actes de baptême rédigés — quelquefois bien après la date du baptême — dans le registre réservé aux personnes libres.

Juridiquement les esclaves étaient en fait à la fois des choses et des personnes. En accord avec le droit impérial brésilien, issu du droit colonial portugais, l'esclave était considéré comme une chose et, à ce titre, privé de droits politique ou civils. Son statut était celui d'un bien meuble, au même titre que le bétail. Il était considéré comme juridiquement « incapable » et n'avait donc pas d'obligations. Pourtant, ces mêmes lois qui permettaient à un homme de posséder un autre homme en pleine propriété, n'autorisaient pas les maîtres à avoir droit de vie ou de mort sur leurs esclaves et punissaient ceux qui les châtiaient exagérément. Elles considéraient aussi que l'esclave devait répondre personnellement pour les crimes qu'il viendrait à commettre. Ainsi, selon la loi pénale, l'esclave était une personne responsable de ses actes. Il pouvait être poursuivi par la justice, jugé et condamné aux peines prévues par le code pénal. De plus, le droit romain sur

---

<sup>1</sup> Sheila de Castro Faria, *A colônia em movimento: fortuna e família no cotidiano colonial*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1998, p. 308–312 ; José Roberto Góes, *O cativo imperfeito: um estudo sobre a escravidão no Rio de Janeiro da primeira metade do século XIX*, Vitória, Secretaria de Estado da Educação, Lineart, 1993, p. 96–97.

lequel s'appuyait la jurisprudence de l'Empire, permettait que, dans de nombreux cas, l'esclave puisse être affranchi, achète sa liberté, et continue ainsi, en termes juridiques, à être à la fois chose et personne<sup>1</sup>.

Si les esclaves pouvaient être juridiquement considérés, dans certaines circonstances, comme personnes, cela signifie que, contrairement à ce qui a été dit ci-dessus, il existait de nombreuses situations dans lesquelles l'existence concomitante de l'esclavage et du code civil créait des problèmes. En effet, comment légiférer sur des êtres humains parfois considérés comme choses, parfois comme personnes ? Les problèmes rencontrés par les juristes brésiliens lors des différentes tentatives d'élaboration d'un code civil tiennent en grande partie à cette question. Au-delà des questions inhérentes à n'importe quel processus de mise en forme d'un code civil comme, par exemple, la condition de la femme ou les contraintes apportées par l'Église dans les relations entre personnes, le Brésil était confronté à un problème spécifique : comment légiférer sur des êtres considérés à la fois comme choses et comme personnes ? Bien qu'il ne soit pas impossible, en théorie, de concilier l'existence d'esclaves avec la mise en vigueur d'un code civil, il paraissait extrêmement difficile de codifier les relations d'une parcelle significative de la population qui, aux yeux de la loi, était chose et personne à la fois avec l'ensemble des personnes libres.

Teixeira de Freitas n'ignorait pas le problème. Malgré les critiques formulées sur sa *Consolidação das Leis Civis* et en dépit de sa volonté de ne pas mentionner l'existence de l'esclavage dans l'ébauche du code civil, il affirma que si ce sujet devait faire l'objet d'un projet de loi, tous les esclaves devraient, alors, être considérés juridiquement comme des personnes, parce que capables d'acquérir des droits :

« Chacun sait que, dans ce Projet, j'ai laissé de côté l'esclavage des noirs, thème prévu pour un projet de loi spécifique ; mais pour autant je ne suis pas obligé de considérer les esclaves comme étant des choses. Malgré l'ampleur des restrictions qui les concernent, il leur reste encore la capacité d'acquérir des droits; ce qui est suffisant pour qu'ils soient des personnes ».

Teixeira de Freitas pensait donc que, dans la pratique, les esclaves pouvaient être des personnes puisqu'ils étaient susceptibles non seulement d'acquérir des droits mais, également, d'avoir des obligations. S'il refusait d'inscrire cette situation dans le code civil, ce n'était pas en raison de sentiments abolitionnistes, mais seulement parce qu'il était conscient des

---

<sup>1</sup> Voir à ce sujet Keila Grinberg, *O fiador dos brasileiros: cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

difficultés juridiques que la mise en place d'une telle législation entraînerait. Cet éminent juriste savait qu'il était de plus en plus courant de voir des esclaves obtenir leur affranchissement, que ce soit en achetant leur liberté, en obtenant de leur maître une lettre d'affranchissement (par exemple lorsque ce dernier rédigeait son testament) ou encore par le biais d'une action en justice lorsqu'un esclave parvenait à convaincre les juges qu'il était maintenu illégalement en captivité. Non seulement l'esclave était considéré en même temps comme chose et personne, mais il était également une chose qui pouvait devenir une personne s'il réussissait à obtenir sa liberté, et une personne qui pouvait redevenir une chose s'il ne remplissait pas les obligations liées à la condition de tout affranchi (comme reconnaître la gratitude due à son maître) et redevenait de ce fait un esclave.

C'est cette situation transitoire, caractéristique de la condition civile de nombreux esclaves, qui est à l'origine des difficultés rencontrées par Teixeira de Freitas pour inscrire l'esclavage dans le code en dépit des réprimandes de ses collègues. Comme on a pu le voir, ce n'est pas l'esclavage en soi qui fait problème mais le fait que, même au moment où le régime du travail esclave ne semblait pas encore réellement menacé, la condition de captif était fréquemment un état transitoire, en particulier dans les principales villes de l'Empire.

L'affranchissement devenant de moins en moins une exception, il aurait été nécessaire, avant d'aller plus avant dans le processus de codification du droit civil, de définir la condition juridique des affranchis dont le nombre ne cessait de croître. Une fois la liberté obtenue devaient-ils être considérés comme des citoyens semblables aux autres ? Les affranchis nés en Afrique puis amenés au Brésil comme esclaves devaient-ils être considérés comme des citoyens brésiliens ou seulement leurs descendants nés sur le territoire national ? Ce n'est pas un hasard si, dès 1830, quelques politiques et avocats s'étaient déjà préoccupés de la réglementation de ce passage de l'esclavage à la liberté et des conséquences qui en découlaient pour l'acquisition des droits et l'exercice de la citoyenneté. Une législation de ce type était en effet décisive. C'est grâce à elle que les esclaves pouvaient espérer accéder à la liberté en acquérant des biens en pleine propriété, condition minimum pour qu'un esclave puisse s'affranchir mais aussi condition nécessaire à l'exercice de la citoyenneté dans l'Empire brésilien. Les défenseurs de ces projets, généralement identifiés comme faisant partie des groupes libéraux, proposaient une société au sein de laquelle le passage de l'esclavage à la liberté serait effectivement permis et réglementé, une société dans laquelle l'affranchissement ne serait plus une situation exceptionnelle réservée à

quelques individus spécifiques<sup>1</sup>. Pourtant, pratiquement aucun de ces projets n'a été soumis au vote.

La persistance de l'esclavage durant la majeure partie du XIX<sup>e</sup> siècle, combinée à des possibilités de plus en plus nombreuses d'affranchissement permettent de comprendre les différences importantes qui se sont manifestées entre le processus de codification du droit civil brésilien et celui qui s'est déroulé dans d'autres pays. Dans la plupart des états voisins, l'esclavage avait été aboli juste après la proclamation de l'indépendance. Cela avait été le cas au Pérou et en Argentine où le régime du travail esclave avait été maintenu tout au long du siècle, mais où il était pratiquement impossible d'obtenir la liberté. C'était aussi le cas de la Louisiane. Dans les états nord-américains, l'esclave ne pouvait pas plus obtenir sa liberté et, en outre, la codification du droit n'était pas considérée comme une mesure nécessaire puisque le pays était régi par le système de la *common law*.

Si l'esclavage a été le principal obstacle à la codification du droit civil, il n'en a été, en aucun cas, le seul. En effet, les polémiques nées à propos des relations entre l'État brésilien et l'Église, par exemple, ont été aussi importantes et ont permis de prendre conscience de la nécessité d'établir un espace réellement public au Brésil. La question du *padroado*<sup>2</sup> et des restrictions de droit qui y étaient associées a fait l'objet d'un intense débat à partir de 1873, lorsque la question religieuse a émergé et que deux évêques défirèrent les relations, alors pacifiques, entre l'État brésilien et la Papauté en critiquant l'existence de la franc-maçonnerie au Brésil.

Compte tenu des relations étroites entre l'État et l'Église, il n'existait pas d'autre état civil que celui qui, dans les paroisses, enregistrait sous l'autorité du prêtre les baptêmes, les mariages ou les enterrements. Le mariage était confondu avec le sacrement distribué par l'Église catholique et les cimetières étaient ceux qu'elle reconnaissait comme siens. Jusqu'à la fin de l'Empire, seuls les catholiques pouvaient être élus à des postes publics. Cet ultime aspect mettait en évidence les limites de la citoyenneté, puisque ceux qui n'avaient pas la foi catholique ne pouvaient être citoyens à part entière, même s'ils répondaient à toutes les exigences prévues par la loi. Nabuco de Araújo qui avait pris part à ce débat pointe, dans un discours

---

<sup>1</sup> *Id.*, en particulier chapitre 4.

<sup>2</sup> Le *padroado* désigne le régime par lequel l'Église catholique instituait la Couronne portugaise — et après l'indépendance du Brésil, la Couronne brésilienne — comme sa représentante légitime sur le territoire brésilien dans le but de maintenir et propager la religion catholique. Voir Ronaldo Vainfas, *Dicionário do Brasil Colonial (1500–1808)*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2000.

prononcé en 1873, les contradictions que la question religieuse suscitait au sein de son parti, le Parti Libéral :

« L'État doit protection à l'Église, il doit en maintenir la liberté et l'indépendance ; et l'Église doit savoir que l'État a des lois pour elle, comme il en a pour tous les citoyens, et les lois sont inflexibles. [...] Donc, si d'après la constitution toutes les religions sont permises, comment priver le citoyen de droits politiques sous prétexte qu'il a une autre religion que celle adoptée par l'État ? [...] Ceci n'est pas possible [...] parce qu'il s'agit non pas de tolérance de la foi mais de tolérance civile ou politique »<sup>1</sup>.

Cependant, même Nabuco considérait que certaines de ces questions seraient résolues par la promulgation d'un code civil. Il s'en explique en 1877 lorsqu'il s'oppose aux propositions du Club de la Réforme qui souhaitait mettre en place son programme incluant, entre autres réformes, l'institution immédiate d'un enregistrement civil des naissances et des décès et l'obligation d'un contrat civil en cas de mariage<sup>2</sup>. Certains de ces problèmes ont été résolus au début de l'année 1890, lorsque la République, dans l'un de ses premiers actes réglementaires, a décrété la fin du *padroado*. Ce n'est pourtant qu'avec la promulgation du code civil que l'organisation d'un état civil est devenue possible<sup>3</sup>.

La dynamique de codification des relations entre personnes, bien que lente et pleine d'imperfections, a obéi à une ample logique de rationalisation et de laïcisation des sociétés occidentales<sup>4</sup>. Les diverses polémiques dans lesquelles l'Église a été impliquée, y compris celles relatives à la juridiction des terres ecclésiastiques, ont concerné bien d'autres pays catholiques que le Brésil. Ni la France, ni l'Autriche, par exemple, n'y ont échappé. Ce qui rend le cas brésilien particulier, c'est évidemment la persistance de l'esclavage. D'autres pays d'Amérique tels que l'Argentine et l'Uruguay avaient réglé une partie de leurs problèmes, puisqu'ils étaient déjà des républiques et avaient résolu la question du travail asservi. Au Brésil, la situation était si

---

<sup>1</sup> Discours de Nabuco de Araújo au Sénat les 11 et 13 juin 1873.

<sup>2</sup> Dans une lettre adressée à Sinimbu, en 1877, Nabuco précise que ces deux propositions doivent « être réservées au code civil ». Voir Joaquim Nabuco, *op. cit.*, vol. II, p. 974.

<sup>3</sup> La réglementation de la vie civile au Brésil s'est heurtée aux problèmes suscités par les relations entre l'État et l'Église, mais aussi à la structure familiale alors en vigueur, en particulier en ce qui concernait le statut de la femme qui a été l'objet de polémiques intenses entre juristes.

<sup>4</sup> Max Weber, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 603–609.

particulière qu'elle n'a même pas trouvé de solution lors de l'abolition de l'esclavage. Trois siècles de captivité laissent des traces juridiques.

Pour conclure cette discussion, c'est la multiplicité des formes revêtues par l'esclavage dans le Brésil du XIX<sup>e</sup> siècle — et non l'existence de l'esclavage en soi — qui a rendu sa conception juridique impossible. La définition traditionnelle — l'esclave est un être humain dépourvu de liberté et de propriété — ne rendait plus compte de la réalité, pour autant qu'elle ait jamais réussi à en rendre compte. En définitive, confronté à ce problème, le Brésil ne disposait pas d'autre alternative que de tenter d'uniformiser les différentes conditions sociales existantes à cette époque sous un statut juridique commun et ouvrir ainsi la possibilité d'écrire un code civil ou accepter qu'il existe des êtres humains qui sont, en même temps, des choses et des personnes et, dès lors, renoncer à réglementer son droit civil. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit. Tant qu'ont subsisté des personnes libres qui avaient été esclaves, ainsi que des personnes réduites en esclavage mais qui travaillaient en échange d'une rémunération avec le consentement, dans la majorité des cas, de leur maître, il a été impossible d'écrire un code civil au Brésil.

#### CODE CIVIL ET TRAVAIL LIBRE

Dans les années 1850 et 1860, la question de la réglementation du travail libre s'impose à la réflexion des juristes. C'est le moment où Teixeira de Freitas tente de clarifier la notion de contrat de travail, notamment lorsqu'il implique une prestation de services<sup>1</sup>.

Dès 1830, les tentatives de réglementation successives avaient été l'occasion de vifs débats entre parlementaires. Il s'agissait en fait de formaliser des contrats qui, dans la pratique, étaient déjà établis entre employeurs et employés. La situation était d'autant plus complexe que les travailleurs libres n'étaient encore qu'une minorité. Toutefois la principale difficulté résidait dans le fait que les relations de travail, tout au moins dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, impliquaient des accords entre hommes libres et hommes esclaves, certains esclaves occupant des emplois théoriquement accessibles aux seuls hommes libres. Un contrat de prestation de services concerne deux parties dont l'une s'engage à prêter service à l'autre pour un temps déterminé en échange d'une rémunération. Fréquemment, dans les

---

<sup>1</sup> À ce sujet et principalement pour la période postérieure à la loi de 1879, voir Maria Lúcia Lamounier, *Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879*, São Paulo, Papirus, 1988.

grands centres urbains, les esclaves offraient leurs services de manière à épargner les sommes nécessaires au rachat de leur liberté ou de celle des autres membres de leur famille. Ils recevaient eux-mêmes leur paye et en rétrocédaient un pourcentage convenu d'avance à leur maître. Ces esclaves, appelés « esclaves de rapport » (*escravos de ganho*), ont été souvent mentionnés dans les études portant sur Rio de Janeiro au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>.

Ces esclaves, ayant négocié toutes les conditions de leur situation avec leur maître, étaient ainsi pratiquement libres de toute sujétion, non seulement parce qu'ils habitaient dans le lieu où ils travaillaient ou encore dans des habitations personnelles, mais aussi parce qu'ils percevaient une rémunération — appelée « pécule » — qui leur donnait une autonomie suffisante pour être financièrement indépendants même quand ils ne réussissaient pas, au bout du compte, à obtenir leur affranchissement définitif. Bien que ne jouissant pas formellement de leur liberté, cette situation leur permettait d'avoir une existence quotidienne similaire à celles des affranchis et des hommes libres qui fournissaient leurs services à la Cour de Rio de Janeiro durant le XIX<sup>e</sup> siècle. Cette activité n'était pas limitée à l'aire urbaine. Les esclaves de rapport travaillaient également comme intermédiaires dans le commerce entre *quilombolas*<sup>2</sup>, négociants de la Baixada Fluminense et la Cour impériale, revendant du lait, de l'herbe, du charbon et du bois produits dans l'intérieur des terres<sup>3</sup>.

Jusqu'en 1871, il n'existait pas de réglementation juridique pour encadrer ce type de travail qui, pourtant, se pratiquait au vu et au su de chacun. Perdigão Malheiro, grand avocat et spécialiste des questions juridiques relatives à l'esclavage, affirmait déjà dans son ouvrage *Esclavidão*

---

<sup>1</sup> Au sujet des « esclaves de rapport » voir, entre autres, Mary Karasch, *Slave Life in Rio de Janeiro: 1808–1850*, Princeton, Princeton University Press, 1987 ; Sidney Chalhoub, *Visões da Liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990 ; Flávio dos Santos Gomes, *Histórias de Quilombolas: mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro – século XIX*, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1995 ; Luiz Carlos Soares, « Os escravos de ganho no Rio de Janeiro no século XIX », *Revista Brasileira de História*, 8, 16, março–agosto de 1988, p. 107–142

<sup>2</sup> Communautés d'esclaves ayant fui la servitude et réfugiés dans l'intérieur des terres. Voir, dans cette même livraison, l'article de Hebe M. Mattos.

<sup>3</sup> Voir plus particulièrement au sujet de la région d'Iguaçu, Flávio dos Santos Gomes, « Quilombos do Rio de Janeiro no século XIX », *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*, João José Reis e Flávio dos Santos Gomes org., São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 278.

*no Brasil: ensaio histórico, jurídico e social*<sup>1</sup> publié pour la première fois en 1866 que, malgré les règlements en vigueur issus du droit romain selon lequel il était interdit que l'esclave possède des biens, la tolérance des maîtres de Rio de Janeiro était telle que beaucoup d'esclaves vivaient pratiquement comme s'ils étaient des hommes libres<sup>2</sup>. En 1871, la loi connue sous le nom de « Loi du ventre libre » autorise les esclaves à percevoir un pécule lorsque, avec le consentement de leurs maîtres, ils offrent leurs services à des tiers durant une période pouvant atteindre jusqu'à sept ans. Cette loi ne codifie pas, pour autant, les relations de travail qui permettent aux esclaves d'accumuler argent et biens.

Ce sont autant de questions auxquelles Teixeira de Freitas est confronté lorsqu'il tente d'élaborer une ébauche de code civil. Dans le chapitre « De la prestation », il se contente d'une définition générale de la notion<sup>3</sup>, sans aborder de manière précise la prestation de service ni préciser qui peut être prestataire ou bénéficiaire des ces services.

Il ne fait donc que reprendre le code commercial<sup>4</sup> qui, lui-même, se réfère aux lois de 1830 et de 1837. Quelques années plus tard, en 1868, conscient de la nécessité de réglementer les relations de travail au Brésil, Nabuco de Araújo soumet la même question à la discussion du Conseil d'État<sup>5</sup>, lors de l'élaboration du projet d'émancipation des esclaves qui débouche sur la Loi du ventre libre.

---

<sup>1</sup> « L'esclavage au Brésil : essai historique, juridique et social ». Il ne semble jamais y avoir eu de traduction française de cet ouvrage central pour l'histoire de l'esclavage. Il a paru pour la première fois en deux volumes en 1866 (Rio de Janeiro, Typographia nacional) et a été réédité en *fac simile* en 1944 (São Paulo, Edições Cultura).

<sup>2</sup> Agostinho Marques Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*, São Paulo, Edições Cultura, 1944, vol. 2, p. 116.

<sup>3</sup> L'article 2.282 du chapitre VIII (« De la prestation ») précise : « Il y a prestation, quand, dans le but de transférer l'usage de la jouissance sans droit réel, une des parties est obligée de rendre une chose ou consent à l'usage et à la jouissance de cette chose et l'autre partie consent à la payer pour cet usage selon un prix payable avec de l'argent. » (Teixeira de Freitas, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Typographia Universal Laemmert, 1864).

<sup>4</sup> Voir l'article 226 du titre X du code commercial brésilien (1950). Au sujet des autres lois, voir Maria Lúcia Lamounier, *op. cit.*

<sup>5</sup> Le système politique impérial brésilien considérait que l'Empereur gouvernait avec l'aide de ses conseils : le Conseil des ministres, la Cour suprême de justice, l'Assemblée générale de l'Empereur (le roi détenait également le pouvoir législatif) et le Conseil d'État. Durant l'Empire, le Conseil d'État a exercé diverses fonctions. Lors du premier règne (D. Pedro I, 1822–1831), les conseillers ont rédigé à la demande de

A cette occasion, l'ex-ministre de la justice ajoute un nouvel élément à la proposition de loi, attirant l'attention sur la nécessité de substituer à l'esclavage une modalité intermédiaire de travail libre appuyée sur des contrats de prestation de services. Finalement, l'idée est abandonnée. En réalité, elle ne pouvait être conduite à son terme. En effet, le prestataire, celui qui fournit un service, était défini, à cette époque, comme le travailleur apte à réaliser ce travail. Comme ce travail pouvait être effectué par des hommes libres mais aussi par des esclaves, les contrats qui l'encadraient ne pouvaient être formalisés. C'est pour cette raison qu'aucune proposition de réglementation du travail libre n'a pu être adoptée avant la promulgation du code civil. La tentative faite en 1879 pour élaborer une loi sur la prestation de services est, en ce sens, exemplaire.

Au milieu des années 1870, on a tenté à de plusieurs reprises d'encadrer juridiquement la prestation de services, en particulier dans le cas du travail agricole. Pour les propriétaires des plantations qui embauchaient des travailleurs étrangers, il était urgent qu'une loi garantisse l'exécution des contrats de travail, empêchant les immigrants mécontents des conditions de travail qu'ils rencontraient au Brésil, d'abandonner leur travail. Certaines des propositions présentées visaient la catégorie de « travailleur » en général, sans distinguer entre étranger ou national, entre affranchi ou esclave embauché avec la permission de son maître, et ne précisaient pas le type de travail concerné.

Jusqu'en 1877, de nombreuses discussions se sont succédées à ce sujet : on se demandait s'il était vraiment nécessaire de faire voter une loi spécifique sur les contrats de travail dans la mesure où le projet de code civil, alors à la charge de Nabuco de Araújo, devait aborder ce thème. Pourtant, comme le code ne voyait toujours pas le jour et que la pression des propriétaires de plantations pour l'élaboration d'une réglementation du travail libre devenait de plus en plus forte, il fut décidé de préparer une loi exceptionnelle réformant la législation du travail en la restreignant au seul domaine des prestations de service dans le travail agricole, là où les besoins se faisaient le plus sentir.

---

l'Empereur la constitution de l'Empire, qui fut révoquée en 1824. Plus tard, pendant le second règne (D. Pedro II, 1840–1889), le Conseil d'État a été chargé de conseiller l'Empereur sur n'importe quel sujet, mais principalement en ce qui concernait son « pouvoir modérateur » (pouvoir situé au-dessus des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et exercé par l'Empereur), en cas de guerre, en cas de conflits de juridiction entre autorités distinctes, en cas d'abus des autorités ecclésiastiques ainsi que sur les lois et propositions que l'Empereur devait présenter à l'Assemblée législative.

C'est ainsi qu'est née la loi 1879 qui, effectivement, n'a concerné que la prestation de services agricoles. La spécificité de cette loi était certes indiscutable, mais il n'est peut-être pas exagéré de dire qu'elle fut, à l'époque, l'unique loi envisageable. Légiférer sur le travail urbain, à cette époque, aurait été impossible, compte tenu du nombre d'esclaves présents sur le marché. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'intention du législateur avait été, en l'occurrence, de faire en sorte que les travailleurs agricoles respectent les contrats passés avec les propriétaires de plantations ou, plutôt, que soit précisée la sanction — une peine de prison — qui serait appliquée à ceux qui ne respecteraient pas le contrat signé. En termes juridiques, on affirmait ainsi que le travailleur ne pouvait pas garantir sur ses biens qu'il accomplirait ses devoirs civiques car, supposait-on, il ne possédait rien. Il devait donc garantir l'exécution du contrat sur sa propre personne et, en conséquence, la seule sanction applicable était la perte de liberté.

Il ne s'agissait pas de remettre au goût du jour l'esclavage pour dettes du droit romain, cependant, on en n'était pas très loin puisque aucune autre forme de sanction n'avait été prévue. La loi de 1879 a été fortement critiquée à cause même de cette ambiguïté et, dans les faits, elle n'est jamais entrée en vigueur<sup>1</sup>. Dans le même temps, Nabuco de Araújo n'a pas réussi à achever son projet de code et le problème est resté entier jusqu'au début du siècle suivant lorsqu'il a été rediscuté au sein de la commission chargée de réviser le texte de Clóvis Beviláqua.

Après des années de discussion, la partie du code afférente à la prestation de services a été déclarée par Beviláqua « incomplète, anachronique et techniquement défectueuse ». Pour ce dernier, il ne s'agissait évidemment pas de problèmes liés à l'esclavage. Dans les articles 1.369 à 1.383 du projet original, le juriste avait suggéré d'adopter plusieurs mesures de protection du travailleur, alors inexistantes au Brésil. Or, dans les débats au Congrès, toutes ces dispositions avaient été éliminées, tout comme l'interdiction d'embaucher des mineurs.

Beviláqua avait notamment proposé que le travailleur, en cas de maladie, continue à percevoir son salaire pour un temps déterminé. S'il était hébergé dans la maison de son patron ou de son « créancier »<sup>2</sup>, celui-ci se trouvait dans l'obligation de lui donner des soins et de lui procurer une

---

<sup>1</sup> Peu après la promulgation de cette loi, une circulaire du gouvernement interdit l'exécution des articles les plus importants. En 1890, elle a été totalement révoquée. Cf. Maria Lucia Lamounier, *op. cit.*

<sup>2</sup> Celui qui bénéficiait de ses services.

assistance médicale. Il avait aussi prévu que les enfants de moins de quinze ans ne pourraient pas travailler dans les mines, dans les usines et les ateliers où, d'une manière générale, aucun travailleur ne pourrait cumuler plus de six heures quotidiennes de service. Pour Beviláqua, ceux qui bénéficiaient d'un service (patrons, créanciers) devaient aménager le lieu de travail pour que celui-ci possède les conditions minimales d'hygiène et de sécurité, afin de ne pas compromettre la santé des travailleurs. Dans le cas contraire, le patron ou le créancier pourraient être condamnés pour crime.

Évidemment, en 1901, quand le projet de code civil de Clóvis Beviláqua fut examiné au Congrès, le contexte était tout autre. Beviláqua se souciait essentiellement d'assurer des droits minimums aux travailleurs comme c'était le cas dans de nombreux autres pays. Pourtant, dans le code civil, tout indique que, contre la volonté de Beviláqua, c'est la tendance « synthétique » définissant de manière générale la notion de prestation de services qui a prévalu. Les propositions de protection des travailleurs du juriconsulte ont été éliminées en s'appuyant sur l'argument qu'il était impossible d'inclure dans le code civil des droits sociaux — par exemple des droits protégeant la santé et la vie du travailleur — dans un contexte où les modes de vie évoluaient si rapidement. En réalité, le code civil a perpétué le caractère inégalitaire des statuts respectifs du prestataire de services et du bénéficiaire de ces mêmes services (le « créancier »), choisissant de renforcer les droits du propriétaire au détriment de ceux des travailleurs<sup>1</sup>.

Beviláqua a donc bien été confronté à de sérieux problèmes lorsqu'il a tenté de réglementer les relations de travail au Brésil. Bien que l'esclavage ait été aboli, il restait encore beaucoup à faire pour encadrer le travail libre, que ce soit en ce qui concerne les relations entre patrons et employés ou encore les droits et devoirs des premiers et les obligations des seconds. En ce sens, Beviláqua et Freitas, chacun à leur époque, se sont heurtés à des problèmes de réglementation juridique du système de travail en vigueur au Brésil. Teixeira de Freitas, parce qu'il travaillait dans une phase de transition de la situation civile de l'esclave, Beviláqua parce qu'il anticipait sur les lois de

---

<sup>1</sup> Voir à ce sujet, Orlando Gomes, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador, Universidade Federal da Bahia, 1958, p. 63–65 et Sílvio Meira, *O Código Civil...*, *op. cit.*, p. 403. D'après cet auteur, il aurait été impossible d'inclure dans le code civil, des secteurs de la vie sociale qui évoluaient rapidement à cette époque (comme l'extension des droits sociaux pour les travailleurs) car, dans ce cas, le contrat de prestation de services se serait situé au « carrefour du social et du politique », entre l'affirmation du droit de propriété et la garantie de certains droits aux travailleurs.

protection du travailleur qui n'étaient pas encore entrées en vigueur dans le pays et n'y entreraient pas avant de nombreuses années.

#### TOUT LE MONDE CITOYEN ?

Le temps – exceptionnellement long – nécessaire à l'élaboration du code civil brésilien ne peut-être expliqué par un seul et unique facteur. Comme dans tous les autres pays du monde occidental qui ont été confrontés à la même tâche, l'unification des lois, la résistance de l'Église et la condition juridique des femmes, pour ne citer que ces quelques exemples, ont été des obstacles délicats à affronter. À ces difficultés se sont ajoutées, pour le Brésil, non seulement la permanence jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle du système esclavagiste et la nécessité de mettre en place une législation pour le travail libre, mais aussi les caractéristiques spécifiques de l'esclavage brésilien à cette époque. En ce sens, et bien qu'il soit téméraire de chercher à particulariser l'histoire brésilienne, on peut cependant affirmer que c'est dans la réglementation des relations de travail, durant l'esclavage ou après l'abolition, que se trouvaient les principaux obstacles de la codification du droit civil brésilien.

Les innombrables discussions au sujet de l'élaboration des contrats de travail en fournissent la preuve. Certes, cette question avait été abordée dans plusieurs pays comme, par exemple, les États-Unis qui, peu de temps auparavant, s'étaient engagés dans un gigantesque projet de réforme sociale — la Reconstruction — qui, entre autres objectifs, visait à intégrer les affranchis de l'esclavage dans l'économie de marché. Toutefois, au Brésil, les enjeux et les conséquences de cette réglementation étaient d'une tout autre ampleur.

Les juristes brésiliens, par exemple, étaient dans l'impossibilité de définir la notion de « prestataire », étant donné qu'il n'existait pas de consensus sur le concept de « personne » et sur les relations que celle-ci pouvait établir dans sa vie civile, et encore moins sur les personnes qui pouvaient se transformer en « prestataires » dans le cadre d'un contrat de travail.

Les discussions sur le concept de « personne » ont réellement marqué les débats qui ont accompagné l'élaboration du code civil. Une des critiques les plus blessantes que Beviláqua ait reçues, fut de ne pas avoir défini le sens du mot « personne » dans son projet de code. Jusqu'alors, tous les projets avaient introduit des différenciations à propos de ce terme, en particulier en ce qui concerne l'acquisition de droits.

Teixeira de Freitas, dans son *Esboço*, n'avait pu dépasser ses difficultés et n'avait su trouver une définition adéquate de ce mot. Face au code civil portugais qui, dans le premier article, énonçait que « seul l'homme était une personne », il préféra écrire, pour le Brésil, que toutes les personnes étaient « des êtres (*entes*) susceptibles d'acquérir des droits » mais il précisa qu'en utilisant le mot « être », il se référait évidemment à l'homme. Teixeira de Freitas a donc fini par répéter le contenu du code civil portugais, et admit qu'il ne réussissait pas à trouver une meilleure définition.

« Évidemment, il n'y a pas de distinction à faire [...] car tout homme est une personne, même dans un pays d'esclaves ; mais comment, dans notre texte, échapper à la division existante quelle que soit la dénomination que nous adoptions ? La réalité de la vie est là, il suffit de l'observer ».

Si pour Teixeira de Freitas, cela avait été un problème, en revanche, pour Clóvis Beviláqua, cette différenciation avait cessé d'exister. Le mot « personne » englobait, d'après les définitions existantes en droit, « tout être capable d'avoir des droits », il n'était donc pas nécessaire d'élaborer une nouvelle définition puisque c'était une notion acceptée par tous. C'est en s'appuyant sur cette définition qu'il répond à la critique qui lui est faite. Il se justifie en expliquant qu'il a agi de cette manière, dans le but :

« 1) de ne plus avoir de doutes sur le fait que la forme humaine est une condition requise pour être une personne...

2) d'expliquer que le code civil ne reconnaît ni l'esclavage, ni les institutions qui n'autorisent pas la liberté civile. Et si la matière n'a plus l'importance qu'elle avait à une autre époque, elle n'est pas complètement éteinte puisqu'il existe des esclaves, des serfs et des morts civils dans d'autres pays, et que le code garantira que, sur le territoire brésilien, tous jouissent des attributs de la personnalité civile... »<sup>1</sup>.

En effet, la question était encore d'actualité et, dans le code civil de 1916, il était possible de trouver des références à ce débat. Ainsi, lorsque Beviláqua écrit « Tout homme est capable de droits et obligations, dans l'ordre civil »<sup>2</sup>, il ajoute dans une note :

« À tous, d'où qu'ils soient, d'où qu'ils viennent, le code permet l'entrée dans la citadelle du droit, et offre une sécurité d'ordre juridique. L'esclavage ainsi que les autres institutions qui n'autorisent pas la liberté civile sont rejetées. Au sein

---

<sup>1</sup> « Resposta do Dr. Clóvis Beviláqua ao Dr. Coelho Rodrigues », *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, p. 296.

<sup>2</sup> Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição Histórica*, Rio de Janeiro, 1976, 2 vol., article 2.

du cercle que la loi trace pour guider et harmoniser l'activité humaine, l'homme est libre et peut développer ses énergies en acquérant et conservant des valeurs juridiques »<sup>1</sup>.

S'il était si important de démontrer que l'esclavage n'était plus accepté au Brésil, c'est parce que la mémoire de son passé — et des relations juridiques qu'il avait, par extension, engendrées — était encore vive. Tant que cette situation s'est prolongée, la prestation de services n'a pu être réglementée. Il en a été de même de tout autre type de contrat de travail en lien, sous une forme ou une autre, avec le passé esclavagiste. En ce sens, le code civil, en abolissant définitivement les vestiges provenant de l'existence légale d'un régime de travail esclavagiste qui avait existé durant trois siècles, ainsi que les ambiguïtés juridiques qui en découlaient, a consolidé une rupture, celle de l'abolition, instituée presque trente ans auparavant.

---

<sup>1</sup> *Idem*, note 4 de l'article 2.