



Conseil économique et social

Distr. générale
4 février 2010
Français
Original : anglais

Instance permanente sur les questions autochtones

Neuvième session

New York, 19-30 avril 2010

Points 4 et 7 de l'ordre du jour provisoire*

Droits de l'homme

Travaux futurs, y compris sur les questions intéressant
le Conseil économique et social et les questions nouvelles

Étude préliminaire des conséquences pour les peuples autochtones de la construction juridique internationale connue sous le nom de doctrine de la découverte

Présentée par la Rapporteuse spéciale

Résumé

À sa huitième session en mai 2009, l'Instance permanente sur les questions autochtones a décidé de nommer l'un de ses membres, Tonya Gonnella Frichner, Rapporteuse spéciale chargée de mener une étude préliminaire des conséquences pour les peuples autochtones de la construction juridique internationale connue sous le nom de doctrine de la découverte, qui a servi de fondement à la violation de leurs droits fondamentaux, et de lui remettre ses conclusions à sa neuvième session.

La présente étude préliminaire montre que la doctrine de la découverte est bien enracinée dans les législations et les politiques nationales et internationales et qu'elle est à l'origine des violations des droits individuels et collectifs des autochtones. Elle a permis à des États de revendiquer les terres, territoires et ressources autochtones et de s'en accaparer massivement. La doctrine de la découverte et la métastructure que nous appellerons schéma de domination ont produit des siècles d'exploitation quasi illimitée des ressources et des terres ancestrales des peuples autochtones. Elles sont responsables de la spoliation, de la misère et des difficultés sans nombre que les

* E/C.19/2010/1.



autochtones doivent aujourd'hui encore affronter chaque jour.

La législation fédérale des États-Unis sur les Indiens était le corpus le plus facilement accessible pour les besoins de la présente étude; elle est emblématique de l'application de la doctrine de la découverte, que nous analyserons en détail à partir par exemple de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Johnson's Lessee c. McIntosh*. Cette doctrine conserve toute sa validité aux yeux des gouvernements américains, comme le montreront un certain nombre d'éléments examinés plus loin.

En guise de conclusion, la Rapporteuse spéciale recommande la création d'un groupe d'experts international qui serait chargé d'analyser en détail le contenu de l'étude préliminaire et remettrait ses conclusions à l'Instance permanente à sa session annuelle. Des analyses et des études plus poussées devront être conduites pour déterminer jusqu'où et comment la doctrine de la découverte et le schéma de domination sont appliqués aux peuples autochtones dans le monde.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
II. Travaux futurs sur la portée mondiale de la doctrine de la découverte	5
III. Portée et histoire mondiales de la doctrine de la découverte	6
IV. Le schéma de domination	9
V. La doctrine de la découverte et les États-Unis	11
VI. <i>Terra nullius, terra nullus</i> et l'arrêt <i>Johnson c. McIntosh</i>	15
VII. La doctrine de la découverte aujourd'hui	17
VIII. Conclusion	20
IX. Recommandation	21
Sources	22

Nous considérons que le principe inscrit au XV^e siècle dans le droit de la chrétienté selon lequel la découverte conférait un titre de souveraineté et le droit de gouverner les indigènes non convertis d’Afrique, d’Asie et d’Amérique du Nord et du Sud fait partie du droit national (droit des gens) depuis près de quatre siècles, et qu’il est maintenant ainsi reconnu par chaque puissance chrétienne, dans son administration politique et sa magistrature¹.

I. Introduction

1. L’Instance permanente sur les questions autochtones a pour mandat de traiter des questions autochtones touchant le développement socioéconomique, la culture, l’environnement, l’éducation, la santé et les droits de l’homme. La présente étude préliminaire se propose d’examiner les conséquences pour les peuples autochtones de la construction juridique internationale connue sous le nom de doctrine de la découverte, qui a servi de fondement à la violation de leurs droits fondamentaux.

2. Elle a notamment pour objectif d’appeler l’attention sur le fait que les peuples autochtones n’ont pas la même vision du monde que les acteurs Étatsiques, et qu’il convient d’explorer ces divergences pour approfondir le dialogue et faciliter la communication entre les uns et les autres.

3. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (résolution 61/295 de l’Assemblée générale, annexe) est le fruit de trois décennies d’efforts. Elle répond aux revendications formulées par les représentants autochtones qui n’avaient cessé depuis le début du XX^e siècle et l’époque de la Société des Nations de dénoncer le traitement des autochtones et le déni de leurs droits fondamentaux. Son adoption ouvre la possibilité de déterminer précisément les éléments qui sont à l’origine des griefs et des préoccupations autochtones, à savoir le fait que les acteurs Étatsiques ont eu tendance au cours de l’Histoire à vouloir exercer une autorité souveraine dominante sur les peuples autochtones en revendiquant un titre ultime ou supérieur sur leurs terres, territoires et ressources. La présente étude démontre que la doctrine de la découverte a servi à justifier les prétentions des États et leur entreprise de domination.

¹ Le juge John Catron a rédigé l’arrêt de la Cour suprême du Tennessee dans l’affaire *State c. Foreman* 16 Tenn. (8 Yerg.) 256, 277 (1835), USA. On trouvera plus loin aux paragraphes 5 à 17 des indications qui montrent les articulations de cet arrêt avec le sujet de la présente étude préliminaire.

II. Travaux futurs sur la portée mondiale de la doctrine de la découverte

4. Dans quelle mesure la doctrine de la découverte et le schéma de domination² sont-ils présents dans la jurisprudence et les politiques en Afrique, en Asie, en Amérique centrale et en Amérique du Sud? La question devra être explorée et traitée en profondeur afin de prolonger la réflexion engagée dans la présente étude préliminaire. Les pays nés de l'histoire impériale et coloniale de la Couronne britannique – Australie, Canada et Nouvelle-Zélande – devront être inclus dans toute étude future. Nous sommes bien conscients que nos frères et sœurs autochtones souffrent des conséquences de la doctrine de la découverte et du schéma de domination dans les régions où ils vivent. Nous devons pourtant nous en tenir à l'examen de la législation fédérale des États-Unis sur les Indiens dans le cadre de la présente étude préliminaire, qui devrait servir de modèle et ouvrir la voie à d'autres recherches sur d'autres régions du monde, plus précisément sur les sept régions officiellement désignées par l'Instance permanente. La jurisprudence américaine, qui a inspiré d'autres pays dans le monde³, nous apparaît comme l'illustration même de la doctrine de la découverte et du schéma de domination.

² L'idée de *propriété* qui caractérise le vieux continent apparaît bien dans le mot latin *dominium*, dérivé du sanskrit *domanus*, « celui qui soumet ». La principale acception de *dominus* en latin est également « celui qui a assujéti », le sens s'étant ensuite élargi naturellement pour signifier le maître, le propriétaire, le patron. *Dominium* tire de *dominus* son sens de « propriété absolue », plus spécifiquement au sens juridique de droit réel de propriété [comme l'expliquent Lewis et Short, *A Latin Dictionary* (1969 ed.)]. *Dominatio* a d'abord désigné la propriété, puis le droit de propriété, puis de proche en proche le pouvoir sans limite, le pouvoir absolu, la tyrannie et le despotisme. Le pouvoir politique attaché à la propriété – *dominium* – était en fait un rapport de domination [voir William Brandon, *New Worlds For Old* (1986)]. C'est dans cette dernière acception qu'il faut entendre le « schéma de domination » dont il est question dans la présente étude. Le fait que des États puissent revendiquer un titre de propriété et un pouvoir sur les autochtones, leurs terres, leurs territoires et leurs ressources relève de ces acceptions sinistres qui remontent à l'époque de l'Empire romain et à une histoire de déshumanisation des autochtones. On est là au cœur de la question des droits fondamentaux des peuples autochtones aujourd'hui.

³ Dans *Conquest By Law*, Lindsay Robertson explique que l'arrêt *Johnson c. McIntosh* a eu une portée mondiale. Il poursuit : « Ainsi, dans l'arrêt *Guerin c. The Queen* de 1984, la Cour suprême du Canada, après avoir cité l'arrêt *Johnson*, précise que "les Indiens ont un droit juridique d'occupation et de possession de certaines terres, dont la propriété absolue revient toutefois à la Couronne". En droit canadien comme en droit américain, les tribus ont perdu la propriété de leurs terres du fait de la découverte ». Robertson rappelle aussi que la Haute Cour d'Australie a cité l'arrêt *Johnson* dans une opinion remarquable (*Mabo c. Queensland*) qui, tout en reconnaissant pour la première fois les revendications territoriales des aborigènes australiens, en limitait la portée en vertu d'une variante de la doctrine de la découverte. Là encore, la nation européenne ayant fait la découverte a été considérée comme propriétaire du titre attaché aux « terres autochtones ». Robertson ne semble toutefois pas remettre en question ou contester l'assertion selon laquelle cette découverte avait eu pour résultat que les nations et les peuples autochtones avaient perdu la propriété de leurs terres. Dans le cas du Canada, l'arrêt *Johnson c. McIntosh* figure sous la rubrique « titre aborigène » dans la table des matières de *Aboriginal Law* de Thomas Issac. En fait, l'arrêt *Johnson* est le deuxième texte cité dans cet ouvrage, après la Proclamation royale de 1763.

III. Portée et histoire mondiales de la doctrine de la découverte

5. Le droit international d'aujourd'hui s'appelait autrefois droit des gens⁴. À la fin du XIX^e siècle, le juriste Thomas Erskine Holland définissait le droit des gens comme « le droit de la chrétienté », aussi peu applicable aux infidèles, disait-il, que le droit commun des cités grecques ne l'était aux sociétés barbares⁵. En 1835, John Catron (1786-1865), alors juge à la Cour suprême du Tennessee⁶, officialisa un « principe » du droit de la chrétienté, selon lequel la découverte conférait un titre de souveraineté et autorisait à gouverner les peuples non convertis (non chrétiens) d'Afrique, d'Asie, d'Amérique du Nord et du Sud. Il précisa que ce principe était considéré comme faisant partie du droit des gens « depuis près de quatre siècles » et qu'il était reconnu comme tel « par chaque puissance chrétienne, son administration politique et sa magistrature »⁷.

6. La présente étude préliminaire montre que la terminologie de l'ancêtre du droit international, par exemple « chrétienté » ou « puissance chrétienne »⁸ apparaît dans les grands textes dès le XV^e siècle. La doctrine de la découverte est plus précisément la doctrine de la découverte chrétienne.

7. Les quatre siècles dont parle le juge Catron renvoient au milieu du XV^e siècle, époque de publication de nombreux textes pontificaux, à commencer par les bulles

⁴ Autrefois, les spécialistes du droit international faisaient souvent référence au droit des gens. Vattel explique par exemple qu'en cas de doute sur la question de savoir ce qu'est le droit des gens, il est « désormais admis » parmi toutes les nations européennes que « notre religion commune, le christianisme », fondée « sur les principes de la justice naturelle », doit être invoquée et observée par tous en tant que « règle inaltérable » de construction (Emmerich Vattel, *The Law of Nations*). On citera également Henry Wheaton, qui écrit dans la préface à la troisième édition de ses *Elements of International Law* (1845) que, au Moyen-Age, les États chrétiens d'Europe avaient commencé à reconnaître la nécessité de définir un droit international commun à tous ceux qui professaient la même foi religieuse. « L'origine du droit des gens dans l'Europe moderne remonte donc à deux sources principales, le droit canon et le droit civil romain. » Les expressions comme « les États chrétiens d'Europe » ou « les nations chrétiennes d'Europe » utilisées dans le présent rapport reprennent la terminologie en usage à l'époque où la doctrine s'est développée.

⁵ Thomas Erskine, *Studies in International Law* (Oxford : At the Clarendon Press, 1898).

⁶ Le Président Andrew Jackson a nommé le juge Catron à la Cour suprême des États-Unis en mars 1837. Ainsi Catron a-t-il pu exercer son influence et appliquer ses idées au sein de la plus haute juridiction du système américain.

⁷ Voir note 1. Catron pense également que la doctrine de la découverte et le schéma de domination s'appliquent partout et que, « du cap Horn à la baie d'Hudson », c'est la seule règle connue de pouvoir souverain, « qui s'impose à l'Indien ». Et il ajoute « Notre revendication est fondée sur le droit d'imposer l'obéissance. Elle sera peut-être dénoncée par le moraliste. Nous répondons que c'est la loi. »

⁸ Les « puissances chrétiennes » renvoient à ce qu'on appelait autrefois la « famille des nations ». Le *Webster's New International Dictionary of the English Language* de 1950 cite la définition du spécialiste du droit international Thomas Erskine Holland : la famille des nations comprend les nations chrétiennes d'Europe et leurs colonies en Amérique ainsi que l'Empire ottoman, admis dans le « concert européen » en vertu du Traité de Paris of 1856. Dans ce club que le Japon souhaite également rejoindre, tous les États sont égaux, « conformément à la théorie du droit international ». Le même dictionnaire définit la famille des nations comme le groupe des États (à l'origine les nations chrétiennes d'Europe) qui, du fait de leur histoire et de leur civilisation commune, sont parvenus à un même degré de conscience morale et politique, ou ont été reconnues comme telles par ces États.

Dum diversas et *Romanus Pontifex*, qui s'inscrivent dans une histoire de revendications rivales des monarchies et des États chrétiens d'Europe participant à la vaste entreprise d'invasions, de conquêtes et d'assujettissement des peuples non chrétiens, de leurs terres, territoires et ressources qui a caractérisé l'âge dit des découvertes⁹.

8. En 1917, la Carnegie Institution publiait l'ouvrage de Frances Gardiner Davenport intitulé *European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*, ouvrage qui donne une idée de la terminologie de la doctrine de la découverte et du schéma de domination imposé aujourd'hui encore aux autochtones, en violation de leurs droits individuels et collectifs¹⁰. Comme nous le verrons, la catégorie « terres nouvelles » comprend les terres des peuples autochtones considérés à l'époque par les puissances chrétiennes d'Europe comme non chrétiens, à savoir « païens », « mécréants », « gentils », ou « infidèles »¹¹.

9. La bulle *Romanus Pontifex* de 1455 fournit les premiers éléments d'explication de la doctrine de la découverte et plus précisément des expéditions organisées par les royaumes et États chrétiens d'Europe à partir du XV^e siècle pour conquérir et soumettre les peuples autochtones non chrétiens afin de s'emparer de leurs terres et territoires et de les exploiter. Il s'agissait en gros d'accumuler des richesses en pillant sans retenue les ressources, notamment minières, des territoires ancestraux des nations et peuples autochtones. *Romanus Pontifex* offre une illustration de la doctrine ou droit de la découverte, dont l'application, sur fond de schéma de domination, a produit des siècles de destructions et d'ethnocides au détriment des peuples autochtones et de leurs terres, territoires et ressources¹².

10. Rédigée par Pietro da Noceto, Secrétaire privé et confident du pape Nicolas V, la bulle *Romanus Pontifex* s'ouvre sur l'affirmation qu'elle est émise « en souvenir perpétuel ». Autrement dit, elle est valide pour toujours¹³. Par cette bulle, le Pontife romain se dit investi du pouvoir de faire toute chose qu'il estime « agréable à Sa Majesté divine » et par laquelle il pourra rassembler dans le giron de l'Église « le troupeau que Dieu lui a confié » et obtenir ainsi « la félicité éternelle et le salut des âmes ». Cette entrée en matière suggère l'idée de conversion, et la suite du texte révèle le schéma de domination qui doit être imposé aux terres non chrétiennes jusqu'alors inconnues de la chrétienté occidentale.

11. L'emploi de termes tels que « vaincre » et « soumettre » montre bien que *Romanus Pontifex* s'inscrit dans un schéma mondial de domination, de conversion forcée et de violence. Les objectifs du Saint-Siège et du monarque portugais seraient mieux servis, dit le pape, « si Nous conférons des faveurs et des grâces spéciales aux rois et princes catholiques qui combattent les Sarrasins et autres infidèles

⁹ Voir Francis Gardiner Davenport, *European Treaties*. Les textes cités aux paragraphes 8 à 17 sont de Davenport.

¹⁰ La doctrine de la découverte est née à l'époque où les non-chrétiens n'étaient pas considérés comme des êtres humains. Comme l'écrit Henry Wheaton dans ses *Elements of International Law*, « les nations païennes des autres régions (non chrétiennes) du globe étaient les butins et les proies légitimes de leurs conquérants civilisés ».

¹¹ On parlait aussi de « barbares » et de « sauvages ». Voir également plus haut les notes 3 et 7.

¹² Dans le cadre de la présente étude, est considéré comme un ethnocide le fait de chasser des peuples de leurs terres et territoires ancestraux, au mépris de leur intégrité humaine et de leurs droits fondamentaux, ainsi que les conséquences dévastatrices qui s'ensuivent.

¹³ La notion de « souvenir perpétuel » implique que l'autorisation octroyée par le pape Nicolas V vaut à perpétuité.

ennemis du Christ, restreignent leurs excès, les conquièrent et les soumettent, ainsi que leurs royaumes et habitations, même si ceux-ci sont situés dans les régions les plus lointaines qui nous sont encore inconnues ». Le pape loue les conquêtes qui « soumettent » les non-chrétiens au pouvoir temporel des rois et princes catholiques, « sans ménager les efforts et la dépense ». Ainsi, le Saint-Siège institue par décret le droit de soumettre les peuples non chrétiens par la violence, de s'en rendre maître et de prendre possession de leurs terres, territoires et ressources.

12. La bulle *Romanus Pontifex* révèle également le schéma de domination qui la sous-tend lorsque le pape en appelle au Prince Henri du Portugal, « vrai soldat du Christ », pour qu'il accomplisse son devoir envers Dieu en soumettant « certains peuples gentils ou païens », qu'il leur porte la parole de l'Évangile et leur fasse entendre « le nom inconnu mais sacré du Christ »¹⁴. L'usage de la violence et des conversions forcées pour « soumettre » les non-chrétiens a fait le lit de la domination et de l'asservissement des peuples autochtones.

13. Les navires portugais, lit-on dans la bulle papale, ont « exploré et conquis des ports, des îles et des mers en grand nombre », pour atteindre finalement « la province de Guinée ». Les Portugais ont donc « pris possession de quelques îles et ports et de la mer qui borde cette province [...] Ils sont parvenus à l'embouchure d'un grand fleuve qui était sans doute le Nil. Ils ont guerroyé pendant quelques années contre les peuples (gentils ou païens) de ces régions au nom du Roi Alphonse et de l'infant. »

14. Le pape poursuit en expliquant que, après des années de guerre, d'autres îles d'Afrique de l'Ouest ont été soumises et prises pacifiquement, de même que les mers adjacentes. « Le Roi Alphonse et le Prince Henri ont exploré ces ports, ces îles et ces mers, et en ont pris possession en qualité de maîtres véritables. Ils ont décrété que nul ne pourrait se rendre dans ces provinces, faire commerce dans leurs ports et pêcher dans leurs eaux sans obtenir leur autorisation ou leur verser un tribut ». Avec la bénédiction et l'aval du Saint-Siège, le Roi Alphonse s'est donc octroyé un droit absolu sur les peuples « gentils ou païens », leurs terres, leurs territoires et leurs ressources. Ces prétentions des potentats, des États et de leurs successeurs qui revendiquent le droit d'explorer, découvrir, soumettre, acquérir et posséder les terres nouvelles, d'assujettir à tout jamais les peuples autochtones non chrétiens et de les spolier de leur terres, territoires et ressources, c'est ce que la présente étude désigne sous le nom de schéma de domination.

15. Le pape Nicolas V autorise d'autant plus volontiers le Roi Alphonse à s'emparer des terres non chrétiennes qu'il lui a déjà donné dans d'autres bulles (par exemple la *Dum diversas* de 1452) « la libre et ample faculté¹⁵ d'envahir,

¹⁴ La définition du verbe soumettre (conquérir par la force, s'imposer par un pouvoir supérieur, assujettir, maîtriser par la force des armes selon le *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged*, 1993) révèle une certaine proximité avec le schéma de domination en ce sens que le vainqueur est celui qui exerce sa domination. Qui dit domination dit dominateur. Et le dominateur est la personne ou la puissance qui ordonne aux autres, qui commande souverainement, qui a un ascendant sur tous les autres du fait de sa force ou de son pouvoir supérieurs. Comme l'écrit Thomas Hobbes dans *Le Léviathan*, « la domination acquise par conquête, ou victoire à la guerre, est celle que certains auteurs appellent despotique ». Hobbes rappelle que le mot despote vient du grec « maître » ou « seigneur » et que la domination despotique est celle « du maître sur son serviteur ».

¹⁵ La faculté désigne ici la capacité d'agir. Ainsi, le pape énonce que par son autorisation précédente, le Saint-Siège a accordé au Roi « le droit d'envahir, de rechercher et de vaincre ».

rechercher, capturer, vaincre et soumettre tous les Sarrasins et autres païens où qu'ils se trouvent, de prendre possession de leurs royaumes, duchés, principautés, dominions et possessions et de tous leurs biens meubles et immeubles, de réduire leur personne en esclavage perpétuel et exercer pour lui-même et ses successeurs la souveraineté dans leurs royaumes, duchés, comtés, principautés, dominions, possessions et marchandises, pour son usage et à son profit ». Cette « faculté » donnée par le pape de s'emparer des royaumes, duchés, principautés, dominions, possessions et biens meubles et immeubles est un viatique pontifical pour s'accaparer par la force des terres et territoires autochtones et en extraire le maximum de ressources, « pour l'usage et au profit » du monarque. Dans ce contexte, il faut entendre « convertir » au sens séculier de « s'approprier malhonnêtement ou illégalement ce qui appartient à autrui »¹⁶. Pour donner à la spoliation une façade « légale » et « légitime », le pape Nicolas V déclare que le Saint-Siège a d'abord donné la « faculté » de procéder de la sorte, que le Roi s'en est ensuite prévalu et a ainsi « légitimement et légalement » pris possession des îles, terres, ports et mers, qui lui « appartiennent de droit » ainsi qu'à ses « successeurs ».

16. Ainsi, la bulle *Romanus Pontifex* sert clairement la volonté de conquête et de domination des États qui cherchent à soumettre les peuples autochtones pour s'emparer de leurs terres, territoires et ressources naturelles. C'est pour cette raison qu'elle s'inscrit parfaitement dans le schéma de domination qui est au cœur des violations des droits individuels et collectifs des autochtones.

17. Comme on l'a vu, le « droit de conquête » conféré par le pape dans la bulle *Romanus Pontifex* a valeur perpétuelle, ainsi qu'il est dit explicitement : « En vertu de la présente (bulle), les acquisitions déjà faites ainsi que celles qui pourraient intervenir par la suite reviennent et appartiennent pour toujours de droit au roi, à ses successeurs et à l'infant, de même que le droit de conquête revient et appartient pour toujours de droit audit roi, à ses successeurs et à l'infant, à l'exclusion de toute autre personne. » La mention des successeurs du Roi Alphonse renvoie au fait que les droits de conquête et de domination sont transférables par traité entre les États d'Europe, autrement dit entre les membres de « la famille des nations ». De nombreux États modernes sont les héritiers politiques de ces revendications du droit de conquête et de domination issu de la doctrine de la découverte.

IV. Le schéma de domination

18. Comme d'autres textes pontificaux et un certain nombre de chartes royales, la bulle *Romanus Pontifex* prouve que la doctrine de la découverte a été invoquée par

¹⁶ Selon le *Webster's Third New International Dictionary*, envahir et transformer les terres d'autres peuples revient à s'engager dans un ou des actes de « conversion ». Le *Black's Law Dictionary* (cinquième édition) inclut dans sa définition la revendication et l'exercice non autorisé du droit de propriété sur des marchandises ou des biens personnels appartenant à autrui, l'altération de leur État et l'exclusion des droits du propriétaire, tous actes non autorisés qui privent un propriétaire de son bien de manière permanente ou pour une durée non déterminée, ainsi que la prise de contrôle non autorisée et illégitime du bien personnel d'autrui, en violation ou au mépris des droits du propriétaire. S'agissant des peuples autochtones, les revendications et les actes des puissances chrétiennes européennes, à savoir « envahir, capturer, vaincre et soumettre », s'accaparer de tous les biens meubles et immeubles, étaient non autorisés, illégitimes au regard des systèmes juridiques autochtones et incompatibles avec les droits originaux intrinsèques des propriétaires.

les États chrétiens d'Europe (et leurs colonies en Amérique et ailleurs) pour propager dans le monde un schéma de domination et d'usurpation systématique des terres, territoires et ressources autochtones sous couvert d'activités soi-disant « légitimes » et « légales ». Cette volonté de domination est l'un des éléments pris en compte dans la définition provisoire des « peuples autochtones » élaborée au début des années 70 :

« Les populations autochtones sont constituées par les descendants actuels des peuples qui habitaient l'ensemble ou une partie du territoire actuel d'un pays au moment où sont venues d'autres régions du monde des personnes d'une autre culture ou d'une autre origine ethnique qui les ont dominés et les ont réduits, par la conquête, l'implantation de populations et autres moyens, à un État de non-domination ou colonial; elles vivent actuellement davantage selon leurs propres coutumes et traditions sociales, économiques et culturelles, que selon les institutions des pays dont elles font maintenant partie, sous une structure Étatique qui est essentiellement l'expression des caractéristiques nationales, sociales et culturelles d'autres couches, prédominantes, de la population. »¹⁷

19. Ce point est illustré par un autre exemple. En 1995, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a publié une fiche d'information dont le texte d'introduction indique notamment que « les peuples autochtones ou aborigènes sont ainsi dénommés car ils vivaient sur leurs terres *avant* que les colons venus d'ailleurs ne s'y installent »¹⁸. L'expression « avant que les colons ne s'y installent » signifie que les peuples autochtones vivaient originellement sur leurs propres terres lorsque d'autres groupes de population sont arrivés et les ont ensuite dominés par la conquête, l'occupation, le peuplement et autres moyens. Cette idée de domination et de conquête corrobore une histoire d'invasion et d'assujettissement par la force.

20. La fiche d'information fait ressortir cette volonté de domination et d'accaparement des terres autochtones par la force : « Au cours de l'histoire de l'humanité, chaque fois que des peuples voisins dominants ont étendu leur territoire ou que des colons venus de contrées éloignées ont acquis de nouvelles terres par la force, les cultures et les moyens de subsistance – voire l'existence – des peuples autochtones ont été mis en danger. » Dire que les peuples non autochtones dominent les peuples autochtones et que les colons ont acquis les terres autochtones par la force, c'est pointer du doigt ce qui a mis en danger les cultures et les moyens de subsistance, voire l'existence, des peuples autochtones. L'ethnocide¹⁹ et le linguicide²⁰ sont deux éléments de cette mise en danger de l'existence des peuples autochtones par les royaumes et les États qui cherchent à établir une « domination effective » sur leurs terres et leurs territoires, en violation de leurs droits individuels et collectifs.

¹⁷ Voir Patrick Thornberry, *Human Rights and Indigenous Peoples*, Manchester University Press, 2002. Voir également rapport préliminaire du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme José Martínez Cobo, publié le 29 juin 1972 (E/CN.4/Sub.2/L.566).

¹⁸ Fiche d'information n° 9. (Rev.1), « Les droits des peuples autochtones ». Programme d'activités de la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004) (résolution 50/157 de l'Assemblée générale, annexe).

¹⁹ Voir plus haut note 12.

²⁰ Nous appelons « linguicide » l'histoire des lois et des politiques mises en œuvre pour tenter de détruire les langues autochtones.

21. Dans son rapport final sur l'étude de la question de la discrimination à l'égard des populations autochtones, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme José Martínez Cobo est revenu sur les concepts clefs qui caractérisent et traduisent le schéma de domination imposé aux autochtones :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, s'estiment distinctes des autres segments de la société qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Elles constituent maintenant des segments *non* dominants de la société et elles sont déterminées à préserver, développer et transmettre aux futures générations leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques. »²¹

22. On retrouve dans la définition ci-dessus les concepts mentionnés plus haut. Le terme « antérieur à l'invasion » signifie que les territoires autochtones ont bel et bien été envahis. « Précolonial » évoque le colonialisme et la colonisation et leurs effets néfastes sur les peuples autochtones, leurs terres, territoires et ressources. Parler de « segments de la société qui dominent à présent » sur les territoires, c'est dire que les sociétés non autochtones estiment avoir un pouvoir ou une influence supérieurs sur les autochtones et leurs territoires. Et finalement, dire que les peuples autochtones sont « non dominants » confirme le fait que les envahisseurs imposent leur domination en violation des droits individuels et collectifs des autochtones.

V. La doctrine de la découverte et les États-Unis

23. Nous nous proposons dans cette section d'étudier en détail la législation fédérale des États-Unis sur les Indiens, exemple type de l'application de la doctrine de la découverte et du schéma de domination imposé aux nations et aux peuples autochtones. On pourra constater que le droit interne concernant les autochtones, notamment en matière de droits fonciers, a été et reste fondé sur cette doctrine et ce schéma²².

24. L'arsenal juridique fédéral américain comprend des milliers d'articles de loi, une volumineuse jurisprudence, des centaines de traités ratifiés ou non et plus de deux siècles d'évolution des politiques fédérales²³. Mais nous nous intéresserons plus particulièrement au point de départ conceptuel, à l'axiome qui sous-tend le

²¹ Étude de la question de la discrimination à l'égard des populations autochtones (voir E/CN.4/Sub.2/476 et addenda; E/CN.4/Sub.2/1982/2 et addenda; E/CN.4/Sub.2/1983/21 et addenda, disponible à l'adresse www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/spdaip.html).

²² Dans le droit fédéral des États-Unis relatif aux Indiens, le schéma de domination est généralement désigné sous le nom de « doctrine du pouvoir plénier ». En vertu de la Constitution américaine, les relations avec les autochtones relèvent exclusivement du Gouvernement fédéral, et non pas des administrations des États. Le pouvoir donné au Congrès de légiférer en matière d'affaires indiennes est souvent appelé « pouvoir plénier du Congrès », d'où l'expression courante « le Congrès exerce un pouvoir plénier sur les affaires indiennes ». Le schéma de domination apparaît clairement dans l'assertion selon laquelle le Congrès exerce un pouvoir plénier sur les nations ou tribus indiennes. Voir Wilkins, *American Indian Sovereignty*.

²³ Voir Felix Cohen, *Handbook of Federal Indian Law*.

système, tel qu'il s'incarne dans l'arrêt *Johnson c. McIntosh* de la Cour suprême des États-Unis²⁴.

25. Le socle de la législation fédérale sur les Indiens est encore plus problématique depuis la découverte récente du caractère frauduleux de l'affaire *Johnson* dont on sait maintenant qu'elle a été montée de toutes pièces, les deux parties s'étant entendues à l'avance pour « produire effet »²⁵. En 1774 et 1775 respectivement, l'Illinois Company et la Wabash Land Company avaient acheté des terres directement aux nations indiennes des Illinois et des Piankeshaw, alors que la Couronne britannique interdisait ces cessions foncières par la Proclamation royale de 1763. Les deux ventes avaient été faites par deux nations indiennes libres et indépendantes juste avant la Déclaration d'indépendance et le début de la guerre entre les États-Unis et l'Angleterre. Près de 50 ans après les faits, deux parents et héritiers de Thomas Johnson, l'un des investisseurs initiaux, saisirent le tribunal de district de l'Illinois. Leurs avocats cherchèrent un intime, qu'ils trouvèrent en la personne de William McIntosh, et dont ils recrutèrent eux-mêmes les conseils²⁶.

26. Tout comme ses proches et ses amis, le Président de la Cour, John Marshall (1755-1835), possédait de vastes domaines qui auraient été affectés si l'issue du procès s'avérait contraire à ces intérêts²⁷. Mais au lieu de se dessaisir de l'affaire, il rédigea la décision unanime de la Cour suprême²⁸.

27. Le jeune pays qu'étaient alors les États-Unis avait besoin de fabriquer une identité politique amérindienne et un concept de titre foncier aborigène propres à ouvrir la voie de son expansion coloniale vers l'Ouest. Le principe inventé pour les besoins de la cause par la Cour suprême dans l'arrêt *Johnson* fut que, par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens, ce titre pouvant être rendu parfait par la possession²⁹. En vertu du principe de la « découverte », la Cour suprême a forgé un titre indien de « simple occupation ». On a donc argué fréquemment sur cette base que le titre d'occupation n'était que temporaire, accessoire et subordonné en

²⁴ La jurisprudence américaine est née avec ce qu'on appelle « la trilogie Marshall », à savoir trois arrêts rendus par la Cour suprême sous la présidence du juge John Marshall : *Johnson's Lessee c. McIntosh*, 8 Wheat. 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia* 30 U.S. 1 (1831); et *Worcester c. Georgia* 31 U.S. 515 (1832), dont l'analyse dépasserait le cadre de la présente étude. On notera toutefois que dans *Worcester c. Georgia*, le juge Marshall a modifié son opinion formulée dans l'arrêt *Johnson* (elle valait pour les différents États américains). Dans l'affaire *Worcester*, par exemple, il a affirmé que la doctrine de la découverte ne pouvait « annuler les droits préexistants de ceux qui n'y avaient pas souscrit ». Autrement dit, la « découverte » ne signifie nullement l'extinction des droits autochtones. Le principe de la découverte, poursuit-il, est « sans effet sur les droits préexistants de ceux qui sont déjà en possession des terres ». Nous ne pouvons ici nous étendre sur les conséquences de ces décisions. Quoi qu'il en soit, c'est l'arrêt *Johnson* plutôt que l'arrêt *Worcester* qui a le plus souvent été considéré comme le fondement théorique du titre aborigène aux États-Unis.

²⁵ Lindsay Robertson, *Conquest by Law*, p. 62 à 64. Autrement dit, il y a eu collusion entre les deux parties pour obtenir un résultat précis en justice. Les adversaires ont fait mine d'avoir un différend de manière à déclencher l'action de la justice.

²⁶ Robertson, *Conquest by Law*.

²⁷ Ibid.

²⁸ Peter d'Errico, « John Marshall: Indian Lover? ».

²⁹ *Johnson c. McIntosh*, 576.

dernière instance au droit exclusif des puissances chrétiennes d'Europe, et plus tard des acteurs Étatiques comme les États-Unis³⁰.

28. Pour illustrer l'origine du principe de la « découverte », le juge Marshall rappelle la teneur des lettres patentes données à Jean Cabot et un certain nombre d'autres chartes édictées par la Couronne britannique :

« Aucune puissance européenne n'a adhéré à ce principe avec autant de détermination que l'Angleterre. Les documents sur la question sont nombreux et détaillés. Dès 1496, le Roi d'Angleterre s'attache les services de Jean Cabot par des lettres patentes le chargeant de découvrir les pays jusqu'alors inconnus des peuples chrétiens et d'en prendre possession au nom de son monarque. Deux ans plus tard, Cabot lance son expédition et découvre le continent américain, qu'il longe jusqu'à la Virginie. C'est de cette découverte que les Anglais font découler leur titre. »²⁹

29. Cette mission conférée par le Roi Henri VII à Jean Cabot et à ses fils répond directement à la série de bulles papales mentionnées plus haut. La Couronne britannique entend signifier en l'occurrence que les autorisations pontificales octroyées antérieurement au Portugal et à l'Espagne ne peuvent légitimement lui interdire d'explorer et occuper les terres des « païens et infidèles » jusqu'alors « inconnues de tous les peuples chrétiens ». Le juge Marshall ajoute que les lettres patentes données à Jean Cabot valent « reconnaissance pleine et entière » du principe ou doctrine de la découverte.

« Nous voyons dans cette première tentative faite par le Gouvernement britannique pour acquérir des territoires sur ce continent l'entière reconnaissance du principe [de la découverte] susmentionné. Le droit de découverte conféré par les lettres patentes se limite aux pays jusqu'alors "inconnus de tous les peuples chrétiens" dont Cabot est autorisé à prendre possession au nom du Roi d'Angleterre. Est ainsi proclamé le droit de prise de possession, nonobstant l'occupation par les indigènes, qui sont des païens, ainsi que le titre préexistant de tout peuple chrétien qui aurait pu faire la découverte antérieurement. »²⁹

30. Le langage de la Cour suprême rappelle de nouveau celui du schéma de domination. Dans l'arrêt *Johnson c. McIntosh*, le juge Marshall avait déjà fait ressortir le même schéma dans son utilisation du concept de propriété :

« Tout en respectant le droit des indigènes en leur qualité d'occupants, les différentes nations d'Europe ont revendiqué la propriété ultime pour elles-mêmes; en vertu de ce droit à la propriété ultime, elles ont pu octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. »³¹

31. La Cour suprême des États-Unis a considéré dans l'affaire *Johnson* que les chartes royales anglaises avaient établi le principe selon lequel les « peuples chrétiens » s'étaient prévalu de leur droit de prendre possession de toute terre qu'ils

³⁰ Ce concept figurait dans l'avis juridique relatif à l'affaire des Indiens Tee-Hit-Ton lorsque les avocats américains ont fait valoir que « le droit d'occupation des Indiens » n'était « retenu par ceux-ci que par la grâce du souverain ». Voir par. 41 à 49 ci-après.

³¹ *Johnson c. McIntosh*, 574.

avaient découverte habitée par des autochtones, « qui sont des païens », c'est-à-dire des non-chrétiens. Comme l'écrit le philosophe politique Thomas Hobbes, « le droit de possession est appelé "empire sur une chose" »³². Le droit de « prendre possession » est simplement synonyme de droit de propriété, de domination³³.

32. Dans l'arrêt *Johnson c. McIntosh*, la Cour suprême américaine a énoncé que les droits originels des peuples autochtones « à la souveraineté complète en leur qualité de nations indépendantes » avaient été « nécessairement diminués » par les droits découlant de la découverte. Ce « droit de la découverte » est limité aux pays « inconnus des peuples chrétiens ». Autrement dit, les chrétiens qui ont découvert en Amérique des terres jusqu'alors « inconnues des peuples chrétiens » ont éteint le droit des nations amérindiennes d'être libres et indépendantes. S'appuyant sur ce genre d'arguments, la Cour suprême a utilisé la doctrine de la découverte pour empêcher que le premier principe du droit international soit appliqué aux nations amérindiennes et à leurs territoires ancestraux : « L'autorité d'une nation à l'intérieur de son propre territoire est absolue et exclusive. »³⁴ Pour avoir un accès illimité aux terres, territoires et ressources des peuples autochtones, les États chrétiens d'Europe et les acteurs étatiques plus contemporains ont considéré que ce principe ne s'appliquait qu'à eux-mêmes.

33. Nul ne peut raisonnablement aller contre l'idée selon laquelle les nations et les peuples amérindiens n'étaient originellement pas liés par la doctrine de la découverte et les prétentions dominatrices de l'Europe chrétienne³⁵. Le juge Joseph Story (1779-1845) a résumé les arguments qui contestaient cette liberté originelle quand il a écrit : « En tant qu'infidèles, païens et sauvages, les indigènes ne pouvaient exercer les prérogatives des nations indépendantes entièrement souveraines. »³⁶ Une fois institutionnalisés dans le droit interne et les politiques des États-Unis, les concepts de « découverte » et de « propriété ultime » (déjà présents dans des bulles papales comme *Romanus Pontifex*) ont conduit à l'imposition du schéma de domination des nations et des peuples autochtones. Le Gouvernement américain a ainsi pu s'emparer des terres, territoires et ressources autochtones et en disposer à sa guise en toute impunité et en violation des droits fondamentaux individuels et collectifs des autochtones.

³² Thomas Hobbes, *Le Léviathan*, chap. XVI.

³³ L'usage que font les États-Unis des termes « propriété ultime » et « droit de possession » en droit de la propriété nous ramène à l'étymologie du mot *dominion* donnée par William Brandon : pouvoir sans limite, propriété absolue, tyrannie, despotisme. Le pouvoir politique attaché au *dominion* (propriété) était en fait la domination (voir plus haut note 2).

³⁴ Francis Wharton, *A Digest of International Law of the United States*, vol. I, 1887, p. 1, par. 1.

³⁵ Le théologien espagnol Francisco Vitoria est considéré par beaucoup comme le père du droit international. Dans ses leçons données à l'Université de Salamanque, il a traité de la question du titre par la découverte. Il y avait peu à dire sur cette forme de titre, avait-il coutume de conclure, car « les barbares étaient les véritables propriétaires de leurs terres, en droit public comme en droit privé ». Les partisans et les propagandistes de la doctrine de la découverte et du schéma de domination négligent la puissante analyse de Vitoria sur ce point. Voir James Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law*, 1934, p. 487.

³⁶ Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*.

VI. *Terra nullius, terra nullus* et l'arrêt *Johnson c. McIntosh*

34. Deux termes ont été utilisés au cours de l'histoire pour spolier les peuples autochtones. Ils signifient l'un et l'autre « vide de toute présence humaine » et ont eu pour résultat de déshumaniser les peuples autochtones. Le premier est la *terra nullius*, catégorie utilisée par les juristes romains pour désigner les terres ennemies et les îles désertes³⁷. Le second est la *terra nullus* qui, selon Francis Lieber, le premier politologue américain, désigne les contrées peuplées d'habitants n'ayant pas reçu le baptême chrétien.

35. Francis Lieber (1800-1872), Américain d'origine allemande qui avait émigré aux États-Unis en 1827, est l'un des plus éminents politologues du XIX^e siècle³⁸. Il a analysé la doctrine de la *terra nullus*, terme désignant les contrées habitées par les païens, les infidèles et les non-baptisés, qui ne faisaient pas partie de l'humanité aux yeux des chrétiens. L'idée sous-jacente était que les terres habitées par des non-chrétiens étaient vacantes ou inoccupées et que par conséquent les chrétiens pouvaient réclamer le droit d'en prendre possession. « Le paganisme », écrit Lieber, c'est-à-dire le fait de ne pas être baptisé, « a privé le non-chrétien des droits qu'une vraie morale considère comme inhérents à tout être humain ».

36. Dans un essai de 1888, Burke Aaron Hinsdale (1837-1900) dit que le droit de la découverte est fondé sur le principe selon lequel « ce qui n'appartient à personne appartient au découvreur ». Reprenant la pensée de Lieber, Hinsdale observe que l'argumentation ne tient que si elle est complétée par la définition de la *terra nullius* formulée par l'Église. La définition de l'Église, dit Hinsdale, a fourni l'axiome nécessaire : « Disons que la *res nullius* est la propriété de son découvreur; que l'infidèle est *nullius* [n'existe pas]; que le sauvage américain [Indien] est un infidèle [*nullius*, ou non-existant] et le raisonnement est complet. » Cette logique, fondée sur le statut de non-baptisés des premiers habitants des terres « découvertes », est « à l'origine du droit de la découverte » – critère invoqué en cas de différend entre les nations qui se sont partagées le Nouveau monde et fondement ultime de la propriété partout aux États-Unis. Citant l'arrêt *Johnson c. McIntosh*, Hinsdale explique que le droit de la découverte est le fondement ultime du titre aux États-Unis³⁹.

37. Joseph Story est un contemporain de Francis Lieber. Juge à la Cour suprême, il fréquenta un temps les mêmes cercles intellectuels que lui, et il écrivit un article de 120 pages dans l'*Encyclopaedia Americana* de Lieber⁴⁰. Il contribua également à la décision rendue dans l'affaire *Johnson c. McIntosh* de 1823. Dix ans plus tard, en 1833, il publiait ses *Commentaries on the Constitution of the United States* dans lesquels il examinait « l'origine et le titre du territoire des colonies » et commentait

³⁷ Steven T. Newcomb, *Pagans in the Promised Land*. Sauf mention contraire, les citations des paragraphes 35 et 36 sont de Newcomb.

³⁸ Francis Lieber serait à l'origine de l'Institut de droit international. Conseiller du Président Abraham Lincoln durant la guerre civile américaine, il travailla avec le Département de la guerre de l'Union et le Président Lincoln à la rédaction des instructions à l'usage des forces armées de l'Union. Ce texte, connu sous le nom de Code Lieber, a par la suite été adopté par d'autres armées dans le monde, et il a inspiré l'élaboration du droit de la guerre.

³⁹ B. A. Hinsdale, *The Right of Discovery*.

⁴⁰ Story est également l'auteur d'autres articles non signés sur le droit naturel, et le droit américain et le droit anglais dans l'encyclopédie de Lieber.

comme suit l'origine du titre européen aux Amériques et la bulle *Inter Caetera* du XV^e siècle :

« [...] Les Indiens étaient une race sauvage plongée dans l'ignorance et l'idolâtrie et, si l'on n'avait pas le droit de les exterminer pour leur manque de religion et de vraie morale, on pouvait chercher à les faire sortir de leurs erreurs. Ces peuples furent obligés de se soumettre au génie supérieur de l'Europe, et en changeant leurs habitudes sauvages et dégradantes pour leur faire embrasser la civilisation et le christianisme, on considéra qu'ils avaient obtenu plus que l'équivalent de leurs sacrifices et de leurs souffrances. L'autorité du pape fut aussi appelée à l'aide de cette œuvre d'écrasement de l'idolâtrie et de propagation de la foi catholique. Alexandre VI, par sa bulle de 1493, donna à la Couronne de Castille toutes les terres découvertes et à découvrir entre les pôles, et qui n'étaient encore en la possession d'aucun prince chrétien⁴¹.

Le principe étant admis *que la découverte donne au gouvernement, par les sujets ou par l'ordre desquels elle a été faite, le droit d'exclure les autres puissances de l'Europe*⁴², il en résulta naturellement que chaque gouvernement, dans les limites de ses découvertes, put nier à toute autre partie le droit d'acquérir ces nouveaux territoires par un contrat, quel qu'il fût, avec les indigènes. »⁴³ (italiques ajoutées)

38. Dans les deux paragraphes cités plus haut, Story établit un rapport direct entre la bulle *Inter Caetera* de 1493 et le droit de la découverte invoqué dans l'arrêt *Johnson*⁴⁴. Ce faisant, il situe cet arrêt – point de départ de la jurisprudence fédérale des États-Unis concernant les Indiens – dans le contexte non seulement de la bulle *Inter Caetera*, mais aussi dans la perspective plus large des nombreux textes émis par le Vatican au profit des couronnes portugaise et espagnole à l'âge dit des découvertes, sans oublier le schéma de domination qui apparaît dans les bulles *Dum diversas* et *Romanus Pontifex*.

39. Se basant sur la *terra nullus* et la doctrine de la découverte, la Cour suprême américaine a estimé dans l'arrêt *Johnson* que la Couronne britannique « n'avait fait aucune distinction entre les terres vacantes et les terres occupées par les Indiens »⁴⁵.

⁴¹ Story écrit dans une note : « *“Ut fides Catholica, et Christiana Religio nostris praesertim temporibus exaltetur, &c., ac barbarae nationes deprimantur, et ad fidem ipsam reducantur”*, est la formulation de 1 Haz. Coll. ». Cette formule signifie que nulle action n'est plus agréable à Dieu que celle qui consiste à exalter et propager la foi catholique et la religion chrétienne partout dans le monde, et à soumettre et évangéliser les nations barbares (Davenport). Le latin *deprimantur* vient de *deprimo* (abaisser ou enfoncer), ce qui renvoie au schéma de domination.

⁴² Les mots en italique sont repris directement de l'arrêt *Johnson c. McIntosh*.

⁴³ Story cite ici un extrait du volume 3 de l'ouvrage *A History of the Colonies* du juge John Marshall (3 Marshall, Hist. Col. 13, 14) publié en 1824 quelques mois après l'arrêt *Johnson c. McIntosh*.

⁴⁴ La bulle de 1493 épouse le schéma de domination, ce que confirme la citation du texte latin de la bulle émise par le pape Alexandre VI. Ainsi, le pontife romain demande l'assujettissement des nations non chrétiennes « barbares » et la « propagation de la foi chrétienne » (Davenport). On peut également lire dans la bulle *Inter Caetera* : « Nous croyons en Lui par qui procèdent les empires, les gouvernements et toutes choses bonnes » (Ibid.). Le lien avec le schéma de domination est évident dans la traduction latine de « gouvernements », à savoir *dominationes*.

⁴⁵ *Johnson c. McIntosh* 596. La phrase de Story citée plus haut au paragraphe 37 renvoie à la doctrine de la *terra nullius*.

Elle a donc dit en d'autres termes que la Couronne avait traité les terres autochtones comme si elles étaient vacantes. Dans *The International Law* of John Marshall, Benjamin Munn Ziegler explique comme suit la déclaration de la Cour au sujet des terres vacantes : « L'un des plus vieux moyens par lesquels les nations acquièrent des territoires est la découverte de terres antérieurement inoccupées ». Dans une note explicative, il précise : « Le terme "inoccupé" renvoie évidemment aux terres des Amériques qui, quand elles ont été découvertes, étaient occupées par les Indiens mais non occupées par des chrétiens. »⁴⁶

40. George Grafton Wilson (1863-1951), professeur à la Brown University, à Harvard, à la Fletcher School of Law and Diplomacy et au United States Naval War College, fait la même observation. Citant l'arrêt *Johnson*, il écrit que « l'Angleterre, la France, la Hollande, le Portugal et l'Espagne ont tous considéré que la découverte de terres jusqu'alors inconnues des peuples chrétiens conférait à leur découvreur chrétien le droit d'en prendre possession »⁴⁷.

VII. La doctrine de la découverte aujourd'hui

41. Au milieu du XX^e siècle, la Cour suprême des États-Unis défendait et appliquait encore la doctrine de la découverte. Cinq cents ans après la bulle *Romanus Pontifex*, elle l'a de nouveau citée dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Tee-Hit-Ton Indians c. The United States*⁴⁸. Cette affaire concernait les droits des Indiens Tee-Hit-Ton, qui parlent le tlingit et dont les coutumes, lois et traditions sont similaires à celles des autres peuples tlingit de l'Alaska actuel⁴⁹. En 1947, le Congrès américain avait autorisé le Secrétaire de l'agriculture à vendre le bois de la Tongass National Forest, forêt nationale créée dans une zone qui débordait partiellement sur le territoire ancestral des Tee-Hit-Ton et des Tlingit. Le 20 août 1951, le Forest Service avait vendu à la Ketchikan Pulp and Paper Company une concession d'abattage pour l'ensemble du bois d'œuvre exploitable du massif forestier, soit quelque 42 475 mètres cubes. Peu de temps après, les Tee-Hit-Ton avaient engagé une action en justice en faisant valoir qu'ils étaient « les seuls propriétaires des terres et des eaux objets du litige, qu'ils ne les avaient jamais vendus ou concédés à qui que ce soit »; ils réclamaient une indemnité, assortie des intérêts courus, pour les pertes et les dommages résultant de l'exploitation de la Tongass Forest⁵⁰.

⁴⁶ Benjamin Munn Ziegler, *The International Law of John Marshall*.

⁴⁷ George Grafton Wilson, « International Law and the Constitution », 13 B.U. L. Rev.234 (1933). Selon Wilson, « le chrétien qui découvre des terres précédemment inconnues des peuples chrétiens a le droit d'en prendre possession », rappelle la phrase déjà citée de Thomas Hobbes : « le droit de possession est appelé domination ».

⁴⁸ *Tee-Hit-Ton Indians c. The United States*, 348 U.S. 272 (1955).

⁴⁹ David Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court* : « Le territoire revendiqué par les Tee-Hit-Ton s'étendait sur environ 144 795 hectares de terres et 388 kilomètres carrés d'espaces maritimes. Les Tee Hit-Ton y vivaient depuis des milliers d'années, et la région en question était reconnue comme leur appartenant par les tribus voisines. Le territoire traditionnel des Tlingit est situé dans une région de forêt humide tempérée englobant le sud-est de la côte de l'Alaska et l'archipel Alexandre. Les Tlingit du Canada occupent l'extrémité nord-est de la province de la Colombie britannique et le sud du Territoire du Yukon.

⁵⁰ Wilkins, *American Indian Sovereignty*.

42. Les avocats du Gouvernement américain déposèrent un mémoire dans lequel ils invoquaient entre autres la doctrine de la découverte et les bulles pontificales. Ils firent valoir qu'il existait en droit international un principe couramment admis en vertu duquel « les terres des païens et des infidèles » étaient ouvertes à l'acquisition (l'usurpation) par les « nations chrétiennes »⁵¹. Cet argument juridique des « nations chrétiennes » appelle quelques observations qui le replaceront dans son contexte. Jusqu'en 1856, il existait une identité politique internationale commune englobant différents royaumes et États appelés collectivement « chrétienté », ou « commonwealth chrétien », ou encore « famille des nations » (les nations chrétiennes d'Europe et leurs colonies en Amérique). Le premier argument invoqué par les avocats dans le procès Tee-Hit-Ton a été l'arrêt *Johnson* : « Il est un principe bien établi en droit international selon lequel, par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens, ce titre pouvant être rendu parfait par la possession » (*Johnson c. McIntosh*, 8 Wheat. 543, 573). Ainsi, « les nations s'attribuèrent le titre absolu et exclusif des terres qu'elles avaient découvertes, sous réserve seulement du droit d'occupation des Indiens, qui ne conservaient ce droit que par la grâce du souverain »⁵¹.

43. Dans leur argumentation, les avocats du Gouvernement rappelèrent l'histoire plusieurs fois séculaire des « nations chrétiennes d'Europe » et évoquèrent comme suit l'époque de la bulle *Romanus Pontifex* : « Avant le grand âge des découvertes qui a débuté vers la fin du XV^e siècle, les nations chrétiennes d'Europe avaient étendu leur empire sur les terres nouvelles en vertu de droits conférés par les papes, qui avaient le pouvoir d'autoriser les monarques chrétiens à conquérir les territoires en possession des païens et des infidèles. »⁵²

44. Ils rappelèrent ensuite les bulles pontificales : « En 1344, Clément VI donna les îles Canaries à Louis d'Espagne contre la promesse de convertir les habitants à l'adoration du Christ; après la découverte du Nouveau monde par Christophe Colomb, Alexandre VI émit les bulles de 1493 et 1494 par lesquelles il donnait à l'Espagne toutes les terres nouvelles situées au-delà d'une ligne imaginaire passant à 100 lieues à l'ouest des îles des Açores et du Cap-Vert. » Profitant de l'affaiblissement de l'autorité papale et face à l'immensité du territoire concerné, les autres nations avaient refusé les termes de cette dernière bulle, dont l'Espagne elle-même ne se prévalut guère. Les nations chrétiennes civilisées d'Europe se virent alors dans l'obligation de s'entendre sur un nouveau principe qui deviendrait la loi commune réglant le droit d'acquisition de territoires dans le Nouveau monde, « s'ils les avaient trouvés au moment de la découverte habités par des Indiens, qui étaient des païens non civilisés selon les critères européens »⁵¹.

45. Le juge Forman Reed a rédigé la décision majoritaire de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Tee-Hit-Ton Indians c. The United States*. Avant d'analyser l'arrêt *Tee-Hit-Ton*, il faut d'abord mentionner l'arrêt *Alcea Band of Tillamooks c. The United States* de 1946⁵³ dans lequel la Cour suprême a décidé à la majorité que la Bande Alcea des Indiens Tillamook de l'Oregon avait droit à une indemnité monétaire du fait que ses terres ancestrales lui avait été prises par le Gouvernement

⁵¹ Mémoire présenté pour les États-Unis dans l'affaire *Tee-Hit-Ton Indians c. The United States*.

⁵² Les avocats citent ici Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926).

⁵³ 329 U.S. 40 (1946).

américain. Le juge Reed, qui rédigea l'opinion minoritaire, était d'un autre avis; se fondant sur l'arrêt *Johnson c. McIntosh* de 1823, il estima que les Indiens de la Bande Alcea ne pouvaient prétendre à une indemnisation monétaire au motif que le Gouvernement des États-Unis avait pris leurs terres.

46. Pour étayer son argument dans l'affaire *Alcea Band*, le juge Reed fit valoir que l'arrêt *Johnson c. McIntosh* avait mis en avant la théorie selon laquelle la « découverte » de terres indiennes par les « nations chrétiennes » conférait à ces dernières un titre et la souveraineté sur les terres découvertes. On songe évidemment à l'arrêt *State c. Foreman*, dans lequel le juge Catron dit que, « en vertu du droit de la chrétienté », la découverte confère un titre souverain et un droit de gouvernement des autochtones non convertis⁵⁴.

47. L'opinion majoritaire rédigée par le juge Reed pour la Cour suprême dans l'affaire *Tee-Hit-Ton* rejoint l'argument exposé par les avocats du Gouvernement américain. On y retrouve le raisonnement concernant la doctrine de la découverte déjà exprimé dans l'arrêt *Alcea Band of Tillamooks* : « Il est “parfaitement établi”, écrit le juge, que les Aborigènes ont eu des droits sur les terres d'Amérique du Nord “après l'arrivée de l'homme blanc, en vertu de ce qu'on appelle parfois le titre indigène ou permis d'occupation accordé par les Blancs. Il s'agit donc d'un simple droit de possession non reconnu spécifiquement comme droit de propriété par le Congrès. Après la conquête les Indiens ont été autorisés à occuper des portions de territoire sur lesquelles ils avaient antérieurement exercé leur souveraineté, au sens que nous donnons à ce terme. Il ne s'agit pas d'un droit de propriété mais d'un droit d'occupation conféré par le souverain.” Il ajoute que “ce droit d'occupation peut être éteint et le souverain peut disposer des terres sa guise sans être tenu légalement d'indemniser leurs occupants autochtones”. Le mot “conquête”, appartient au vocabulaire du schéma de domination. Pour le juge Reed, “le statut des Indiens repose depuis toujours sur la théorie selon laquelle la découverte et la conquête confèrent au conquérant la souveraineté sur les terres, et la propriété des terres ainsi obtenues.” »⁵⁵

48. Dans ses *Éléments du droit international*, Henry Wheaton développe au chapitre « Des droits de propriété » un raisonnement qui, rapporté au texte déjà cité du juge Reed, éclaire le contexte de l'arrêt *Tee-Hit-Ton* :

« Les Espagnols et les Portugais ont pris la tête des nations européennes engagées dans la splendide aventure maritime qui a conduit à la découverte des contrées de l'Est et de l'Ouest aux XV^e et XVI^e siècles. Selon les idées européennes de l'époque, les territoires occupés par des nations païennes dans le reste du monde revenaient de plein droit à leurs conquérants civilisés, le Souverain pontife étant l'arbitre suprême en cas de prétentions rivales des

⁵⁴ Voir plus haut note 1.

⁵⁵ Le juge Reed renvoyait à l'arrêt *Johnson c. McIntosh* et aux *Elements of International Law* (Éléments du droit international) de Henry Wheaton (1785-1848), avocat et diplomate américain, par ailleurs rapporteur des décisions de la Cour suprême des États Unis dans l'affaire *Johnson c. McIntosh*. La première édition de ses *Éléments du droit international* a été publiée en 1836. Dans l'arrêt *Tee-Hit-Ton*, le juge Reed a cité le chapitre V des *Éléments*, qui n'a à vrai dire pas grand-chose avec l'affaire. C'est à la section 5 du chapitre IV que Wheaton retrace l'histoire des droits de propriété dans le droit international. Il mentionne à ce propos l'arrêt *Johnson c. McIntosh*, la bulle pontificale de 1493, les chartes royales anglaises et la doctrine ou droit de la découverte. Il met aussi le mot « chrétien » en italiques, tout comme le juge Marshall l'avait fait pour « peuple chrétien » dans l'arrêt *Johnson*. Voir Newcomb, *Pagans in the Promised Land*.

puissances chrétiennes sur un même territoire. Ainsi, le pape Alexandre VI émit une bulle qui excluait du droit de conquête conféré à l'Espagne toutes les terres déjà occupées par d'autres nations *chrétiennes* (souligné dans l'original); le roi Henri VII d'Angleterre chargea par lettre patente Jean Cabot et ses fils d'explorer toutes les îles, régions et provinces appartenant à des païens et à des infidèles, et d'assujettir et occuper ces territoires en tant que vassaux et lieutenants de leur souverain. C'est ainsi également que la Reine Elizabeth demanda à Sir Humphrey Gilbert d'aller découvrir les terres, pays et territoires barbares n'appartenant pas à un prince ou à un peuple chrétien, de s'en emparer, de les occuper et d'en jouir, avec tous leurs moyens, droits et prérogatives. Subordonner le droit des aborigènes à celui du premier conquérant chrétien devint ainsi un principe de politique et de droit, le droit étant conféré au découvreur à l'exclusion de toute autre nation civilisée, et ayant progressivement éteint celui des premiers occupants. »⁵⁶

49. L'issue de l'affaire *City of Sherrill c. Oneida Indian Nation of New York*⁵⁷ jugée en mars 2005, 50 ans exactement après l'arrêt *Tee-Hit-Ton*, montre que la doctrine de la découverte demeure un principe juridique légal encore en usage à la Cour suprême des États-Unis au XXI^e siècle. Le différend concernait l'imposition de taxes foncières sur les terres ancestrales de la Nation indienne Oneida. Au fil des audiences, il apparut que l'affaire tournait autour de la question de savoir si, de l'avis de la Cour, la nation Oneida avait un « statut de souveraineté » quant aux terres ancestrales qu'elle avait réacquises. En l'occurrence, la Cour s'est appuyée sur la doctrine de la découverte pour expliquer sa décision sur cette question de la souveraineté. C'est ce que révèle la note de bas de page 1 de l'opinion majoritaire rédigée par la juge Ruth Bader Ginsberg, selon laquelle « en vertu de la doctrine de la découverte, la pleine propriété des terres occupées par les Indiens au moment de l'arrivée des colonisateurs a été conférée au souverain – d'abord la nation européenne découvreuse, puis les premiers États et, enfin, les États-Unis ». Cette référence à la doctrine de la découverte inscrit le contexte de l'arrêt *Sherrill c. Oneida Indian Nation of New York* dans le schéma de domination hérité de l'époque des bulles pontificales.

VIII. Conclusion

50. Les pages qui précèdent ont démontré que la doctrine de la découverte était largement appliquée partout dans le monde depuis plus de 500 ans. Deux pays au moins, outre les États-Unis, le Canada et l'Australie, ont cité l'arrêt rendu dans l'affaire *Johnson c. McIntosh* pour faire prévaloir la doctrine de la découverte et le schéma de domination. Des juristes non autochtones et des acteurs étatiques ont imbriqué cette doctrine dans le droit international et les législations internes. Dans le cas des États-Unis, on songe notamment au Président de la Cour suprême John Marshall et aux juges Joseph Story, Henry Wheaton, John Catron, Francis Lieber, B. A. Hinsdale, Alpheus Snow, George Grafton Wilson, Stanley Reed, aux avocats du Gouvernement américain et à leur mémoire déposé devant la Cour suprême dans l'affaire *Tee-Hit-Ton Indians c. The United States*, et à la juge Ruth Bader Ginsberg. Tous ont invoqué la doctrine de la découverte, une doctrine qui, comme l'a

⁵⁶ Wheaton, *Elements of International Law*, 3^e éd.

⁵⁷ *City of Sherrill c. Oneida Indian Nation of New York*, 125 S. Ct. 1478, 148384 (2005).

démontré la présente étude préliminaire, est enracinée dans un schéma de domination qu'elle contribue à perpétuer et qui se transmet de génération en génération depuis l'époque de la chrétienté et des bulles papales du Vatican⁵⁸.

IX. Recommandation

51. Les éléments d'information et les données présentés dans la présente étude préliminaire de la construction juridique internationale connue sous le nom de doctrine de la découverte font ressortir la nécessité de poursuivre l'examen et les analyses, de mieux évaluer et explorer les questions soulevées plus haut au sujet des violations des droits fondamentaux des peuples autochtones, tels qu'ils figurent notamment dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Nous recommandons donc la création d'un groupe d'experts international qui serait chargé d'examiner en détail les observations et la portée de la présente étude préliminaire de la doctrine de la découverte et de présenter les conclusions de ses travaux à l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones à sa session annuelle.

⁵⁸ Le juge Joseph Story était particulièrement précis dans l'emploi des concepts attachés au schéma de domination. Il dit par exemple que les découvreurs américains ont fait valoir et exercé leur droit d'octroyer les terres, alors qu'elles étaient encore en possession des autochtones, « sous réserve des droits d'occupation autochtones »; le titre ainsi conféré était universellement considéré [par les découvreurs européens] comme suffisant pour « conférer au concessionnaire un titre parfait ou, comme le disent parfois les traités de droit public, constituer un *plenum et utile dominium* ». Voilà qui nous ramène aux questions d'étymologie exposées plus haut à la note 2. Dans *The Acquisition and Government of Backward Territories*, Lindley explique pourquoi Story emploie le terme séculier de « découvreurs européens ». « Plus tard, on a distingué entre les terres déjà occupées par des Européens et celles qui ne l'étaient pas, même si en fait on reprenait la distinction antérieure entre terres chrétiennes et terres non chrétiennes. »

Annexe

Sources

Brandon, William. *New Worlds for Old: Reports from the New World and Their Effect on the Development of Social Thought in Europe, 1500-1800*. Athens: Ohio University Press, 1986.

Cohen, Felix. *Handbook of Federal Indian Law*, Washington: Government Printing Office, 1942; reprint ed., Albuquerque: University of New Mexico, 1972.

Davenport, Francis Gardiner, ed. *European Treaties Bearing on the History of the United States and Its Dependencies to 1648*. Washington: Carnegie Institution of Washington, 1917.

Deloria, Vine. *Behind the Trail of Broken Treaties: An Indian Declaration of Independence*. Austin: University of Texas Press, 1974.

Conquest Masquerading as Law. In *Unlearning the Language of Conquest*, Austin: University of Texas Press, 2006.

d'Errico, Peter. John Marshall: Indian Lover? *Journal of the West*, vol. 39; No. 3 (été 2000).

Hinsdale, B.A. The Right of Discovery. *Ohio Archaeological and Historical Quarterly*, vol. II, 1888.

Hobbes, Thomas. *Leviathan: Or Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. Chicago: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952.

Issac, Thomas. *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*. Saskatoon, Canada: Purich Publishing, 1995.

Lindley, Mark F. *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*. Londres : Longmans, Green and Co., 1926.

Lindqvist, Sven. *Terra Nullius: A Journey Through No One's Land*. The New Press, 2007.

Lyons, Oren, and Mohawk, John, eds. *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution*. Santa Fe, New Mexico: Clear Light Press, 1992).

Newcomb, Steven T. *Pagans in the Promised Land: Decoding the Doctrine of Christian Discovery*. Fulcrum, 2008.

Pagans in the Promised Land: A Primer on Religious Freedom, American Indian Law Alliance, disponible à l'adresse www.ailanyc.org.

The Evidence of Christian Nationalism in Federal Indian Law: The Doctrine of Discovery, *Johnson v. McIntosh*, and Plenary Power. In *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 20, No. 2, 1993.

Robertson, Lindsay G. *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*. New York: Oxford University Press, 2005.

Scott, James Brown. *The Catholic Conception of International Law: Francisco de Vitoria, Founder of the Modern Law of Nations; Francisco Suarez, Founder of the*

Modern Philosophy of Law in General and In Particular of the Law of Nations. Washington: Georgetown University Press, 1934.

State of the World's Indigenous Peoples. Publication des Nations Unies, numéro de vente : 09.VI.13 ST/ESA/328, 2009.

Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States: With A Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*, vol. I., De Capo Press, 1970. Réédition du texte intégral de la première édition publiée à Boston en 1833.

Vattel, Emmerich. *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, 1758. Joseph Chitty ed., Philadelphia: T. & J.W. Johnson Co., Law Booksellers, 1859.

Wharton, Francis. *A Digest of International Law of the United States*, vol. I. Washington: United States Government Printing Office, 1887.

Wheaton, Henry. *Elements of International Law*, 3^e éd. Philadelphia: Lea and Blanchard, 1846.

Elements of International Law, 2^e édition annotée. William Beach Lawrence edition. Londres : Sampson Low, Son and Co.; Boston : Little, Brown and Company, 1864.

Wilkins, David E. *American Indian Sovereignty and the United States Supreme Court. The Masking of Justice* Austin: University of Texas Press, 1995.

Williamson, James A., *The Cabot Voyages and Bristol Discovery under Henry VII.* Cambridge: Cambridge University Press, 1962.

Wilson, George Grafton. International Law and the Constitution. 13 *Boston University Law Review*, (1933).

Ziegler, Benjamin Munn. *The International Law of John Marshall: A Study of First Principles.* Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1939.