

## L'histoire dans la jurisprudence relative aux droits des peuples autochtones

Zérah BREMOND

A.T.E.R. à l'Université Grenoble Alpes

Doctorant au CERCOP – Université de Montpellier

(Atelier D)

1. Le 23 juillet 1945 s'ouvrait au palais de justice de Paris un procès que certains qualifiaient déjà de « plus grand procès de l'histoire ». Le prévenu, Henri Philippe Bénoni Omer Joseph Pétain, maréchal de France et récemment chef de l'Etat français, âgé de quatre-vingt-neuf ans allait devoir répondre notamment des crimes d'intelligence avec l'ennemi et de haute trahison. Au-delà du procès de l'homme, c'est le procès de toute une époque de l'histoire de France qui allait s'ouvrir, les français voulant savoir ce qui s'était vraiment passé entre le 16 juin 1940, date à laquelle le maréchal devint président du Conseil et le 20 août 1944, date à laquelle il fut enlevé en Allemagne. A l'été 1945, alors que la mémoire immédiate demeurait confuse, que la deuxième guerre mondiale n'était pas encore tout à fait terminée et que régnait encore dans le pays la plus vive émotion quant à la période sombre de l'occupation allemande qui venait de s'achever, il s'agissait de savoir si le Maréchal avait comme il le prétendait « sauvé la France » ou si à l'inverse il l'avait trahi. Il revenait alors à trois magistrats parmi les plus éminents de France – le premier président de la Cour de cassation, le président de la chambre criminelle de la même Cour et le premier président de la Cour d'appel de Paris – et d'un jury de vingt-quatre personnes – douze parlementaires et douze résistants – de faire la lumière sur cette douloureuse vérité historique. Le procureur général André Mornet chargé de représenter le ministère public avait pourtant déclaré que « nous ne sommes pas des historiens, il appartiendra à ceux-ci, dans l'avenir, de faire des recherches soigneuses [...]; il ne convient pas de s'attacher à des dépouillements d'archives trop poussés »<sup>1</sup>.

2. Pourtant en cette affaire, les juges ont dû se comporter comme tel compte tenu du traumatisme laissé par le régime de Vichy. Le procès allait permettre de tordre le coup à l'idée selon laquelle le maréchal n'a fait qu'agir dans l'intérêt de la France, Philippe Pétain étant condamné à la peine de mort, peine qui fut immédiatement commuée en peine de prison à perpétuité par le gouvernement provisoire de la République française. La justice faisait ainsi naître une vérité historique officielle, le régime de Vichy et son chef étant dès lors considérés comme un régime criminel, faisant suite en ce sens à l'article 2 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental qui disposait que « sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française ». Cette disposition plaidait ainsi pour l'inexistence pure et simple du régime de Vichy, parenthèse qui ne fait pas partie de l'histoire républicaine de la France. Pourtant, est-il possible de plaider l'inexistence d'un régime dont il s'agissait pourtant à l'époque de faire le procès ?

3. C'est bien là le risque lorsque le Droit entend se saisir de la vérité historique et l'héritage de la seconde guerre mondiale parsemé de discours politique, juridique et historique divergents en est là un bel exemple. Aussi, la théorie de l'inexistence sera largement battue en brèche lorsque le

---

<sup>1</sup> Archives nationales, 3 W-26 ; cité par MARTIN Jean-Clément, « La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens », *in Droit et société*, 1998, n°38, p. 14.

Président de la république française Jacques Chirac prononça le 16 juillet 1995 le discours dit « du Vel d'hiv » dans lequel il reconnaissait alors les fautes commises par l'Etat inspirant dès lors « une dette imprescriptible » à l'égard des victimes de la rafle du Vel d'hiv. De surcroît, malgré une vérité historique à laquelle le procès Pétain aspirait, malgré une conclusion qui se voulait sans appel, ce procès « ne finira jamais d'être plaidé » comme l'écrivait François Mauriac au lendemain du verdict. Face au risque du négationnisme et afin de préserver cette vérité, le Parlement français votait le 30 juin 1990 la loi tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite « loi Gaysot »<sup>2</sup>. Cette loi introduisait ainsi dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse un délit « de négationnisme » des « crimes contre l'humanité [...] qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle [...] soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale »<sup>3</sup>. Cette disposition visait dès lors à sanctuariser le fait historique déterminé par la jurisprudence en matière de crime contre l'humanité, la notion découlant de la Charte de Londres du 8 août 1945 instituant le tribunal international de Nuremberg chargé de juger les crimes commis par les allemands durant la seconde guerre mondiale. Il résulte de ces dispositions un point essentiel qui est la nécessité d'une sanction du crime contre l'humanité – et donc au-delà de l'histoire – par un tribunal pour que le fait historique devienne dès lors sanctuarisé et insusceptible de contestation<sup>4</sup>.

4. Si la seconde guerre mondiale constitue sans aucun doute une période particulièrement sensible de l'histoire contemporaine, c'est essentiellement eu égard aux nombreuses fractures qu'elle a pu faire naître au sein des sociétés européennes, la problématique de la collaboration sous la France de Vichy en étant l'un des nombreux symptômes<sup>5</sup>. De la même manière, la colonisation constitue également une grande fracture dans l'histoire contemporaine des sociétés occidentales, fracture qui à l'inverse de la seconde guerre mondiale n'a à ce jour reçu que peu de traitement dans la jurisprudence française, la vérité historique étant dès lors plus que jamais source de controverses, en témoigne la polémique suscitée récemment par la prise de position de celui qui était alors candidat à la présidence de la République française – Emmanuel Macron – qui a considéré le 15 février 2017 à la télévision algérienne que la colonisation constitue « un crime contre l'humanité »<sup>6</sup>. Si la controverse sur le bien-fondé de la colonisation relève alors avant tout de la compétence des historiens, la qualification de « crime contre l'humanité » relève bien de la compétence d'un juge et c'est sur ce point essentiellement que le Président finalement élu avait reçu le plus d'attaques, notamment de la part de ceux qui sont issus de cette colonisation, en occurrence les pieds noirs qui

---

<sup>2</sup> Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

<sup>3</sup> *Id.*, article 24 bis.

<sup>4</sup> Cette position sera ainsi confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Perinçek c. Suisse* qui pose alors comme condition à la validité d'une disposition réprimant le négationnisme d'un fait historique que ce fait soit déterminé soit par « un jugement d'un tribunal international soit d'une unanimité dans les débats sur le plan national et international ». CEDH, chambre, 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, n°27510/08 confirmé par la grande chambre le 15 octobre 2015.

<sup>5</sup> Preuve s'il en est de l'impact de cette période dans la jurisprudence, la position prise par le juge administratif dans l'arrêt *Veuve Cros* rendu en 1948 : en l'espèce, une veuve demandait à l'administration une réparation son mari ayant été assassiné suite à la libération ; si le juge a accédé à sa requête sur le fondement de la responsabilité pour faute de l'Etat, il a néanmoins minoré l'indemnité compte du fait que « les chances objectives de survie » d'un individu suspecté de collaboration étaient à cette époque relativement faibles. CE, 30 janvier 1948, *Veuve Cros*, cité par WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 26<sup>ème</sup> édition, 2016, p. 529.

<sup>6</sup> *L'express.fr*, « Emmanuel Macron qualifie la colonisation française de "crime contre l'humanité" », 15 février 2017.

le 17 février le prirent à parti à Carpentras<sup>7</sup>, une association ayant même déposé plainte pour injure le 27 février dernier<sup>8</sup>.

5. Au-delà de la controverse sémantique, la sensibilité de cette question repose sur une problématique identitaire pour ceux dont le passé est fondé sur l'héritage de la colonisation. Mais cette problématique a pu devenir même existentielle pour ceux dont l'existence actuelle est le fruit de cet héritage. En ce sens, si l'histoire coloniale française s'est achevée par la restitution aux peuples colonisés de leur indépendance et le rapatriement des colons en métropole, il en fut bien différemment dans le cadre de la colonisation britannique en Océanie et en Amérique du Nord. De fait, si la colonisation britannique a pris fin dans la plupart de ses anciennes ères coloniales, la colonisation en revanche se poursuit toujours, les colons demeurant encore sur les espaces colonisés en ayant désormais la maîtrise de leur destin. Le modèle américain est en ce sens le plus marquant puisque si la guerre d'indépendance américaine lancée en 1773 à la Boston Tea Party a abouti à la naissance en 1787 des Etats Unis d'Amérique, entité pleinement indépendante de la couronne britannique, les peuples colonisés demeuraient soumis à une puissance leur étant étrangère, l'indépendance n'ayant dès lors rien changé pour eux. Il s'agira donc de concevoir ici la notion d'Etat postcolonial par opposition à la notion d'Etat colonial, les deux modèles étant caractérisés par une situation de domination d'un peuple sur un autre, la différence résidant dès lors essentiellement sur l'existence ou non d'une métropole.

6. La controverse sur le sens de l'histoire est alors particulièrement sensible dans ces Etats-là compte tenu du fait qu'il existe aujourd'hui encore une revendication territoriale des populations colonisées – les peuples autochtones<sup>9</sup> – à l'égard des colons. Cette revendication repose dès lors sur un motif essentiel qui est que la colonisation n'a été ni plus ni moins qu'une spoliation territoriale contraire à toutes les règles du droit international. De surcroît, outre la juridicisation de l'histoire, la seconde guerre mondiale a abouti à la naissance d'une organisation internationale – l'organisation des nations unies (ONU) – bâtie notamment sur la nécessité d'éviter que ne se répètent les erreurs du passé. Si à l'époque, la charte visait expressément les deux guerres mondiales<sup>10</sup>, les principes qui en découlait devait permettre la décolonisation notamment la proclamation à l'article 1 §2 du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>11</sup>. La conséquence immédiate de ce droit fut alors la décolonisation en Asie et en Afrique et la naissance d'Etats nouveaux dans lesquels les peuples colonisés hier ont dès lors pu prendre en main leur destin. En revanche, il n'en fut rien dans les aires de colonisation plus ancienne, en Amérique et en Océanie. Cette distinction repose sans doute sur le fait que ces colonies ont acquis une histoire autonome, les colons n'ayant dès lors plus que peu de

---

<sup>7</sup> Europe 1, « Colonisation : Macron accueilli par des manifestants pieds-noirs à Carpentras », 17 février 2017.

<sup>8</sup> 20 minutes, « La colonisation un « crime contre l'humanité » : Une association de Pieds-Noirs porte plainte contre Emmanuel Macron », 27 février 2017.

<sup>9</sup> Selon José Martínez Cobo, rapporteur spécial des nations unies sur les discriminations à l'égard des peuples autochtones, les peuples autochtones sont ceux « 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 ». E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, p. 31-32, § 379-381.

<sup>10</sup> Charte des nations unies, 26 juin 1945, San Francisco, Préambule : « Nous, peuples des nations unies, résolu à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances ».

<sup>11</sup> Charte des nations unies, 26 juin 1945, San Francisco, Article 1 §2 : « Les buts des Nations unies sont les suivants : 2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ».

lien avec la métropole, notamment en Amérique latine et aux Etats Unis où ils ont rompu violemment les liens avec l'Europe suite aux guerres d'indépendance. Peut-être est-ce aussi en raison de la plus grande faiblesse des populations colonisées qui à l'issue de plusieurs siècles de colonisation ont pu paraître moins susceptible à prendre en main leur destin.

7. Mais fondamentalement, il convient de relever que ces Etats « postcoloniaux » sont tous issus d'une colonisation de peuplement, preuve s'il en est la démographie en Amérique britannique au XVIIIème siècle qui s'élevait à plus d'un million d'individus là où ne résidait en Louisiane francophone qu'à peine plus de dix milles individus<sup>12</sup>. En conséquence, il apparaissait peu plausible de rapatrier toute cette population coloniale, d'autant plus qu'outre le cas des Etats Unis, la décolonisation n'a pas totalement eu lieu au Canada, en Australie et en Nouvelle Zélande. En effet, ces Etats demeurent aujourd'hui encore des vestiges de l'ancien Empire colonial britannique, la Reine d'Angleterre demeurant chef d'Etat, ses prérogatives étant exercées par un représentant de la Couronne – le gouverneur général – désigné par elle sur proposition néanmoins du premier ministre<sup>13</sup>. Ces Etats postcoloniaux ne sont toutefois plus formellement des colonies compte tenu du fait qu'aujourd'hui, ils disposent d'une pleine souveraineté, l'incarnation même de cette évolution résidant dans le fait que dès lors, leurs Parlements disposent d'une pleine compétence constitutionnelle et seraient donc en mesure de décider unilatéralement de rompre toute attache avec la métropole. L'illustration la plus notable réside dans l'adoption en 1982 par le Parlement britannique d'une nouvelle loi constitutionnelle canadienne fixant notamment les règles selon lesquelles les instances canadiennes peuvent disposer de leur Constitution. Cette loi permettait donc selon les mots de la doctrine canadienne, le rapatriement de la Constitution et donc de « parachever l'indépendance politique de la confédération par la souveraineté constitutionnelle »<sup>14</sup>.

8. Malgré cette indépendance constitutionnelle, ces Etats apparaissent néanmoins plus que jamais comptables de l'héritage colonial britannique et c'est tout naturellement que la jurisprudence s'est formée en tenant compte de cet héritage, d'autant plus que ce sont des Etats largement influencés par la Common law britannique. En conséquence, compte tenu d'un passé difficilement acceptable selon les standards internationaux contemporains<sup>15</sup>, des revendications menées par les peuples autochtones devant les instances politiques et juridique et de leur prise en compte grandissante par la communauté internationale<sup>16</sup>, les Etats postcoloniaux sont plus que jamais face à leur histoire. Décider quelle lecture faire de l'histoire relève dès lors d'un enjeu existentiel susceptible de remettre en cause la légitimité même des Etats. Aussi, soit la colonisation est assumée et cela doit impliquer de fait une réparation voire une restitution des territoires indument conquis selon les principes traditionnellement admis en Common law, soit la colonisation est reniée au risque de faire perdurer une injustice historique potentiellement condamnée sur le plan international et source éternelle de conflit avec les peuples colonisés. Compte tenu de l'enjeu de cette lecture

---

<sup>12</sup> ESTEMAD Bouda, « Pour une approche démographique de l'expansion coloniale de l'Europe », *Annales de démographie historique*, 2007/1 (n° 113), p. 13-32, tableau 1.

<sup>13</sup> Ce processus de nomination résulte toutefois de la coutume, la Reine pouvant nommer théoriquement qui elle le souhaite pour la représenter.

<sup>14</sup> D'ONORIO Joël Benoit, « Le rapatriement de la Constitution canadienne », *Revue internationale de droit comparé*, 1983, Vol. 35 n°1, p. 69.

<sup>15</sup> L'exemple le plus marquant est la résolution n°2334 adoptée le 23 décembre 2016 par le conseil de sécurité des Nations unies afin de condamner la colonisation par Israël du territoire palestinien.

<sup>16</sup> Adoption des conventions 107 (1957) et 169 (1989) de l'Organisation internationale du travail, rapport Cobo sur les discriminations à l'égard des peuples autochtones établi sous l'égide du Conseil économique et social de l'ONU, déclaration des nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'assemblée générale en 2007.

historique, seul le juge, auréolé du prestige qui est le sien dans la culture britannique, semblait habilité à faire la lumière sur la vérité historique, arbitrant de manière sous-jacente un contentieux primordial sur la validité historique de la colonisation et au-delà sur l'existence même des Etats postcoloniaux.

9. Le rôle du juge, institution profondément liée à la naissance des Etats postcoloniaux, sera alors d'autant plus légitimé dans cette difficile tâche qui est celle de déterminer la vérité historique, que les peuples autochtones eux-mêmes vont faire appel à lui pour régler leurs contentieux avec l'Etat postcolonial et faire valoir leurs droits au territoire. En ce sens, les fameux arrêts *Cherokee Nation v. Georgia*<sup>17</sup> et *Worcester v. Georgia*<sup>18</sup> rendus par la Cour suprême des Etats Unis en 1831 et 1832 en sont des exemples éminents : en effet, les Cherokees, puissante nation indienne résidant sur le territoire de la Géorgie, étaient menacés depuis le début du XIXème siècle d'expulsion conformément à la politique coloniale américaine. Les Cherokees étaient visés à la fois par les lois de l'Etat fédéré – la Géorgie – et par celles des Etats Unis, notamment le *Indian removal Act* adopté en 1830<sup>19</sup> qui ordonnait la déportation des indiens à l'est du Mississipi. Plutôt que de se soumettre ou de résister par la voie des armes, les Cherokees se prévalurent contre ces législations devant les tribunaux américains. La Cour suprême américaine fut ainsi amenée à se prononcer sur une question fondamentale qui est celle de savoir quel est le statut des Cherokees : sont-ils un peuple colonisé sous tutelle des Etats Unis ? Sont-ils une nation indépendante et souveraine ? Cette question centrale pose inmanquablement celle de la vérité historique et de la légitimité de la colonisation, la Cour ayant à cette époque donnée des signaux divergents puisque si elle considérait dans l'affaire *Cherokee nation v. Géorgie* que les indiens « ont été uniformément traités comme État depuis notre établissement dans ce pays » et qu'ils sont donc « reconnus pour avoir un droit incontestable et jusque-là incontesté sur les terres qu'ils occupent »<sup>20</sup>, elle tempéra néanmoins ce constat en relevant qu'ils « ne sont reconnus comme Etat par aucun pouvoir sur la terre, à l'exception des Etats Unis »<sup>21</sup>.

10. La détermination de la vérité historique apparaît dès lors essentielle pour le juge confronté à cette problématique puisqu'il s'agit bien de déterminer si les peuples autochtones ont à un moment où un autre été considérés comme des entités souveraines susceptibles dès lors de disposer pleinement de leur territoire. Pour reprendre les mots de Marc Cottereau, l'histoire apparaît en la matière « comme un éclairage complémentaire et indispensable à la connaissance juridique » et serait ainsi « une manière de légitimer la production de certaines normes »<sup>22</sup>. Le procès de l'histoire serait donc in fine un moyen de légitimer devant le juge deux causes a priori antagonistes : légitimer la colonisation dans un premier temps afin de légitimer l'Etat, le juge rejetant ainsi toute contestation visant à en remettre en cause l'héritage (I) ; légitimer à l'inverse la revendication des autochtones contre l'héritage de la colonisation, le juge validant selon l'argument historique le droit

---

<sup>17</sup> *Cherokee Nation v. Georgia*, (1831), 30 U.S. 1

<sup>18</sup> *Worcester v. Georgia*, (1832) 31 U.S. 515

<sup>19</sup> « An Act to provide for an exchange of lands with the Indians residing in any of the states or territories, and for their removal west of the river Mississippi », 4 Stat 411.

<sup>20</sup> *Id.*, (1831) 30 U.S. 1, 16-17 : « They have been uniformly treated as a State from the settlement of our country. [...]The Indians are acknowledged to have an unquestionable, and heretofore an unquestioned, right to the lands they occupy until ».

<sup>21</sup> *Id.*, (1831) 30 U.S. 1, 24 : « as a State, they are known to nobody on earth but ourselves, if to us ».

<sup>22</sup> COTTEREAU Marc, « L'usage d'argument historique dans le discours juridique », 9<sup>ème</sup> congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Juin 2014, Lyon, [en ligne] : [http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-cottereau\\_T2.pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-cottereau_T2.pdf), [consulté le 28 mai 2017].

qu'ont les premières nations à la restitution des territoires dont elles ont été indument privées des suites de la colonisation (II).

11. Ces deux postures divergentes semblent alors se succéder dans la jurisprudence coloniale et postcoloniale des Etats de colonisation britannique avec comme conséquence inévitable de cette évolution, une vision évolutive de l'histoire, le juge étant dès lors susceptible de retourner la vérité historique au rythme des époques et de la politique jurisprudentielle.

## I. Une lecture jurisprudentielle de l'histoire légitimant la colonisation européenne

12. Dès les débuts de la colonisation suite à la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb en 1492, une réflexion fut portée par les théologiens sur la légitimité d'une colonisation privant des êtres humains – certes païens – des « droits naturels » dont ils disposeraient. La philosophie de l'école de Salamanque – dont les éminents théoriciens se révélaient être Francisco de Vitoria<sup>23</sup> et Francisco Suarez – allait dès lors pousser la couronne d'Espagne à tempérer les velléités des colonisateurs, les *Leyes nuevas* adoptées par l'empereur Charles Quint en 1542 ayant ainsi garanti aux amérindiens leurs droits à la liberté et à la propriété. Toutefois, les nécessités de la colonisation et l'avidité des colons rendirent l'application de ces lois particulièrement difficile, en témoigne la révolte menée dès 1546 par Gonzalo Pizarro – frère du conquistador des Andes – contre la couronne, révolte qui s'acheva certes par la défaite des colons et la décapitation de leur leader mais par une révision des *leyes nuevas*, l'encomienda – régime de servage mettant les indiens à disposition d'un encomendero – étant rétablie.

13. L'enseignement de la colonisation hispanique pose alors la problématique de la coexistence entre colons et indiens, la métropole ayant dès lors été confrontée à la nécessité de concilier obligation économique et obligation « humanitaire ». Afin de permettre une colonisation plus apaisée, conforme aux règles du droit des gens sans pour autant limiter l'étendue de l'expansion coloniale, les juges britanniques – et au-delà les Etats qui en sont issus – furent amenés à qualifier les faits historiques afin que la colonisation soit tout à fait légitime du point de vu du droit des gens. A ce titre, le suisse Emer de Vattel avait pu ainsi valider la colonisation britannique de l'Amérique du nord en se basant sur le comportement des indiens puisque si il condamnait la « conquête des Empires policés du Pérou et du Mexique » comme une « usurpation criante », il considérait parfaitement légitime la colonisation de l'Amérique du Nord compte tenu du fait que « les peuples de ces vastes contrées, les parcouraient plutôt qu'ils ne les habitaient »<sup>24</sup>. Par ailleurs, les autorités britanniques ont pu en conséquence justifier la colonisation au regard du fait que les territoires étaient peu peuplés, ce que le Parlement britannique déduisit du témoignage de Joseph Banks, le botaniste de l'expédition Cook ayant accosté l'Australie en 1770. Banks avait ainsi indiqué au Parlement qu'« il y aurait peu de probabilité d'une opposition de la part des indigènes, comme, au cours de son séjour là-bas, en l'an 1770, il en a vu très peu, et ne pense pas qu'il y en avait plus de cinquante dans tout le voisinage, et avait raison de croire que le pays était très faiblement peuplé ;

---

<sup>23</sup> L'ouvrage *De Indis* publié en 1532 constitue en occurrence son œuvre majeur en faveur des droits des amérindiens.

<sup>24</sup> VATTEL (De) Emer, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, Vol. 1, §.81.

ceux qu'il vit était nus, traitres, et armés de lances, mais extrêmement lâche, et constamment en retrait de nos gens lorsqu'ils ont fait la moindre allure de Résistance »<sup>25</sup>.

14. Il résulte donc de ces différents éléments que la jurisprudence a pu avoir une lecture de l'histoire faisant état d'une colonisation légitime en raison de l'inoccupation pure et simple du territoire par les autochtones (A) mais aussi eu égard à leur incapacité à exploiter ce territoire (B).

### A. La colonisation européenne justifiée par l'inoccupation des territoires

15. Cette approche peut sembler à l'aune de la connaissance historique contemporaine, particulièrement peu probante, notamment compte tenu du fait que la réalité de l'existence des peuples autochtones ne pose aujourd'hui pas vraiment question. De plus, la dénomination même, que ce soit aborigène, indigène ou autochtone implique en elle-même la préexistence, puisque les termes aborigènes et indigènes renvoient tous deux à la notion d'origine là où le terme autochtone fait écho à l'antériorité sur la terre par opposition aux allochtones, éléments étrangers qui se superposent sur les autochtones<sup>26</sup>.

16. Pourtant, c'est bien cette considération qui allait justifier pour les britanniques la colonisation de l'Australie et il reviendra dès lors au juge de valider cette vérité historique de l'inoccupation du territoire colonisé en lui conférant une traduction juridique : celle de la *terra nullius*. Cette théorie fut alors matérialisée formellement en droit à la fin du XIXème siècle dans une décision rendue le 3 avril 1889 par le conseil privé de la reine. Dans cette décision intitulée *Cooper v. Stuart*<sup>27</sup>, il s'agissait pour la plus haute instance juridictionnelle de l'Empire britannique de régler un contentieux portant sur l'octroi à un ressortissant de Nouvelle Galles du Sud – première colonie britannique en Australie – en 1823 d'une portion de territoire finalement réemployée par le gouverneur de la colonie pour un autre projet en 1882. Le contentieux visait alors à déterminer si les principes de droit en vigueur en Angleterre doivent s'appliquer dans l'une de ses colonies. Cette affaire qui ne portait alors nullement sur une revendication aborigène en fit pourtant une victime collatérale puisque le conseil privé se saisit de l'occasion pour clarifier le fondement sur lequel le roi d'Angleterre a étendu sa souveraineté sur ces territoires. En substance, le Conseil relevait qu'« il y a une grande différence entre le cas d'une Colonie acquise par conquête ou cession, dans lequel il y a un système de droit établi, et [le cas] d'une Colonie qui comportait une étendue de territoire pratiquement inoccupée, sans habitants ni Droit établi, au moment où elle a été pacifiquement annexée aux dominions britanniques. La colonie de Nouvelle Galle du Sud appartient à cette dernière catégorie »<sup>28</sup>. En conséquence de cela, le Conseil a donc considéré que les lois applicables en

---

<sup>25</sup> Journal of House Commons, 19 Geo. III, 1779, Vol. 37, p. 311 : « That he apprehended there would be little probability of any opposition from the Natives, as, during his Stay there, in the Year 1770, he saw very few, and did not think there were above Fifty in all the Neighborhood, and had Reason to believe the Country was very thinly peopled; those he saw were naked, treacherous, and armed with Lances, but extremely cowardly, and constantly retired from our People when they made the least appearance of Resistance ».

<sup>26</sup> ROULAND Norbert, PIERRE-CAPS Stéphane, POUMAREDE Jacques, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 428.

<sup>27</sup> *Cooper v Stuart*, [1889] UKPC 1.

<sup>28</sup> *Id*, [1889] UKPC 1, 11 : « There is a great difference "between the case of a Colony acquired by conquest or cession, in which there is an established system of law, and that of a Colony which consisted of a tract of territory practically unoccupied, without settled inhabitants or settled law, at the time when it was peacefully annexed to the British dominions. The Colony of New South Wales belongs to the latter class ».

Angleterre sont de fait effectives dans une colonie acquise de cette manière. Ainsi, par les mots « pratiquement inhabitée », la question aborigène était réduite à néant puisque jugée insignifiante.

**17.** Cette doctrine ne niait néanmoins pas l'existence des aborigènes mais jugeait que leur nombre réduit et leur absence totale d'organisation révélait clairement une situation dans laquelle la colonisation apparaissait parfaitement légitime. Cette doctrine sera alors d'autant plus justifiée par le constat fait par les colonisateurs qui relevèrent que les aborigènes fuyant devant les européens ne semblaient pas particulièrement attachés à leur terre<sup>29</sup>. L'inoccupation des territoires semblait donc résider non pas dans l'absence totale de toute présence indigène mais sur le simple constat selon lequel les indiens n'occupent pas le territoire compte tenu de leur absence de sédentarité, que ce soit pour une raison endogène ou exogène. Ainsi, la démonstration semblait compatible avec les règles du droit international avalisée de surcroît par la doctrine d'Emer de Vattel. En ce sens, Henry Wheaton dans ses *Elements of International Law* considérait qu'« il faut aussi distinguer un État d'avec une horde nomade de sauvages qui ne constitue pas encore une société civile. L'idée légale d'un État implique nécessairement l'obéissance habituelle de ses membres à des personnes investies de l'autorité suprême, et une habitation fixe ainsi qu'un territoire défini appartenant au peuple qui l'habite »<sup>30</sup>. L'idée de sédentarité se retrouve alors de la même manière dans les écrits de John Norton Pomeroy pour qui « un Etat peut être défini comme un peuple occupant de manière permanente un territoire uni par des lois, des mœurs, et des coutumes communes en un seul corps politique »<sup>31</sup>, définition qui fut consacrée en 1868 par la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire *Texas v. White* qui définissait l'Etat comme « un peuple habitant de manière permanente ou temporaire un pays »<sup>32</sup>.

**18.** La terminologie de Wheaton est en ce sens particulièrement marquante puisqu'il ne parle ni d'indien – dimension ethnique – ni d'aborigène, d'autochtone ou même d'indigène – dimension originelle –, il parle de « sauvage », terme qui marque clairement la distinction entre une société humaine civilisée – et habilité à se constituer en Etat – et une société humaine inférieure, inapte à occuper un territoire, le laissant dès lors vacant. Cette terminologie n'est ainsi pas sans rappeler les théories évolutionnistes de Lewis Henry Morgan qui considérait l'autochtonie comme une forme moins avancée de l'humanité puisque réduit à l'état sauvage<sup>33</sup>. Cette terminologie a ainsi pu être usitée par les juridictions américaines au début du XIXème siècle, le juge en chef John Marshall ayant considéré dans l'arrêt *Johnson v. McIntosh* que « les tribus indiennes habitant ce pays étaient composées de féroces sauvages dont l'occupation consistait à faire la guerre et dont la subsistance était tirée essentiellement de la forêt »<sup>34</sup>.

**19.** La manifestation la plus évidente de cette approche réside alors dans l'arrêt *Caldwell v. Alabama* rendu par la Cour suprême de l'Alabama en 1832<sup>35</sup> et pour lequel Thibaud Fleury Graff

<sup>29</sup> DETIENNE Marcel, *L'identité nationale, une énigme*, Paris, Gallimard, 2010, p. 30-31.

<sup>30</sup> WHEATON Henry, *Elements of International Law*, Philadelphia, Lea and Blanchard, 1846, t.1, I, II, §2, p.29.

<sup>31</sup> POMEROY, John Norton, *Lectures on International Law in Time of Peace*, Boston, New York, Houghton, Mifflin and Company, The Riverside Press, 1886, p. 46-47 : définition établie à partir de celle de l'anglais Robert Phillimore.

<sup>32</sup> *State of Texas v. White*, (1868) 74 U.S. 700, 720 : « [the term State] describes sometimes a people or community of individuals united more or less closely in political relations, inhabiting temporarily or permanently the same country ».

<sup>33</sup> MORGAN Lewis-Henri, *La société archaïque*, Paris, 1877, 655 p.

<sup>34</sup> *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh*, (1823), 21 U.S. 543, 590 : « But the tribes of Indians inhabiting this country were fierce savages whose occupation was war and whose subsistence was drawn chiefly from the forest

<sup>35</sup> Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), 1 Stew. & P. 327.

relève dans sa thèse qu'il vise à faire de la civilisation un critère de définition des sujets du droit international<sup>36</sup>. Ainsi, le professeur Fleury-Graff relève dans la décision que « ce n'est que dans le cas où « un peuple possède un territoire où il pratique les arts de la civilisation » sous un « gouvernement organisé » qu'il peut être réputé former une « communauté indépendante », et que, dès lors, « ses droits au territoire devront être respectés »<sup>37</sup>. En substance, ce n'est pour la Cour absolument pas le cas de « ces sortes de population » qui n'ont « ni « gouvernement établi », ni « frontières géographiques déterminées », ni « demeures permanentes, fondées sur l'agriculture »<sup>38</sup>. L'argument repose ici clairement sur le critère de la civilisation qui comme le relève Thibaud Fleury Graff a été cité près de quarante fois dans la décision sans en faire une définition précise<sup>39</sup>. Cette position fut néanmoins renversée peu après dans l'arrêt Worcester v. Géorgie, le critère de la civilisation étant rejeté, la Cour tenant compte dès lors de la condition particulière des Cherokees, nation « qui a fait beaucoup de progrès dans la civilisation », en témoigne notamment les nombreux traités conclus avec eux<sup>40</sup>. La Cour ne rejette en revanche nullement le droit du gouvernement fédéral de régler les rapports avec les indiens et ce en vertu de la Constitution fédérale adoptée conformément au privilège acquis lors de la découverte du nouveau monde par les européens. Cette découverte ne présuppose dès lors plus la non occupation du territoire mais envisage néanmoins l'inaptitude des indiens à réaliser eux même cette découverte.

## B. La colonisation européenne justifiée par la découverte du territoire

**20.** La doctrine de la découverte semble être la conséquence même de la doctrine de la *terra nullius* puisque fondée sur le constat que la possession d'une terre inhabitée doit revenir à la nation l'ayant découverte. Cette doctrine de la découverte demeure néanmoins plus ambiguë eu égard à l'usage qu'avait entendus en faire les espagnols qui considéraient au XVIème siècle que des suites de la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb, l'ensemble du continent – alors non intégralement découvert – devait revenir à la couronne d'Espagne<sup>41</sup>. Le découvreur des « indes » écrivait ainsi dans son journal que « quoi qu'il en fut, ma volonté était de ne passer par aucune île sans en prendre possession, quoique, une prise, on puisse dire qu'elles le sont toutes »<sup>42</sup>. Cette position ne semblait néanmoins pas tenable compte tenu de la multiplicité des découvreurs européens. Aussi, s'est ajoutée progressivement à la notion de découverte la nécessité d'une occupation effective du territoire afin de donner matière à cette découverte.

**21.** Cette doctrine fut dès lors largement utilisée par la Cour suprême des Etats Unis afin de justifier la situation d'infériorité des peuples indiens vis-à-vis du gouvernement fédéral. Elle fut alors développée par le juge Marshall dans la décision Johnson v. McIntosh, l'objectif étant alors de justifier la poursuite de la colonisation vers l'ouest considérant que les colons concrétisent le droit acquis par les britanniques et transmis aux Etats Unis d'Amérique lors de la conclusion du traité de

---

<sup>36</sup> FLEURY-GRAFF Thibaud, *La question du territoire aux Etats-Unis de 1789 à 1914 : apport pour la construction du droit international*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 89-91.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>40</sup> *Id.*, (1832) 31 U.S. 515, 590 : « Are not those nations of Indians who have made some advances in civilization ».

<sup>41</sup> EMOND André, « Les mutations de la « découverte » ou l'émergence des droits des peuples autochtones en droit colonial britannique », in, OTIS Ghislain, *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2005, p. 17-18.

<sup>42</sup> COLOMB Christophe, *La découverte de l'Amérique*, Paris, La découverte, 2015, p. 124.

Paris de 1783 mettant fin à la guerre d'indépendance. Ce principe qui, il est vrai visait surtout à se prémunir à l'égard des revendications territoriales menées par les autres nations européennes, posait néanmoins une contradiction fondamentale puisque la Cour dans l'affaire *Johnson v. McIntosh* considérait dans un même temps les indiens comme « habitants originels » tout en jugeant que « le principe fondamental d'origine de cette découverte a donné un titre exclusif à ceux qui l'ont faite »<sup>43</sup> soit les britanniques et à travers eux les colons américains. Ainsi, les amérindiens apparaissaient alors à la fois comme les premiers occupants tout en étant jugés incapables d'avoir « découvert » eux-mêmes les territoires en question avant les colons. Il leur était donc dénié « par nature » le droit de prendre possession de leurs territoires. Ce principe sera dès lors confirmé dans les décisions *Cherokee nation v. Géorgie* et *Worcester v. Géorgie* qui bien que potentiellement favorable aux peuples autochtones, actaient néanmoins leur statut d'infériorité, la Cour ayant ainsi considéré les Cherokee comme des « domestic dependant nation », soit des nations susceptibles de n'avoir des relations qu'avec les Etats Unis. Cette contradiction inhérente à la sémantique de la doctrine de la découverte avait alors été très tôt dénoncée par Francisco de Vittoria qui considérait dans *De Indis* « que la découverte ne pouvait conférer à l'Espagne un titre au territoire des Indiens « pas plus que si c'était eux qui avaient découvert » l'Espagne »<sup>44</sup>.

22. Toutefois, bien qu'il soit admis dès le XVIIIème siècle « que la doctrine de la découverte [...] est historiquement et juridiquement fautive », le fait que « toute la structure foncière des colonies repose sur cette doctrine » implique qu'il faille la préserver<sup>45</sup>. Aussi, cela sera toujours vrai à la fin du XIXème siècle, l'affaire *St Catharine's Milling and Lumber company v. The Queen*<sup>46</sup> rendue le 20 juin 1887 par la Cour suprême du Canada en étant un exemple édifiant. En l'espèce, il était question pour la Cour suprême du Canada – instituée seulement douze années plus tôt – de résoudre un contentieux portant sur la nature du titre territorial dont dispose les autochtones lors de la conclusion de traité – dans le cas d'espèce, le traité n°3 – avec la couronne. L'enjeu de l'affaire était alors de déterminer si les terres en question lorsqu'elles sont abandonnées par la conclusion d'un traité, le sont au profit de l'Etat fédéral ou au profit des provinces qui conformément à l'article 109 de l'acte de l'Amérique du Nord britannique – adopté par le Parlement de Londres le 29 mars 1867 et actant la naissance de l'Etat fédéral canadien – sont devenues propriétaires de « Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union ». La province de l'Ontario à l'origine du recours considérait alors que par la proclamation royale de 1763, la couronne britannique avait réservé aux indiens l'usage de certaines portions de territoire sans pour autant leur délivrer le moindre titre territorial, le traité n'étant que l'abandon par ceux-ci de leur droit d'usage sur ces terres réservés. Le gouvernement fédéral considérait en revanche que « au Canada, depuis les premiers temps, il a été reconnu que le titre sur le sol était dans les Indiens, et le titre leur a été acquis, non par la conquête, mais par achat »<sup>47</sup>, que la proclamation royale de 1763 n'avait pour objet que de diviser les possessions britanniques en Amérique tout en préservant les droits des indiens et que donc en conséquence, les différents traités conclus avec les indiens avaient pour objet de céder purement et simplement leurs terres qui donc avant cela n'appartenait en aucun cas à la

<sup>43</sup> *Id.*, (1823), 21 U.S. 543, 574 : « the original fundamental principle that discovery gave exclusive title to those who made it ».

<sup>44</sup> VITTORIA (de) Francisco, *De Indis*, p. 139 cité par FLEURY-GRAFF Thibaut, *op.cit.*, p. 95.

<sup>45</sup> EMOND André, *op.cit.*, p. 22.

<sup>46</sup> *St Catharine's Milling and Lumber company v. The Queen* (1887) 13 S.C.R. 577.

<sup>47</sup> *Id.*, 13 S.C.R. 577, 580 : « In Canada, from the earliest times, it has been recognized that the title to the soil was in the Indians, and the title from them has been acquired, not by conquest, but by purchase ».

couronne et ne pouvait donc être de ce fait transférées aux nouvelles provinces conformément à l'article 109 de l'acte de l'Amérique du Nord britannique. La Cour suprême par la voix du juge en chef Ritchie va alors donner raison à la province en considérant que « la couronne est propriétaire du sol de toutes les terres non concédés, les indiens possédant seulement le droit d'occupation, et la couronne possédant le titre juridique soumis à cette occupation, avec le droit absolu et exclusif d'éteindre le titre indien soit par conquête soit par achat »<sup>48</sup>. Cette décision est particulièrement intéressante en ce qu'elle traduit une inflexion des autorités postcoloniales sur la perception qu'elles ont des conséquences de la colonisation. En effet, il n'est plus question pour les autorités fédérales de faire appel à la doctrine de la découverte, les indiens demeurant maître de leur territoire à moins qu'ils ne le cèdent par la voie d'un traité. Le gouvernement fédéral reconnaît donc incidemment la persistance d'une souveraineté autochtone – puisque apte à disposer de leur territoire par voie de traité – alors que le gouvernement provincial juge que les autochtones ne disposeraient que d'un droit d'occupation susceptible d'être éteint à tout moment par la couronne, le recours aux traités n'étant dès lors qu'un choix politique. La Cour en donnant raison à la province va donc ressusciter la doctrine de la découverte, le juge Taschereau mettant clairement en avant le risque que serait un reniement de cette doctrine puisque admettre que la propriété sur les territoires aurait été conservée par les indiens entraînerait comme déduction « que tous les progrès de la civilisation et le développement de ce pays est et aurait toujours été à la merci de la race indienne »<sup>49</sup>.

**23.** Si la crédibilité de la doctrine de la découverte semble douteuse compte tenu des connaissances historiques dont disposaient les hommes du XIXème siècle, ils tentèrent de l'étayer par la nécessité d'une occupation effective du territoire, susceptible de valider la prise de possession. Ainsi, l'absence d'activité agricole – réelle ou supposée – apparaissait comme un moyen susceptible de valider ce postulat en incompetence des indiens de prendre possession des territoires colonisés. En Australie où la doctrine de la *terra nullius* constituait il est vrai le premier motif de légitimation de la colonisation, les juridictions ne niaient pas totalement la présence aborigène mais relevaient néanmoins leur absence d'exploitation du territoire, la notion de *waste land* – comprendre terre inculte – théorisée par la Cour suprême de Nouvelle Galle du Sud en 1847 visant à valider ce constat. En effet, dans l'arrêt *Attorney General v. Brown*, la Cour posait le principe « que les terres incultes de cette colonie sont, et ont toujours été, depuis le temps de la première installation en 1788, à la Couronne »<sup>50</sup>. Cette doctrine comportait toutefois une limite puisqu'elle ne privait pas définitivement les aborigènes de tous droits territoriaux ; la doctrine de la *terra nullius* devait donc permettre de considérer que l'ensemble de l'Australie était inculte et que donc en conséquence, l'ensemble de ces terres devaient revenir à la Couronne.

**24.** En Nouvelle Zélande en revanche, ce type d'argumentaire fondé sur l'inoccupation du territoire ou l'incapacité des autochtones à le maîtriser semblerait peu envisageable compte tenu du contexte de cette colonisation. En effet, la Nouvelle Zélande constitue un cas à part dans lequel, la colonisation s'est faite de manière « consensuelle » puisqu'un traité – le traité de Waitangi – fut conclu en 1840 entre la couronne britannique et les représentants de la confédération Maorie. Le traité impliquait le respect des droits des maoris sur leurs territoires avec néanmoins le transfert de

---

<sup>48</sup> *Id.*, 13 S.C.R. 577, 599-600 : « the crown owns the soil of all the unpatented lands, the Indians possessing only the right of occupancy, and the crown possessing the legal title subject to that occupancy, with the absolute exclusive right to extinguish the Indian title either by conquest or by purchase ».

<sup>49</sup> *Id.*, 13 S.C.R. 577, 649 : « that all progress of civilization and development in this country is and always has been at the mercy of the Indian race ».

<sup>50</sup> *Attorney-General v. Brown* (1847) 1 Legge 312, 316 : « that the waste lands of this Colony are, and ever have been, from the time of its first settlement in 1788, in the Crown ».

la souveraineté sur l'île à la couronne d'Angleterre<sup>51</sup>. En conséquence, la Cour suprême de Nouvelle Zélande dans l'affaire *R v. Symonds* rendue le 9 juin 1847 a considéré que « quelques puisse être l'opinion [des juristes] quant à la force ou la faiblesse du titre autochtone [...] il ne peut être trop solennellement affirmé qu'il est en droit d'être respecté, qu'il ne peut pas être éteint (du moins en temps de paix) autrement que par le libre consentement des occupants autochtones »<sup>52</sup>. Cette affaire qui faisait alors suite à une tentative du gouvernement néozélandais de concéder aux colons des terres appartenant aux maoris vint ainsi formellement le rappeler aux engagements pris par la couronne dans le traité de Waitangi. Néanmoins, les nécessités de la colonisation et la perception négative de l'autochtone par les colons britanniques va amener la Cour à opérer un revirement de jurisprudence en 1877 dans la décision *Wi Parata v. Bishop of Wellington*<sup>53</sup> dans laquelle elle considéra le traité de Waitangi comme « d'une simple nullité » puisque les maoris étant des « barbares primitifs », ils ne pouvaient céder une souveraineté qu'ils n'avaient pas<sup>54</sup>. Cette position semblait néanmoins être une grave négation de l'histoire de la Nouvelle Zélande, le contentieux ne pouvant s'arrêter à ce jugement définitif. En conséquence, la redécouverte de l'histoire coloniale s'imposa au XXème siècle afin de légitimer la revendication des peuples autochtones qui avaient été spoliés sur des motifs s'étant systématiquement révélés faussés.

## II. Une restauration jurisprudentielle de l'histoire légitimant la revendication autochtone

25. La controverse menée en Nouvelle Zélande sur le sens du traité de Waitangi a progressivement gagné en force par l'organisation de la revendication maorie avec la formation en 1970 du Nga Tamatoa, un groupe activiste maori et l'organisation le 14 septembre 1975 d'une marche sur le Parlement de Nouvelle Zélande. En conséquence de cela, la vision négationniste exprimée dans l'affaire *Wi Parata* ne pouvait plus être soutenue politiquement et il fut créé le 10 octobre 1975 par le *Treaty of Waitangi Act*<sup>55</sup> un tribunal spécial chargé de connaître des

---

<sup>51</sup> Une controverse est née néanmoins sur la nature du droit transmis par les maoris puisque selon la version linguistique du traité, les maories n'auraient cédé que le gouvernement de l'île à la couronne et non la souveraineté, les mots étant distincts en langue maorie. Voir sur ce point la controverse entre Martin Doutré tenant de la thèse de la mauvaise traduction et Phil Parkinson tenant de la thèse de la confusion entre documents de référence (la version du traité sur laquelle se fonde Martin Doutré ne serait pas celle qui a été signée) ; DOUTRÉ Martin, *The Littlewood Treaty : The True English Text of the Treaty of Waitangi Found*, Auckland, De Danaan Publishers, 2005, 165p. ; PARKINSON Phil, *Preserved in the Archives of the Colony : The English Drafts of the Treaty of Waitangi*, Wellington, New Zealand Association of Comparative Law, 2005, 110 p. ; LOVERIDGE Donald, « The "Littlewood Treaty": An Appraisal of Texts and Interpretations » [en ligne], <http://www.victoria.ac.nz/stout-centre/research-units/towru/publications/The-Littlewood-Treaty.pdf> (consulté le 5 septembre 2016).

<sup>52</sup> *The Queen at the suit of Charles Hunter McIntosh v John Jeremyn Symonds*, (1847) NZPCC 388, at 390-1 : « Whatever may be the opinion as to the strength or weakness of Native title [...] it cannot be too solemnly asserted that it is entitled to be respected, that it cannot be extinguished (at least in times of peace) otherwise than by the free consent of the Native occupiers ».

<sup>53</sup> *Wi Parata v. Bishop of Wellington*, (1877) 3 NZ Jur (NS) SC 72. Pour un commentaire de l'arrêt, voir WILLIAMS David V., *A Simple Nullity? The Wi Parata Case in New Zealand law and History*, Auckland, Auckland University Press, 2011, 287 p.

<sup>54</sup> *Id.*, (1877) 3 NZ Jur (NS) SC 72, 78.

<sup>55</sup> « An Act to provide for the observance, and confirmation, of the principles of the Treaty of Waitangi by establishing a Tribunal to make recommendations on claims relating to the practical application of the Treaty and to determine whether certain matters are inconsistent with the principles of the Treaty », 1975 N° 114.

revendications territoriales maories fondées sur la violation du traité. Outre la revendication territoriale fondée sur le non-respect du traité par le gouvernement néozélandais, c'est avant tout « considérant que le texte du Traité en langue anglaise diffère du texte du Traité en langue maorie »<sup>56</sup> que le parlement néozélandais a entendu instituer ce tribunal. Ainsi, afin de lever toute controverse sur le sens à donner aux dispositions du traité de Waitangi, l'acte relate en annexe 1 le texte du traité sur lequel le tribunal doit se fonder. De surcroît, le tribunal est dès lors considéré en vertu de l'article 5 2° de la loi comme la juridiction ayant « l'autorité exclusive pour déterminer le sens et l'effet du traité ». Il s'agit donc in fine d'établir un processus de « contrôle de conventionalité » des actes et politiques du gouvernement néozélandais qu'ils soient encore d'actualité ou non, le tribunal ayant compétence dans le cas où il jugerait la revendication fondée, « de recommander à la Couronne que des mesures soient prises pour compenser ou supprimer le préjudice ou pour empêcher d'autres personnes d'être affectées de façon similaire à l'avenir »<sup>57</sup>. Aussi, la compétence du tribunal n'est en pratique nullement juridictionnelle puisqu'il ne peut faire que des recommandations qui feront par la suite l'objet de négociations entre les requérants et la couronne. Ce processus devait ainsi permettre de régler le problème maori sans pour autant menacer l'unité de la Nouvelle Zélande. De surcroît, en instaurant un dispositif non juridictionnel disposant du monopole de l'interprétation du traité, la couronne se prémunissait de toute interprétation hasardeuse susceptible de faire jurisprudence.

**26.** Cette évolution pourrait alors être perçue comme une démarche purement politique visant à établir un travail de reconstitution de la mémoire collective et de réparation des préjudices subies par les maoris. Toutefois, cette évolution jurisprudentielle semble en réalité s'inscrire dans un mouvement plus global de la jurisprudence postcoloniale puisque les années 1970 ont vu se succéder un certain nombre de jurisprudences désormais favorables aux peuples autochtones ou faisant du moins primer leur lecture de l'histoire. Cette évolution semble intervenir suite à la sensibilisation de l'opinion publique internationale sur les droits des peuples autochtones puisqu'en 1971, le Conseil économique et social de l'ONU a mandaté « la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités afin qu'elle entreprenne « une étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones » », étude réalisée sous la direction de José Martinez Cobo et qui constituera dès lors la base des travaux des nations unies sur les droits des peuples autochtones<sup>58</sup>. Le sens de ces travaux était dès lors de faire la parfaite lumière sur ce que sont les peuples autochtones afin notamment de faire tomber les différents stéréotypes entretenus à leur égard jusqu'alors. Si le débat historique semblait dès lors être mené dans l'arène internationale, il revenait néanmoins aux juridictions qui ont arrêté des faits historiques aujourd'hui contestés de les infirmer.

**27.** Ainsi, contrairement à l'idée selon laquelle les territoires colonisés n'étaient pas occupés, les juges ont pu admettre les revendications autochtones au motif qu'ils étaient présents de manière ancestrale sur le territoire (A). Par ailleurs, contrairement à l'idée selon laquelle les autochtones n'étaient pas en capacité de maîtriser leurs territoires et donc d'en avoir la souveraineté, les juges ont admis qu'ils disposaient de prérogatives que la colonisation n'a pu leur retirer (B).

---

<sup>56</sup> *Id*, Préambule : « whereas the text of the Treaty in the English language differs from the text of the Treaty in the Maori language ».

<sup>57</sup> *Id*, Art. 6 (3) : « If the Tribunal finds that any claim submitted to it under this section is well-founded it may, if it thinks fit having regard to all the circumstances of the case, recommend to the Crown that action be taken to compensate for or remove the prejudice or to prevent other persons from being similarly affected in the future. »

<sup>58</sup> ROULAND Norbert, PIERRE-CAPS Stéphane, POUMAREDE Jacques, *op.cit*, p. 397.

## A. La revendication autochtone justifiée par l'occupation ancestrale des territoires

**28.** En 1887, lors de l'affaire *St Catharines Milling and Lumber Compagny v. The Queen*, la Cour suprême du Canada avait conclu à l'extinction de tout titre ancestral autochtone sur les territoires canadiens, seul un droit d'usage subsistant conformément à la proclamation royale de 1763. Près de cent ans plus tard, cette position fut remise en cause à l'occasion d'un contentieux porté par Frank Calder au nom de la tribu des Nishgas<sup>59</sup> visant à faire déclarer par le procureur général de la Colombie Britannique que les titres aborigènes détenus sur le territoire tribal n'ont jamais été juridiquement éteints. Ainsi s'ouvrait l'affaire Calder qui allait remettre en cause la solution adoptée cent ans plus tôt par la Cour suprême du Canada et provoquer plusieurs décennies de développement des droits des peuples autochtones au Canada. Après avoir été débouté en première instance et en appel, les requérants arrivèrent devant la Cour suprême qui rendit sa décision le 31 janvier 1973<sup>60</sup>. Ils n'auront alors pas gain de cause mais le jugement fera néanmoins jurisprudence dans la mesure où aucune opinion réellement majoritaire ne se dégagea (trois juges « majoritaires », trois juges dissidents et un juge s'abstenant). Plusieurs points de controverses allait être soulevés dans l'affaire Calder : 1) La proclamation royale de 1763 a-t-elle vocation à s'appliquer sur les territoires de Colombie britannique dans la mesure où ceux-ci n'étaient pas sous la souveraineté britannique lors de l'adoption de la proclamation ? ; 2) Est-ce que l'établissement de la souveraineté de la Colombie britannique sur les territoires en question en 1858 a eu immédiatement pour conséquence d'éteindre les titres territoriaux détenus par les aborigènes ? Le jugement rendu par le juge Wilfried Judson et soutenu par les juges Ronald Martland et Roland A. Ritchie va alors dans un premier temps écarter l'application de la jurisprudence *St Catharines Milling and Lumber Compagny* au motif que la proclamation royale de 1763 visant spécifiquement les quatre provinces instituées suite au traité de Paris – Québec, Floride occidentale, Floride orientale et Grenade – n'a pas vocation à s'appliquer sur le territoire de la Colombie britannique, territoire sur lequel la souveraineté britannique ne s'est étendue qu'à partir de 1818. Le juge Judson en conclut ainsi « qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles »<sup>61</sup>. Néanmoins, il va considérer par la suite comme les juridictions de Colombie britannique que les titres aborigènes ont été éteints de fait par l'organisation de la colonisation et considérant que le gouvernement de la Colombie britannique a « passé des actes d'aliénation dans la vallée de la Nass, et qui vont à l'encontre de l'existence d'un titre aborigène »<sup>62</sup>. Cette conclusion est alors particulièrement intéressante en ce que dorénavant, le titre aborigène ne peut être éteint de manière tacite mais bel et bien par l'adoption de législation spécifique visant à aliéner les territoires en question. De surcroît, le jugement reconnaît l'antériorité des titres aborigènes et consacre leur persistance tant qu'aucune mesure spéciale n'aura été prise afin de les éteindre. Ce jugement qui constitue déjà une nette évolution dans la politique indienne au Canada va alors prendre d'autant plus d'importance au regard de l'opinion dissidente rédigée par le juge Emmett Hall et soutenu par

---

<sup>59</sup> Soutenu également par James Gosnell pour la Bande Indienne Gitlakdamix, Maurice Nyce pour la Bande Indienne de Canyon City, W.D. McKay pour la Bande Indienne de Greenville et Anthony Robinson pour la Bande Indienne Kincolith.

<sup>60</sup> *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

<sup>61</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 328.

<sup>62</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 337.

Wishart Spence et Bora Laskin, ce dernier devenant juge en chef de la Cour suprême du Canada en fin d'année. Tout d'abord, les juges dissidents remettaient en cause la perception négative qui avait jusqu'alors pesé sur les indiens et justifié leur dépossession unilatérale. Ainsi, le juge Hall remettait en cause la thèse défendue par John Marshall dans *Johnson v. McIntosh* lorsqu'il considérait que « les tribus indiennes habitant ce pays étaient composées de féroces sauvages dont l'occupation consistait à faire la guerre »<sup>63</sup>. Bien au contraire, « Nous savons maintenant que cette appréciation n'était pas fondée. Les Indiens ont de fait parfois participé à certaines guerres tribales, mais ce n'était pas là leur vocation et l'on peut dire que leur préoccupation guerrière était peu importante en comparaison des guerres religieuses et dynastiques qui ont ravagé l'Europe « civilisée » des 16e et 17e siècles ».<sup>64</sup> De surcroît, les juges dissidents constatent que « le juge de première instance n'a pas tenu compte du fait que la possession même est une preuve de propriété. Par conséquent, *prima facies*, les Nishgas sont propriétaires des terres qu'ils ont possédées de temps immémorial et, par conséquent, il incombe carrément à l'intimé d'établir que leur droit a été éteint »<sup>65</sup>. Ils rejettent l'idée selon laquelle l'on puisse déposséder de manière unilatérale les indiens de leurs droits territoriaux considérant que « à coup sûr, les traités canadiens, conclus si solennellement par la Couronne, étaient destinés à éteindre le titre indien. Quel autre objectif pouvaient-ils avoir ? S'ils n'étaient pas destinés à éteindre le titre indien, il s'agissait d'une farce monumentale »<sup>66</sup>. Enfin, ils relèvent que la proclamation de 1763 qui « doit être considérée comme un document fondamental sur lequel il faut se fonder en statuant sur les droits originaux »<sup>67</sup> semble dans son libellé même<sup>68</sup> montrer « d'une façon passablement claire qu'elle devait inclure les terres à l'ouest des Rocheuses »<sup>69</sup>. L'apport de cette opinion dissidente est donc particulièrement important dans la mesure où c'est cette vision qui va par la suite primer dans la jurisprudence canadienne. De surcroît, l'opinion ne fut dissidente qu'à une voix de majorité : celle du juge Louis-Philippe Pigeon qui sans rejoindre l'opinion majoritaire se prononça pour le rejet de l'appel au motif que la Cour suprême n'avait pas compétence pour adopter une déclaration au nom de la Colombie Britannique affectant les droits et privilèges de cette province.

**29.** Le retentissement de l'affaire *Calder* sera dès lors un message repris et diffusé dans les différents Etats postcoloniaux de colonisation britannique compte tenu de l'influence réciproque des juges de Common law. Ainsi, un mouvement similaire s'est mis en place en Australie, Etat qui avait pourtant plaidé clairement la thèse de la *terra nullius* en prévoyant notamment jusqu'en 1967 la non prise en compte des aborigènes dans le recensement de la population<sup>70</sup>. En effet, à cette même époque, le juge Blackburn siégeant à la Cour suprême du territoire du Nord – entité fédérée d'Australie – a rendu un avis majoritaire dans l'affaire *Milirrpum v. Nabalco* décidée le 27 avril 1971

---

<sup>63</sup> *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh*, (1823), 21 U.S. 543, 590, précité.

<sup>64</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 346-347.

<sup>65</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 375.

<sup>66</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 394.

<sup>67</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 395.

<sup>68</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 398-399 : « Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté, de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits Indiens, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson, ainsi que *toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest, vont se jeter dans la mer* ».

<sup>69</sup> *Id.*, [1973] R.C.S. 313, 398.

<sup>70</sup> Article 127 de la Constitution australienne du 9 juillet 1900 : « Quand on calculera le chiffre de la population de la Fédération, ou celui d'un Etat, ou celui d'une autre partie de la Fédération, on ne comptera pas les Aborigènes ».

dans lequel il énonçait que « l'évidence montre un système [aborigène] subtil et élaboré hautement adapté au pays dans lequel les gens ont mené leurs vies, qui a fourni un ordre stable de société et était remarquablement libéré des caprices des lubies ou influences personnelles »<sup>71</sup>. Ainsi, le juge Blackburn remettait en cause la thèse défendue cent ans plus tôt dans l'affaire *Cooper v. Stuart*<sup>72</sup> puisqu'il était dorénavant admis que les aborigènes qui occupaient l'île avant l'arrivée des britanniques étaient bel et bien organisés. Néanmoins, le contentieux qui concernait alors une revendication territoriale ne fut pas tranché en faveur des aborigènes puisque le juge Blackburn a jugé que malgré l'ensemble des preuves présentées, il n'était « pas convaincu que la prétention des demandeurs est probablement plus exacte qu'inexacte. En d'autres termes, je ne suis pas convaincu, compte tenu de la balance des probabilités, que les prédécesseurs des demandeurs avaient en 1788 les mêmes attaches sur ces régions que celles que les demandeurs prétendent maintenant avoir »<sup>73</sup>. Les aborigènes n'eurent alors pas gain de cause mais le principe de la revendication territoriale basée sur l'occupation ancestrale d'un territoire était posé, la seule contrainte étant pour les autochtones d'en apporter la preuve. C'est ainsi que Eddie Mabo réussit dans un procès qui lui couta la vie à donner gain de cause au peuple Meriem des îles du détroit de Torres devant la Haute Cour d'Australie le 3 juin 1992 : c'est l'arrêt *Mabo v. Queensland (No2)*<sup>74</sup>.

**30.** Mabo a constitué ainsi un revirement dans la politique aborigène australienne puisqu'il a créé un précédent sur lequel les aborigènes étaient non seulement reconnus comme population préexistante organisée mais également que leurs titres territoriaux n'avaient pas été éteints du seul fait de la colonisation. La Cour remettait ainsi formellement en cause la doctrine de la *terra nullius* en considérant que « la fiction par laquelle les droits et intérêts des habitants indigènes du pays étaient considérés comme non existants était justifiée par une politique qui n'a plus sa place dans le droit contemporain de ce pays »<sup>75</sup>. En conséquence, les populations aborigènes étaient dès lors habilitées à revendiquer des terres qui leur aurait été indument spoliées à condition d'apporter la preuve de leur occupation ancestrale. Cette décision qui a alors été largement commentée par la doctrine australienne<sup>76</sup> va consacrer en Droit australien la notion de *native title* en considérant que par l'acte de conquête, la couronne n'a pas d'office éteint les titres aborigènes sur les territoires conquis. Reprenant à ce titre le concept de la tenure, principe essentiel de droit anglo-saxon<sup>77</sup>, le juge Brennan, auteur de l'avis majoritaire va en déduire le concept de *radical title* que détient la couronne sur l'ensemble des territoires sur lesquels elle a étendu sa souveraineté. Comme pour la tenure, le *radical title* suppose l'acquisition de la souveraineté – dominion directe – mais préserve

---

<sup>71</sup> *Milirrpum et al. v. Nabalco Ply. Ltd.* (1971) 17 FLR 141, 257 : « The evidence shows a subtle and elaborate system highly adapted to the country in which the people led their lives, which provided a stable order of society and was remarkably free from the vagaries of personal whim or influence. If ever a system could be called 'a government of laws, and not of men', it is that shown in the evidence before me ».

<sup>72</sup> *Cooper v Stuart* [1889] UKPC 1, précité.

<sup>73</sup> Cité dans *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 415.

<sup>74</sup> *Mabo v. Queensland (No 2)*, (1992) 175 CLR 1.

<sup>75</sup> *Id.*, (1992) 175 CLR 1, 42 : « The fiction by which the rights and interests of indigenous inhabitants in land were treated as non-existent was justified by a policy which has no place in the contemporary law of this country ».

<sup>76</sup> Notamment BARTLETT Richard, *The Mabo decision*, Sydney, Butterworths, 1993, 174 p. ; BUTT Peter, EAGLESON Robert, *Mabo – What the High Court said and what the government did*, Sydney, The federation press, 1996, 99 p. ; SHARP Nonie, *No ordinary Judgment – Mabo, The Murray Islanders' Land Case*, Canberra, Aboriginal studies press, 1996, 290 p. ; STEPHENSON Margaret (dir.), *Mabo : The native title legislation*, St Lucia, UQP, 1995, 209 p.

<sup>77</sup> *Id.*, (1992) 175 CLR 1, 48-49.

pour les sujets la propriété – dominion utile –. Aussi, si la Cour admet que dans l'hypothèse d'une terre totalement inhabitée, le titre acquis par la couronne aurait été intégral – *absolute beneficial title* –, l'existence d'une population préexistante implique que le « *radical title* qui est acquis avec l'acquisition de la souveraineté ne peut lui-même être pris pour conférer un *absolute beneficial title* pour les terres occupées »<sup>78</sup>. Toutefois, la Haute Cour n'exclut pas la possibilité pour le souverain d'éteindre unilatéralement un *native title* pour son propre usage, la couronne étant de surcroît la seule habilitée à procéder à cette extinction du titre autochtone. Ainsi, l'espèce de l'affaire Mabo a donné gain de cause au peuple Meriem étant donné que la couronne n'avait pas éteint formellement le titre aborigène. Cette position est en ce sens assez similaire à celle adoptée par la Cour suprême du Canada vingt ans plus tôt dans l'affaire Calder. Elle n'est en ce sens pas très protectrice en apparence des intérêts aborigènes ; mais elle constitue néanmoins une véritable révolution dans la politique aborigène australienne puisque dès lors, tout titre non éteint peut être revendiqué sur la « seule » preuve de la possession ancestrale. L'affaire Mabo constitue ainsi une avancée notable dans la revendication territoriale aborigène puisqu'il a contribué à donner un espoir de succès dans les procédures juridictionnelles engagées.

**31.** Que ce soit donc au Canada ou en Australie, les juges ont donc clairement acté la présence ancestrale des autochtones sur les territoires colonisés, présence suffisamment caractérisée pour leur conférer des droits propres. En ce sens, la jurisprudence redécouvre cent ans après avoir considéré les premières nations comme des sauvages ce qu'ils sont vraiment : des peuples autochtones dont la caractéristique est d'être « liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion » selon les termes de José Martinez Cobo. Ainsi, le tribunal de Waitangi avait clairement distingué les Maoris d'une « simple » minorité ethnique en relevant que « parmi tous les groupes minoritaires, seuls les Maori ont été parties à un traité passé solennellement avec la Couronne [...] Le traité passé avec les Maori de Nouvelle-Zélande occupe une place particulière qui souligne, si besoin est, leur place historique en tant qu'habitants originels »<sup>79</sup>. Ainsi, au-delà de leur occupation ancestrale du territoire, l'histoire démontre que les peuples autochtones disposent de droits spécifiques hérités de leur capacité à conclure avec les colonisateurs des traités bilatéraux.

## B. La revendication autochtone justifiée par la maîtrise du territoire

**32.** Selon l'imagerie coloniale, l'autochtone serait un nomade, chasseur-cueilleur et potentiellement inapte à la civilisation. L'imagerie australienne des aborigènes dans les abécédaires de la fin du XIXème siècle en est alors l'illustration la plus flagrante, l'aborigène étant représenté dans « l'alphabet du jeune australien » de 1871 à la lettre B comme « Black-Fellow » qui est « paresseusement endormi sous un arbre, comme nous pouvons tous le voir »<sup>80</sup>. Les peuples autochtones étaient pourtant perçus dans les débuts de la colonisation comme des interlocuteurs indispensables pour les colons européens, au Canada notamment où la lutte entre colonisateurs impliquait pour eux de tisser le plus large réseau d'alliance possible, cela permettant pour la nation européenne alliée de démontrer sa maîtrise du territoire vis-à-vis des autres<sup>81</sup>. L'illustration la plus flagrante de cette démarche réside dans le choix fait par la couronne britannique d'établir la

---

<sup>78</sup> *Id.*, (1992) 175 CLR 1, 51 : « the radical title which is acquired with the acquisition of sovereignty cannot itself be taken to confer an absolute beneficial title to the occupied land ».

<sup>79</sup> Cité par ROULAND Norbert, PIERRE-CAPS Stéphane, POUMAREDE Jacques, *op.cit.*, p. 435.

<sup>80</sup> LITAUDON Marie-Pierre, « Les abécédaires australiens et la construction de la Nation : quel statut pour les Aborigènes ? », *Strenæ*, 2012, n°3, [En ligne] : <http://strenae.revues.org/466>, [consulté le 24 octobre 2016].

<sup>81</sup> EMOND André, *op.cit.*, p. 19.

colonisation de la Nouvelle Zélande par le traité de Waitangi conclu avec les Maoris. Le préambule du traité est en ce sens particulièrement parlant puisque la couronne juge nécessaire l'établissement du traité compte tenu « de la rapide extension de l'émigration de l'Europe et de l'Australie qui est encore en progrès »<sup>82</sup>. Certes, le traité a été semble-t-il conclu pour être opposable à l'égard des autres nations européennes, mais ne serait-il pas contradictoire de s'en prévaloir en considérant pourtant les maoris incapable de conclure un traité comme la Cour suprême de Nouvelle Zélande le relevait dans l'affaire *Wi Parata* ?

**33.** Cette approche était partagée par les juridictions canadiennes qui furent confronté à cette ambiguïté compte tenu de l'importance du recours aux traités pour acter les dépossessions territoriales<sup>83</sup>. Aussi, pour rejeter toute assimilation des traités conclus avec les autochtones à des traités internationaux, la Cour de comté de Nouvelle Ecosse releva en 1929 dans l'affaire *R v. Syliboy* que « les traités sont des actes libres de puissances indépendantes. Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus ». La Cour considérait donc que les traités conclus avec les indiens ne sont tout au plus qu'un « simple accord conclu entre le gouvernement et le conseil et une poignée d'Indiens leur donnant en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume »<sup>84</sup>. Cette position reprenait alors clairement la logique de la doctrine de la découverte en en tirant les conséquences quant à l'inaptitude des indiens à maîtriser leur destin. Mais des suites de l'affaire *Calder*, cette vision négative des indiens sera remise en cause dans l'affaire *Simon c. la Reine* rendue par la Cour suprême du Canada le 21 novembre 1985. Aussi, le juge en chef Dickson auteur de l'opinion majoritaire cite cette jurisprudence mais en conteste le langage en considérant que celui-ci « n'est désormais plus acceptable en droit canadien et en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des peuples autochtones au Canada ». Il en conclut que les conclusions du juge Paterson « à l'égard de la capacité ne sont pas convaincantes »<sup>85</sup>. En conséquence, le traité est jugé valable et opposable aux diverses parties ce qui à l'époque du contentieux a une importance notable dans la mesure où depuis 1982, les traités conclus avec les autochtones ont valeur constitutionnelle. Néanmoins, le juge Dickson ne reconnaît pas à ces traités la qualité de traité de droit international puisqu'il va considérer que « bien qu'il puisse être utile dans certains cas de faire une analogie entre les principes du droit international des traités et les traités avec les Indiens, ces principes ne sont pas déterminants. Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international »<sup>86</sup>.

**34.** Ces traités sont néanmoins pleinement opposables, la couronne étant tenu à ses engagements considérant le concept « d'honneur de la couronne » dégagé par les juges de l'Ontario dès 1981 dans les arrêts *R v. Taylor and William*<sup>87</sup> et *R v. Agawa*<sup>88</sup>. Sans recourir formellement à la

---

<sup>82</sup> Traité de Waitangi, préambule : « Her Majesty [...]has deemed it necessary in consequence of the great number of Her Majesty's Subjects who have already settled in New Zealand and the rapid extension of Emigration both from Europe and Australia which is still in progress to constitute and appoint a functionary properly authorized to treat with the Aborigines of New Zealand ».

<sup>83</sup> De 1871 à 1921, onze traités furent conclus entre la couronne du Canada et les peuples autochtones.

<sup>84</sup> *R v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 p. 313-314 cité dans *Simon c. la Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 20.

<sup>85</sup> *Id.*, [1985] 2 R.C.S. 387, 21.

<sup>86</sup> *Id.*, [1985] 2 R.C.S. 387, 33.

<sup>87</sup> *R v. Taylor and Williams*, (1981), 34 O.R. (2d) 360, 367.

notion, la Cour suprême du Canada va préciser au début des années 1980 le statut des traités conclus avec les peuples autochtones en considérant dans l'affaire *Nowegijick c. la Reine* rendue le 25 janvier 1983 que « les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens »<sup>89</sup>. Ainsi, dans l'affaire *R c. Sioui* rendue le 24 mai 1990, la Cour suprême face à un traité conclu avec les Hurons en 1760 par le général Murray considéra que les obligations réciproques issues de celui-ci liaient effectivement la couronne alors que celle-ci n'était à l'époque des faits pas encore souveraine sur le Canada français. En effet, le juge Lamer, auteur de l'avis majoritaire, au regard de la situation géopolitique en 1760 en a conclu « sans hésitation » que « les Hurons pouvaient raisonnablement croire que la couronne britannique avait le pouvoir de conclure un traité avec eux qui serait en vigueur tant que les Britanniques contrôlèrent le Canada »<sup>90</sup>. De surcroît, le juge va considérer que « puisque les Hurons avaient la capacité de conclure un traité avec les Britanniques, ils doivent donc être les seuls à pouvoir donner le consentement nécessaire à son extinction »<sup>91</sup>. Ainsi, la Cour suprême du Canada bien que ne reconnaissant pas aux traités conclus avec les indiens le statut de traité de droit international va considérer néanmoins que les droits et obligations qui en sont issus ne peuvent être niés sans le consentement des indiens partis au traité. Aussi, la Cour va reprendre et systématiser le recours à la notion d'honneur de la couronne à partir de l'affaire *R. c. Sparrow* rendue une semaine après *R. c. Sioui* en considérant que « l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones »<sup>92</sup>. La valeur des traités ne fait donc aujourd'hui plus grand doute au Canada, l'avocate canadienne Renée Dupuis relevant par ailleurs que si les puissances coloniales ont conclu ces traités, c'est bien qu'elles jugeaient suffisamment indépendants les peuples avec lesquels ils ont été établis pour juger valable la portée de ces traités sur le plan des relations internationales<sup>93</sup>.

35. Il est donc particulièrement intéressant de relever ici que comme l'envisageait déjà le gouvernement fédéral canadien dans l'affaire *St Catharine's Milling and Lumber company v. The Queen*, l'intérêt des puissances postcoloniales ne se confond donc pas avec l'intérêt poursuivi originellement par les colonisateurs. En effet, il n'est plus souhaitable aujourd'hui de garder une vision négative des autochtones compte tenu du fait que cela remettrait en cause toute l'œuvre de légitimation de l'Etat postcolonial tant sur le plan interne qu'international. En validant la compétence originelle des autochtones et en recherchant une légitimation du titre territorial dans leur consentement, cela permet de légitimer l'Etat postcolonial tout en délégitimant la colonisation. La Cour suprême américaine a ainsi poussé particulièrement loin cette logique dans l'affaire *United States v. Wheeler*<sup>94</sup>. Par cet arrêt rendu le 22 mars 1978, il était alors question de l'application de la « *double jeopardy clause* » du 5<sup>ème</sup> amendement de la Constitution qui prévoit que des mêmes faits ne peuvent donner lieu à une double peine<sup>95</sup>. En l'espèce, un indien de la tribu navajo avait été arrêté dans la réserve indienne navajo et condamné par une juridiction tribale pour conduite désordonnée et pour avoir contribué à la délinquance d'un mineur conformément au code tribal Navajo. Plus d'un an plus tard, il fut inculpé par un grand jury pour viol, infraction capitale relevant alors en droit américain de la juridiction fédérale. Considérant que l'inculpé Robert Wheeler avait

---

<sup>88</sup> *R v. Agawa*, (1988), 28 O.A.C. 201, 215-216.

<sup>89</sup> *Nowegijick c. La Reine* [1983] 1 RCS 29, 36.

<sup>90</sup> *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075.

<sup>93</sup> DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, Québec, Editions du Boréal, 1991, p. 102-103.

<sup>94</sup> *United States v. Wheeler*, [1978] 435 US 313.

<sup>95</sup> Parallèle en ce sens avec la notion de *non bis in idem*.

déjà été condamné par la juridiction tribale pour les faits incriminés, celui-ci a demandé aux juridictions fédérales de rejeter l'inculpation sur le fondement de la « *double jeopardy clause* » du 5<sup>ème</sup> amendement. Les juridictions d'appel et de première instance vont alors lui donner raison considérant notamment selon les termes de la Cour d'appel du 9<sup>ème</sup> circuit que « les tribunaux indiens de première instance et les tribunaux de district des Etats Unis ne sont pas les démembrements de souverains distincts »<sup>96</sup>. En apparence, cette affaire semble alors relever d'un « banal » conflit de juridictions tranché par les juridictions fédérales. Or, en élevant l'affaire devant la Cour suprême, la question fondamentale de la souveraineté tribale allait être interrogée afin de déterminer le statut de la juridiction tribale dans l'ordre juridictionnel américain. Selon la logique des juridictions du fond, les tribunaux indiens de première instance exerceraient une compétence juridictionnelle en substitut des juridictions fédérales. Selon cette approche, le ressort juridictionnel de la réserve indienne apparaît pleinement intégré dans le ressort juridictionnel fédéral. La Cour suprême allait alors dénier cette approche en jugeant distincte les souverainetés tribale et fédérale, la « *double jeopardy clause* » ne s'opposant pas à ce que deux souverains poursuivent les mêmes faits.

**36.** La Cour va en effet par la voix du juge Stewart considérer que contrairement à ce que plaide l'intimé qui considère que les tribus indiennes « ne sont que les « armes du gouvernement fédéral » »<sup>97</sup>, « il est incontestable que les tribus indiennes ont le pouvoir de faire respecter leurs lois pénales contre les membres de la tribu » et ce « bien que physiquement sur le territoire des Etats Unis et soumis à un contrôle fédéral ultime »<sup>98</sup>. Ainsi, le fond de la question posée était de savoir si le jugement rendu par la juridiction tribale relevait d'une souveraineté tribale inhérente ou d'un « aspect de la souveraineté du gouvernement fédéral » qui aurait été « délégué aux tribus par le Congrès »<sup>99</sup>. Le juge Stewart relève alors que « avant l'arrivée des européens, les tribus étaient des communautés autonomes politiquement souveraines »<sup>100</sup>, que « leur incorporation dans le territoire des Etats Unis, et leur acceptation de leur protection, les ont nécessairement départis de certains aspects de la souveraineté qu'elles avaient précédemment exercées »<sup>101</sup> mais que malgré cela, « il est évident que le pouvoir souverain de punir les contrevenants tribaux n'a jamais été abandonné par la tribu Navajo, et que l'exercice tribal de ce pouvoir aujourd'hui est donc l'exercice continu d'une souveraineté tribale retenue »<sup>102</sup>. En conséquence de cela, le jugement rendu par une juridiction tribale à l'égard de Robert Wheeler relève bien d'une souveraineté distincte de la

---

<sup>96</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 316 : « Indian trial courts and United States district courts are not arms of separate sovereigns ».

<sup>97</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 319 : « the tribes are merely "arms of the federal government" ».

<sup>98</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 321 : « It is undisputed that Indian tribes have power to enforce their criminal laws against tribe members. Although physically within the territory of the United States and subject to ultimate federal control ».

<sup>99</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 322 : « is it a part of inherent tribal sovereignty, or an aspect of the sovereignty of the Federal Government which has been delegated to the tribes by Congress ? ».

<sup>100</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 322-323 : « Before the coming of the Europeans, the tribes were self-governing sovereign political communities ».

<sup>101</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 323 : « Their incorporation within the territory of the United States, and their acceptance of its protection, necessarily divested them of some aspects of the sovereignty which they had previously exercised ».

<sup>102</sup> *Id.*, [1978] 435 US 313, 323-324 : « It is evident that the sovereign power to punish tribal offenders has never been given up by the Navajo Tribe, and that tribal exercise of that power today is therefore the continued exercise of retained tribal sovereignty ».

souveraineté fédérale ce qui n'empêche pas cette dernière de se saisir des faits incriminés pour poursuivre l'intimé conformément à la « double jeopardy clause » du 5<sup>ème</sup> amendement.

**37.** La Cour suprême des Etats Unis a donc agi ici en reconnaissant la résilience d'une souveraineté tribale, les autochtones étant habilités à avoir leur propre système de justice. La Cour va ainsi certes dans l'intérêt de la justice fédérale qui est de pouvoir intervenir sur des faits pénalement répréhensibles commis sur le territoire des Etats Unis, mais tout en ménageant une approche largement favorable à la reconnaissance de la spécificité des peuples autochtones aux Etats Unis. Cette évolution du discours judiciaire n'est alors pas anodine rapporté aux considérations faites par la même Cour cent ans plus tôt. En effet, les termes désormais employés excluent toute idée d'infériorité des peuples autochtones, leur soumission à la souveraineté américaine n'étant dès lors plus le fait de la colonisation mais bien de leur acceptation par eux de cette juridiction fédérale.

**38.** Si le contexte international s'est prêté à cette restauration de l'histoire des peuples autochtones, c'est par la voix des juges étatiques que ce revirement historique s'est opéré, l'objectif étant dès lors de renoncer à une vision coloniale pour le moins contraire à tout ce qu'enseignent les travaux des historiens et anthropologues du XXème siècle. L'enjeu de ces évolutions jurisprudentielles semble dès lors un moyen de faire oublier que l'Etat postcolonial fut colonial comme le procès Pétain semblait vouloir faire oublier que la France avait collaboré. Ce mouvement semble toutefois devoir se prolonger puisque là où la France par la voix de Jacques Chirac en 1995 devait reconnaître sa responsabilité quant aux fautes commises par le régime de Vichy, les dirigeants des Etats postcoloniaux semblent aujourd'hui plus propices à assumer l'héritage de la colonisation devant les peuples autochtones, le premier ministre australien Kevin Rudd ayant présenté le 13 février 2008 les excuses officielles du gouvernement australien aux aborigènes pour toutes les injustices qu'ils ont subi. Le 11 juin 2008, son homologue canadien Stephen Harper en faisait de même à l'égard des autochtones qui furent enlevés dans les pensionnats, son successeur Justin Trudeau ayant confirmé cette position le 15 décembre 2015 en déclarant notamment que « désormais, l'un de nos objectifs [...] est d'accepter pleinement nos responsabilités – et nos échecs – comme gouvernement et comme pays ». Cette étape que le gouvernement néozélandais avait amorcée avec la création du Tribunal de Waitangi en 1975 fut également franchie aux Etats Unis par l'adoption par le 111<sup>ème</sup> congrès en 2009 d'une résolution par laquelle « le Congrès des Etats Unis : (4) présente ses excuses au nom du Peuple des Etats Unis à tous les peuples autochtones pour les nombreux cas de violence, de maltraitance et la négligence infligés aux peuples autochtones par les citoyens des Etats Unis »<sup>103</sup>.

**39.** Ce retournement est alors d'autant plus remarquable que ces quatre Etats sont les seuls qui ont voté contre la déclaration des nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée en 2007 par l'assemblée générale des nations unies. Aussi, il semble que ce travail de mémoire ait dû se faire au rythme de leur jurisprudence qui jadis légitimait la colonisation et qui aujourd'hui légitime l'Etat postcolonial en portant la parole officielle vers la reconnaissance des préjudices infligés aux peuples autochtones. Si la différenciation demeure aujourd'hui encore, ce rétablissement de la vérité historique dans les tribunaux étatiques renforce la confiance des autochtones dans les Etats postcoloniaux et marque peut être le début de la réconciliation.

---

<sup>103</sup> Public law 111-118, 123 Stat 3453, Sect. 8113 : « The United States, acting through Congress : (4) apologizes on behalf of the people of the United States to all Native Peoples for the many instances of violence, maltreatment, and neglect inflicted on Native Peoples by citizens of the United States; ».