L'INDIVIDU OUBLIÉ : UNE HISTOIRE JURIDICTIONNELLE DES INDIENS D'AMÉRIQUE

par Wanda MASTOR

*Professeur de droit public, directrice du Centre de droit comparé IRDEIC
– Centre d'Excellence Jean Monnet – Université Toulouse Capitole*

*« L'homme s'accoutume à tout.
À la mort sur les champs de bataille,
à la mort dans les hôpitaux, à tuer et à souffrir.
Il se fait à tous les spectacles : un peuple antique,
le premier et le légitime maître du continent américain,
fond chaque jour comme la neige aux rayons du soleil
et disparaît à vue d'œil sur la surface de la terre »*

Tocqueville, *Quinze jours dans le désert*,
Gallimard, coll. « Folio », 2012, p. 8.

Au printemps 1791, René de Chateaubriand, accompagné de jeunes séminaristes de Saint-Sulpice, rejoint l'Amérique depuis le port de Saint-Malo. Absence d'ancêtres, de souvenirs et de monuments sont compensés par ce qui fascinera nombre de voyageurs : « Il n'y a de vieux en Amérique que les bois, enfants de la terre, et la liberté, mère de toute société humaine : cela vaut bien des monuments et des aïeux »¹. C'est surtout le besoin primaire de découvrir une nature sauvage épurée de toute civilisation qui tentera plus tard le jeune Tocqueville, animé par un instinct rousseauiste

---

1. F.-R. de Chateaubriand, *Chateaubriand illustré; Voyages en Italie et en Amérique*, impr. de Vialat, Lagny, 1851, p. 41.

qui pourrait se résumer dans cette exclamation de Chateaubriand découvrant l'Amérique : « Liberté primitive, je te retrouve enfin ! »². Collines, lacs, ruisseaux, arbres, animaux, « mœurs des sauvages » sont décrits dans la pure tradition romantique, et Tocqueville avouera — le terme est de lui — dans *Quinze jours dans le désert* que ce sont notamment les récits de Chateaubriand et Cooper qui lui donneront une envie de « wilderness »³. Ce paradis perdu, esthétiquement promu par d'autres avant lui, offre à Tocqueville l'occasion de s'en émerveiller, même s'il écrit à sa mère que dans cette lutte entre l'homme et la forêt, le premier perd souvent⁴. Il fait aussi le constat de la cruauté des nouveaux occupants de cette extrémité de la civilisation. En parlant de l'Américain, il souligne dans son récit de voyage que « cette incroyable destruction, cet accroissement plus surprenant encore lui paraît la marche habituelle des événements. Il s'y accoutume comme à l'ordre immuable de la nature »⁵. Dans son chef-d'œuvre *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville dépeint des êtres qui se sont construits en dehors du contact avec l'autre plus civilisé : « L'Indien ne devait rien qu'à lui-même : ses vertus, ses vices, ses préjugés étaient son propre ouvrage ; il avait grandi dans l'indépendance sauvage de sa nature »⁶. Et l'observateur français de trouver en quelques mots ce qui pourrait résumer des années de traitement juridique : « Quoique le vaste pays qu'on vient de décrire fût habité par de nombreuses tribus d'indigènes, on peut dire avec justice qu'à l'époque de la découverte il ne formait encore qu'un désert. Les Indiens l'occupaient, mais ne le possédaient pas »⁷. C'est d'ailleurs exactement le sens de l'arrêt *Johnson v. McIntosh*⁸, dans lequel la Cour suprême précise que si les Indiens jouissent bien d'un droit d'occupation (*Title of Occupancy*), ils ne possèdent pas pour autant un titre de propriété (*Complete Ultimate Title*).

Quelques chapitres plus loin, Tocqueville s'interroge sur l'avenir des tribus indiennes et dresse le sombre tableau d'une destruction qu'il estime irrémédiable : « La dépossession des Indiens s'opère souvent de nos jours de manière régulière et pour ainsi dire toute légale (...) *Je crois que la race indienne d'Amérique du Nord est condamnée à périr*, et je ne puis m'empêcher de penser que le jour où les Européens se seront établis sur les bords

2. *Ibid.*, p. 49.

3. « J'étais plein de souvenirs de Chateaubriand et Cooper et je m'attendais à voir dans les indigènes de l'Amérique des sauvages sur la figure desquels la nature avait laissé la trace de quelques-unes de ces vertus hautaines qu'enfante l'esprit de liberté », A. de Tocqueville, *Quinze jours dans le désert*, Gallimard, coll. « Folio », 1991, p. 9.

4. Lettre à sa mère du 17 juillet 1831, in *Lettres choisies, Souvenirs, 1814-1859* (édition établie par F. Mélonio et L. Guellec), Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2003, p. 209.

5. A. de Tocqueville, *Quinze jours dans le désert*, *op. cit.*, p. 9.

6. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, GF Flammarion, vol. 1, chap. premier, 1981, p. 81.

7. *Ibid.*, p. 84 (souligné par nous).

8. 21 US 543 (1823).

de l'océan Pacifique, elle aura cessé d'exister»⁹. Le très bref récit de la visite de Saginaw par Tocqueville et Beaumont, publié sur l'initiative du second après le décès du premier, est loin de n'être qu'une curiosité. Admirables sont tout d'abord les intentions de ces fils de familles aristocratiques légitimistes, en quête des « extrêmes limites de la civilisation européenne » et de tribus indiennes. Quête éloignée de l'objet premier de leur voyage — une mission d'étude du système pénitentiaire américain — qui les mène sur des pistes tortueuses du Michigan. Avec sa clairvoyance qui éblouira les générations futures, Tocqueville décrit les paradoxes de cette nouvelle société, « si policée, si prude, si pédante de moralité et de vertu » où « on rencontre une insensibilité complète, une sorte d'égoïsme, froid et implacable lorsqu'il s'agit des indigènes d'Amérique »¹⁰. Une société où même hors des villes, les pionniers sont avides du gain jusqu'à « l'impudeur »¹¹ et marquée par la séparation entre les races qui, « comme deux fleuves parallèles (...) coulent depuis trois cents ans vers un abîme commun (...) mais ne mêlent point leurs flots »¹². Le lecteur s'enrichit aussi du regard que porte Tocqueville sur la nature sauvage, moins lyrique et plus philosophique que celui de Chateaubriand (« la vie et la mort sont ici comme en présence, elles semblent avoir voulu mêler et confondre leurs œuvres »¹³) et sur le métis, dont Tocqueville donne une vibrante définition : « Il admire la civilisation et ne peut complètement se soumettre à son empire. Ses goûts sont en contradiction avec ses idées, ses opinions avec ses mœurs. Ne sachant comment se guider au jour douteux qui l'éclaire, son âme se débat péniblement dans les langes d'un doute universel, il adopte des usages opposés ; il prie à deux autels ; il croit au Rédempteur du monde et aux amulettes du jongleur ; et il arrive au bout de sa carrière sans avoir pu débrouiller le problème obscur de son existence »¹⁴.

Il est tentant de présenter cette histoire sous un jour favorable à cette mythique civilisation qui ne cesse de fasciner. Peut-être plus que tout autre, la littérature relative aux Indiens est empreinte d'un manichéisme primaire. Las Casas voyait en eux des êtres « doux, ingénus et confiants envers des gens qu'ils ne connaissaient pas du tout et dont l'apparence, comme elle était féroce, aurait pu les effrayer et les faire fuir »¹⁵, et dans l'époque

9. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 438 (souligné par nous).

10. A. de Tocqueville, *Quinze jours dans le désert*, op. cit., p. 13.

11. « Au reste ce ne sont pas seulement les Indiens que les pionniers américains prennent pour dupes. Nous étions tous les jours nous-mêmes victimes de leur extrême avidité pour le gain. Il est très vrai qu'ils ne volent point. Ils ont trop de lumières pour commettre une pareille imprudence, mais du reste je n'ai jamais vu aubergiste de grande ville surfaire avec plus d'impudeur que ces habitants du désert chez lesquels je me figurais trouver l'honnêteté primitive et la simplicité des mœurs patriarcales », *ibid.*, p. 57.

12. *Ibid.*, p. 80.

13. *Ibid.*, p. 61.

14. *Ibid.*, p. 82-83.

15. B. de Las Casas, *Histoire des Indes*, vol. I, trad. par J Clément et J.-M. Saint-Lu, Seuil, 2002, p. 333.

contemporaine, *l'Histoire populaire des États-Unis* d'Howard Zinn s'ouvre par l'image des Arawaks s'empressant d'accueillir Christophe Colomb de manière pacifique et généreuse¹⁶. D'ordinaire peu enclines à la repentance, les autorités américaines ont reconnu en 2009, à travers une résolution conjointe du Congrès, « la longue histoire de déprédations officielles et de politiques inadaptées par le gouvernement fédéral à l'égard des tribus indiennes » et ont présenté « des excuses à tous les peuples autochtones au nom des États-Unis »¹⁷. L'analyse du traitement judiciaire des droits et libertés des Indiens d'Amérique n'aide pas vraiment le chercheur dans sa quête de neutralité scientifique, d'autant que sur leur histoire, « notre ignorance est aujourd'hui moins profonde, mais reste impressionnante »¹⁸.

La passion pour Tocqueville animait déjà l'auteur de ces lignes avant la première rencontre avec Élisabeth Zoller. Mais elle seule lui permet de le saisir. Ne serait-ce que pour cela, la gratitude se doit d'être éternelle. Quand s'y ajoutent la reconnaissance, l'enrichissement intellectuel permanent mais surtout l'affection et l'aide mutuelle dans les moments de doute, les mots deviennent insuffisants dans le cadre d'un hommage académique. La dédicataire a fait de la liberté de l'individu tout à la fois l'inspiratrice et la destinataire de sa recherche. C'est en essayant modestement de respecter cette piété scientifique que le thème des *Native Americans* s'est logiquement imposé pour une américaniste. Non par le prisme de la question de la souveraineté territoriale, qui a déjà fait l'objet d'innombrables travaux, dont la magnifique thèse française de Thibaut Fleury Graff¹⁹. Le traitement juridictionnel des Indiens aux États-Unis renvoie aux questions qui sont au cœur des problématiques toujours actuelles du droit international. Analyser les rapports entre le Nouveau Monde institutionnalisé et les occupants premiers de cette terre convoitée revient à réfléchir aux liens

16. H. Zinn, *Une histoire populaire des États-Unis, de 1492 à nos jours*, traduction par F. Cotton, Paris, Agone, 2005, p. 5. En conclusion du premier chapitre, l'auteur écrit qu'« à l'évidence, Colomb et ses successeurs n'arrivaient pas dans des régions sauvages et inhabitées mais bien dans un monde aussi densément peuplé, par endroits, que l'Europe elle-même, avec une culture complexe et des rapports humains plus égalitaires qu'en Europe. Quant aux liens qui unissaient hommes, femmes, enfants et environnement naturel, ils étaient sans doute plus harmonieux que partout ailleurs dans le monde », p. 28. V., dans le même sens, un ouvrage qui rassemble des témoignages de voyageurs européens des XVI, XVII et XVIII^e siècles, W. Brandon, *The last Americans : the Indian in American Culture*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1974, 553 p.

17. En vertu de l'intitulé même de ladite résolution du 30 avril 2009, S.J.Res.14, *Joint Resolution To acknowledge a long history of official depredations and ill-conceived policies by the Federal Government regarding Indian tribes and offer an apology to all Native Peoples on behalf of the United States*, <https://www.congress.gov/bills/111th-congress/senate-joint-resolution/14/text>

18. A. Kaspi, *Les Américains, t. 1, Naissance et essor des États-Unis, 1607-1945*, Seuil, coll. « Points », 1986, p. 42.

19. T. Fleury Graff, *État et territoire en droit international. L'exemple de la construction du territoire des États-Unis (1789-1914)*, Paris, Pedone, 2013 (Publications de la RGDP. Nouvelle série n° 58), 528 pages.

conceptuels entre État, nation, territoire et souveraineté. L'histoire juridictionnelle du traitement des Nations indiennes, notamment depuis les arrêts relatifs aux Cherokees, est « au cœur des préoccupations existentielles du droit international, dont l'écho, nullement assourdi, se fait encore entendre aujourd'hui »²⁰.

C'est ici le prisme des droits individuels qui sera privilégié, pour rendre hommage à l'œuvre d'Élisabeth Zoller qui, bien qu'internationaliste de formation, a rapidement pensé le droit non à partir de l'État, mais de l'individu. Si l'histoire juridictionnelle des tribus indiennes est célèbre du point de vue de la question de leur souveraineté territoriale, elle l'est moins du point de vue des droits et libertés attribués à des individus qui se sont rarement considérés comme tels, indépendamment de leur appartenance à une tribu. Lesquels, pourtant, font l'objet de très nombreuses décisions de justice, y compris de nos jours. Droits accordés à des personnes avant tout membres de groupes séculaires, qui vont « fondre en même temps que la neige au soleil » pour reprendre le mot de Tocqueville cité en ouverture de cette étude.

Si le droit doit être pensé, non à partir de son cadre autodéterminé, mais des individus qui lui préexistent, comment appréhender la disparition des *Native Americans*? Comment le droit a-t-il réagi face aux premiers occupants d'un Monde qui n'avait pour « nouveauté » que le fait d'être découvert puis possédé par l'Autre? Comment les traite-t-il aujourd'hui? C'est à travers la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, si chère à la dédicataire des présents Mélanges, que sera ici envisagée l'histoire d'un oubli. Les « Grands » arrêts seront rappelés comme toile de fond indispensable pour mieux saisir cette problématique. Si, de nos jours, les Indiens d'Amérique bénéficient ou souffrent d'un traitement particulier, c'est en raison de l'histoire de leur traitement, notamment judiciaire (I). Mais c'est bien sur les « petits » arrêts que cette étude entend essentiellement se pencher. Des décisions juridictionnelles contemporaines qui n'envisagent plus vraiment la question des *Native Americans* à travers la souveraineté de leurs tribus mais des droits accordés ou déniés à des individus *en tant que* membres desdites tribus. Ces droits du quotidien — contracter, prier, chasser, pêcher, adopter — qu'Élisabeth Zoller n'a jamais sacrifiés sur l'autel des abstractions (II).

---

20. M. Forteau, « Retour sur un "classique" : les décisions de la Cour suprême des États-Unis dans les affaires. *Johnson v. McIntosh* (1823), *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) et *Worcester v. Georgia* (1832) », *RGDP* 2008/2. 455.

I. — LES PRÉMISSSES : EFFACER LES NATIONS INDIENNES VIA UNE POLITIQUE ASSIMILATIONNISTE

C'est la question de l'or qui déclencha l'un des arrêts les plus célèbres relatifs aux *Native Americans*. Les Cherokees occupaient la Géorgie septentrionale depuis longtemps, et ne souhaitaient pas renoncer à cette terre convoitée par les colons Blancs. Les Indiens furent priés de se déplacer vers l'Ouest pour permettre aux Géorgiens, soutenus par le Président Andrew Jackson et la majorité du Congrès, d'exploiter les mines d'or. Mais les Cherokees avaient pour eux des arguments juridiques solides : en vertu de l'article VI de la Constitution des États-Unis d'Amérique, la Constitution, les lois, mais aussi « tous les traités déjà conclus, ou qui le seront (...) sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ». Ces Indiens avaient signé des traités avec les jeunes États nouvellement unis et s'étaient dotés d'une Constitution en 1827, disposant notamment que leurs terres avaient été « solennellement garanties et réservées pour toujours à la nation Cherokee par les traités signés avec les États-Unis »²¹. La suite juridictionnelle est bien connue et sert ici de toile de fond indispensable pour mieux appréhender les arrêts contemporains relatifs aux Indiens d'Amérique. Les premiers grands arrêts rendus par la Cour Marshall, évoquant la nation indienne (A), allaient être suivis par des lois du Congrès dont l'une prônera la « *Termination* » (B). Pour comprendre ce qu'ils sont aujourd'hui en tant qu'individus, il faut rappeler d'où ils viennent en tant que groupe. Celui d'une race considérée comme inférieure par celle, dominante, du nouvel occupant.

A. — « ALORS, C'EST L'ŒIL-DE-FAUCON, NOUS NE FORMIONS QU'UN SEUL PEUPLE ET NOUS ÉTIIONS HEUREUX »²²

Tout en relevant que les Indiens et les Noirs n'étaient pas l'objet de son ouvrage puisqu'ils étaient « Américains sans être démocratiques »²³, Tocqueville soulève déjà la coexistence problématique de trois races, la Blanche oppressant et détruisant les deux autres, « races infortunées (qui) n'ont de commun ni la naissance, ni la figure, ni le langage, ni les mœurs » mais dont « les malheurs seuls se ressemblent »²⁴. Mais si « le nègre sent à

21. Cité par Dale Van Every, *Disinherited. The lost Birthright of the American Indian*, New York, Morrow, 1966, p. 107.

22. J. F. Cooper, *Le dernier des Mohicans*, trad. par F. Happe, Gallmeister, coll. « Totem classique », n° 84, 2017, p. 56.

23. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 426.

24. *Ibid.*, p. 427.

peine son infortune»²⁵, du fait de son statut d'esclave²⁶, «les Européens n'ont pu modifier entièrement le caractère des Indiens, et avec le pouvoir de les détruire, ils n'ont jamais eu celui de les policer et de les soumettre»²⁷. Tocqueville soulève, au XIX^e siècle, ce que notent encore de nos jours les commentateurs : si les Noirs se sont battus pour s'intégrer à la société, tel ne fut jamais le cas des *Native Americans*. Le premier note ainsi que «le nègre fait mille efforts inutiles pour s'introduire dans une société qui le repousse (...). L'Indien, au contraire, a l'imagination toute remplie de la prétendue noblesse de son origine. Il vit et meurt au milieu de ces rêves de son orgueil»²⁸. Les seconds, à l'image d'Élise Marienstras, auteur de *La résistance indienne aux États-Unis*, notent que «la résistance indienne continue à se différencier des autres mouvements minoritaires. (...) Les études démographiques et ethnologiques récentes confirment que, loin de se diluer, les groupes amérindiens restent des entités homogènes, qu'ils sont en accroissement constant et que, dans leur mode de vie, ils cherchent à rétablir une continuité avec le passé»²⁹. Nous verrons plus loin que certains professeurs de droit américains font, de nos jours, un combat de la défense des droits des Indiens à travers une critique virulente des inégalités créées par le Congrès et renforcées parfois par la Cour suprême.

Revenons au contentieux relatif aux Cherokees. Les arrêts *Johnson v. M'Intosh*³⁰, *Cherokee Nation v. Georgia*³¹ et *Worcester v. Georgia*³², à travers la voix du président Marshall, posent le principe que les tribus Cherokees sont bien constituées en États, dont elles ont indéniablement les caractéristiques. Selon les termes de l'arrêt *Cherokee Nation*, la volonté de prouver que les Cherokees constituent un État, «en tant que société politique séparée des autres, capable de gérer ses propres affaires et de se gouverner elle-même, est, selon l'opinion de la majorité des juges, totalement avérée»³³. Mais si elle présente bien toutes les caractéristiques étatiques³⁴,

25. *Ibid.*, p. 428.

26. Nous nous permettons de renvoyer à notre étude qui examine notamment ce passage de l'état d'objet à celui d'homme, «Désobéir pour être : les Noirs américains», *Pouvoirs*, n° 155, 2015. 81-95.

27. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 429.

28. *Ibid.*

29. E. Marienstras, *La résistance indienne aux États-Unis*, Gallimard, coll. «Folio Histoire», n° 228, éd. revue et augmentée de 2014, p. 255.

30. 21 U.S. 543 (1823).

31. 30 U.S. 1 (1831).

32. 31 U.S. 515 (1832).

33. «So much of the argument as we intended to prove the character of the Cherokees as a state, as a distinct political society separated from others, capable of managing its own affairs and governing itself, has, in the opinion of a majority of a judges, been completely successful», *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 US 16 (1831). V. le développement de ces caractéristiques dans la section I du premier chapitre de la thèse de T. Fleury Graff précitée («Les Nations Indiennes et les critères de définition de l'État»).

34. «The Cherokees are a state. They have been uniformly treated as a state since the settlement of our country», *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 US 1 (1831).

la tribu Cherokee n'en est pas pour autant un État «étranger». Et le président Marshall d'utiliser la notion de «nation domestique indépendante» (*Domestic dependent Nation*) en s'inspirant de l'image d'un incapable et de son tuteur : «De manière plus correcte, [les tribus indiennes] devraient être dénommées des nations domestiques dépendantes (...). Leur relation avec les États-Unis s'apparente à celle entretenue entre un pupille et son tuteur»³⁵. Ce faisant, Marshall crée néanmoins une souveraineté indienne «protéiforme» selon l'expression de Clifford M. Lytle : «D'un côté, elle était une formidable barrière aux intrusions de l'État dans leurs affaires; d'un autre côté, elle était un droit fragile, susceptible de s'éteindre selon l'envie du gouvernement»³⁶. Il ressort de cette jurisprudence que les tribus indiennes sont donc libres dans la gestion de leurs affaires internes, au nom de leur «souveraineté inhérente» (*Inherent Sovereignty*), mais ne peuvent traiter qu'avec le gouvernement fédéral pour les relations extérieures. Souveraineté qui prend tout son sens dans l'arrêt *Worcester v. Georgia*³⁷, la Géorgie étant sommée de ne pas pénétrer sur le territoire des Cherokees sans leur consentement, et ne pouvant y appliquer sa loi. De même la justice fédérale ne peut-elle condamner à mort un Indien pour un crime non prévu par la loi fédérale (en l'occurrence, le meurtre d'un Indien par un autre Indien dans une réserve). Dans l'arrêt *Ex Parte Crow Dog*, la Cour suprême rappelle cette autonomie des tribus indiennes, que le Congrès ne saurait briser : «Le Congrès n'a pas le pouvoir de limiter ce que les tribus indiennes peuvent faire, et même s'il exerce ce pouvoir, les tribus indiennes ont néanmoins le droit de se gouverner comme elles l'entendent»³⁸.

Mais les faits furent autres, comme le rappelle Stephen Breyer en insistant sur la question de l'exécution des arrêts de sa juridiction. Selon lui, il faut tirer des arrêts relatifs aux Cherokees une leçon qui «n'est guère plaisante. Un président avait usé de son pouvoir pour miner la décision d'une cour suprême et pour chasser les Cherokees de leurs terres ancestrales»³⁹. Expérience qui explique sans doute, toujours selon le juge Breyer, que la

35. «They may more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations (...). Their relation to the United States resembles that of a ward to his guardian», *Ibid.*

36. C. M. Lytle, «The Supreme Court, Tribal sovereignty, and continuing problems of State encroachment into Indian country», *American Indian Law Review*, vol 8, 1980. 71.

37. «The Cherokee nation, then, is a distinct community, occupying its own territory, with boundaries accurately described, in which the laws of Georgia can have no force, and the citizens of Georgia have no right to enter, but with the assent of the Cherokees themselves, or in conformity with treaties and with the acts of Congress», *Worcester v. Georgia*, *Ibid.*

38. «Congress doesn't have the power to limit what Indian tribes can do, and unless Congress exercises that power, Indian tribes are permitted to govern however they wish», *Ex parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 (1883).

39. S. Breyer, *La cour suprême, l'Amérique et son histoire*, trad. par J. F. Hel Guedj, Odile Jacob, 2010, p. 70. V., dans le même sens, l'article de C. M. Lytle précité, «The Supreme Court, Tribal sovereignty, and continuing problems of State encroachment into Indian country», not., p. 71.

Cour ait ensuite attendu un demi-siècle pour annuler une loi fédérale en raison de sa contrariété avec la Constitution. Ce sera à l'occasion d'un autre grand sujet qui laissera sur l'histoire du pays une tache indélébile, celle de l'esclavage⁴⁰.

L'*Indian Removal Act* signé par Andrew Jackson le 28 mai 1830 eut pour conséquence le déplacement de milliers de Cherokees vers l'Oklahoma (« la piste des larmes »⁴¹) qui vont tenter, grâce à l'alliance avec d'autres tribus et la ténacité de leur président métis John Ross, de se reconstituer : « Nous sommes réunis, mes frères, pour ranimer ici, dans l'Ouest, la parole de nos ancêtres. Perpétuons à jamais l'ancien feu et la pipe de paix que nous avons apportés de l'Est. Propageons-les de nation en nation. Adoptons des lois internationales telles qu'elles nous permettent de redresser les torts commis par des individus d'une nation sur des individus d'une autre »⁴². Les conséquences de cette grande migration vers l'Ouest alimenteront l'un des thèmes les plus foisonnants de l'histoire de la littérature et du cinéma : celui des guerres indiennes, où s'illustrèrent des chefs mystifiés tels que Big Eagle, Little Crow, Geronimo, Cochise, Spotted Tail, Red Cloud, Crazy Horse, Sitting Bull, Black Hawk, Black Kettle, Big Foot ou Sarah Winnemucca pour ne citer qu'eux⁴³. C'est aussi l'époque des massacres des Cheyennes à Sand Creek, des Lakotas à Wounded Knee, de l'anéantissement des forces américaines au Fort Kearney par les Oglalas, ou de la légendaire bataille de Little Big Horn⁴⁴.

40. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

41. V. not. J. Ehle, *Trail of Tears : The Rise and Fall of the Cherokee Nation*, Anchor Books editions, 1988, 424 p., T. Perdue, M. Green, *The Cherokee Nation and the Trail of Tears*, The Penguin Library of American Indian History, Penguin Books, 2008, 189 p.

42. *Smithsonian Miscellaneous Collections*, tome II, Washington, The Smithsonian Institution, 1862, cité par E. Marienstras, *La résistance indienne aux États-Unis*, op. cit., p. 128.

43. V. not. B. Drury et T. Clavin, *The Heart of Everything That Is : The Untold Story of Red Cloud, An American Legend*, Simon & Schuster, 2014, 414 p., J. M. Marshall III, *The Journey of Crazy Horse : A Lakota History*, Viking, Penguin Books, 2004, 310 p., A. Debo, *Geronimo : The Man, His Time, His Place*, University of Oklahoma Press, 1976, 480 p., G. Foreman, *The Five Civilized Tribes : Cherokee, Chickasaw, Choctaw, Creek, Seminole*, University of Oklahoma Press, 1971, 455 p.

44. D. Brown et H. Sides, *Bury My Heart at Wounded Knee : An Indian History of the American West*, Owl Books Henry Holt and Companies, 2007, 481 p., Et, pour une vue plus globale, A. Debo, *A History of the Indians of the United States*, University of Oklahoma Press, 1984, 450 p., R. L. Nichols, *The American Indian : Past and Present*, Sixth edition, University of Oklahoma Press, 2008, 401 p., R. Dunbar Ortiz, *An Indigenous Peoples' History of the United States*, Beacon Press, 2014, 296 p.

B. — « *LES VISAGES-PÂLES SONT LES MAÎTRES DE LA TERRE
ET L'HEURE DES PEAUX-ROUGES N'EST PAS ENCORE VENUE* »⁴⁵

Autant d'événements qui conduisent à la création, sur l'initiative du président Jackson, du Bureau des Affaires Indiennes et des réserves dont la logique sera vite dénoncée par les tribus. Ainsi, selon le chef Sioux Red Cloud, la réserve ne poursuit pas d'autre but que celui de rendre les Indiens plus misérables : « Nous étions affaiblis par la faim et rendus fous par le désespoir. Nous prenions nos petits-enfants mourants et nous sentions leurs corps trembler cependant que leur âme les quittait en ne laissant qu'un poids mort dans nos bras (...). Il n'y avait plus d'espoir sur terre ; Dieu nous avait oubliés »⁴⁶. La reconnaissance de la souveraineté des nations indiennes semble alors de plus en plus lointaine et le Congrès ne tardera pas à concrétiser cette volonté assimilationniste, dont l'évangélisation, les mariages mixtes, la sédentarisation mais surtout l'éducation⁴⁷ seront les piliers. En 1871, l'*Indian Appropriations Act* dispose, en sa section 71, qu'« aucune nation ou tribu indienne sur le territoire des États-Unis ne sera désignée ou reconnue comme nation, tribu ou pouvoir indépendants avec lequel les États-Unis pourraient conclure des traités (...) »⁴⁸.

Trois autres lois adoptées par le Congrès sont importantes pour comprendre les revendications actuelles des tribus indiennes. Le *General Allotment Act* de 1887, l'*Indian Reorganization Act* de 1934 et le *Termination Act* de 1954. Sous couvert de poursuivre un noble objectif (transformer les Indiens en fermiers en leur réservant des parcelles de terrains), la première⁴⁹ a eu peut-être « les conséquences les plus désastreuses pour les tribus »⁵⁰.

45. J. F. Cooper, *Le dernier des Mohicans*, op. cit., p. 470.

46. W. F. Johnson, *The Red Record of the Sioux. Life of Sitting Bull and History of the Indian War of 1890-1891*, Philadelphie, Edgewood, 1891, cité par E. Marienstras, *La résistance indienne aux États-Unis*, op. cit., p. 162.

47. Sur ce point, v., en français, la thèse de doctorat en études anglophones de C. Leforestier, *L'assimilation des Indiens d'Amérique du Nord par l'éducation : une étude comparative*, dactylographiée, université Bordeaux III, 2012, 476 p.

48. « No Indian nation or tribe within the territory of the United States shall be acknowledged or recognized as an independent nation, tribe, or power with whom the United States may contract by treaty (...) », U.S. Congress, « Final Draft of the Indian Appropriations act of 1871 », *Digital Exhibits*, accessed April 3, 2018, <http://digitalexhibits.libraries.wsu.edu/items/show/5701>.

49. *An Act to provide for the allotment of lands in severalty to Indians on the various reservations, and to extend the protection of the laws of the United States and the Territories over the Indians, and for other purposes*, Public Law, 49-119, U.S.C, Titre 25, chapitre 9, « Allotment of Indian Lands ». Également dénommée *loi Dawes*, du nom du Sénateur Dawes du Massachussetts qui soumit le texte au Congrès. V. not. *Treaties with American Indians, an Encyclopedia of Rights, Conflicts and sovereignty*, Donald L. Fixico Editor, Santa Barbara, 2008, p. 672 s.

50. L. C. Rials, *Le statut des tribus indiennes en droit fédéral : essai de définition*, mémoire pour le DEA de droit de Common Law sous la direction d'E. Zoller, Université Paris 2 Panthéon-Assas, p. 15.

Offrir un lopin de terre à un Indien est un acte comportant déjà, en soi, une contradiction ontologique. La structure tribale repose en effet sur la propriété collective, sur une vie clanique dont le totem est le symbole. Le groupe supplante l'individu, comme ce fut et est toujours le cas au sein d'autres sociétés dites « traditionnelles » éloignées du système libéral occidental. La *loi Dawes*, négligeant à dessin cette logique, a donc entendu faire des Indiens nomades des fermiers sédentaires qui, en cultivant la terre, se cultiveraient mieux eux-mêmes. Concrètement, elle prévoyait l'attribution d'une soixantaine d'hectares aux pères de famille (la moitié pour les célibataires), terres inaliénables pendant 25 années au terme desquelles les Indiens devenaient propriétaires en même temps qu'ils accédaient à la citoyenneté américaine. La loi précisait également que le surplus pouvait être vendu à des non-Indiens, ce qui fut largement le cas dans les faits. Poussés par la misère, de nombreux Indiens vendirent leurs parcelles aux Blancs.

Le Congrès met fin au lotissement des réserves en 1934 par *l'Indian Reorganization Act (IRA)*⁵¹, surnommé *l'Indian New Deal*. Car au-delà de la fin du processus de parcellisation des terres et de la rétrocession de certaines d'entre elles aux tribus, la loi entend redonner aux Indiens la maîtrise de leurs organisations. En un mot, offrir de nouveau aux dites tribus l'autonomie, à travers notamment la rédaction de Constitutions spécifiques. Dans son rapport établissant le bilan de dix années d'application de l'*IRA*, le directeur du service indien du ministère de l'intérieur précise que près de 90 tribus s'étaient dotées de Constitutions⁵². Qu'il s'agisse des plus importantes telles que celles des Rosebuds et Oglalas Sioux du Dakota et des Chippewas du Minnesota ou des quinze membres de la tribu Duckwater du Nevada, toutes ces tribus avaient retrouvé dans le besoin de se doter de Constitutions des allures nationales. Malgré la générosité de l'objectif, sans doute était-il trop tard. La tutelle du Bureau des Affaires Indiennes était pesante et les Indiens sont devenus les Américains les plus pauvres du pays. *L'Indian New Deal* n'a donc pas offert, pour reprendre les termes de Cooper, leur « heure » aux Peaux-Rouges. Une résolution du Congrès empruntera même, quelques années plus tard, la sinistre voie de l'« extinction » (*Termination*).

L'objectif de la résolution 108 du 1^{er} août 1953 est clairement d'établir une politique d'extinction et d'assimilation : « Dans les meilleurs délais, [les Indiens] seront soumis aux mêmes lois, bénéficieront des mêmes privilèges

51. *An Act to conserve and develop Indian lands and resources; to extend to Indians the right to form business and, other organizations; to establish a credit system for Indians; to grant certain rights of home rule to Indians; to provide for vocational education for Indians; and for other purposes*. Également connue sous le nom de *Loi Wheeler* — Howard, *Public Law*, 73-383, U.S.C. Titre 25, chap. 14, section V, « Protection of Indians and conservation of resources ».

52. T. H. Haas, Chief Counsel United States Indian Service, *Ten Years of Tribal Government Under I. R. A.*, 1947, <http://thorpe.ou.edu/IRA/IRAbook/tblB2.htm>

et seront soumis aux mêmes obligations que les autres citoyens des États-Unis [...] et seront libérés de la tutelle fédérale, du contrôle, des incapacités et des restrictions propres aux Indiens»⁵³. Le même texte indique que les tribus Flathead, Klamath, Menominee, Potawatamie et Chippewa sont immédiatement soumises à cette politique. Quelques jours plus tard, le Congrès vote une loi plaçant les réserves sous la juridiction des États sur le territoire duquel elles se situent⁵⁴. La libération vis-à-vis de la tutelle signifie donc, dans le même temps et pernicieusement, la disparition des tribus. Lesquelles vont, tour à tour, être « terminées » pour utiliser à dessin un barbarisme évocateur.

Déplacés, « terminés », relogés, les *Native Americans* n'en furent pas pour autant ce qu'ils sont et, à l'instar de ce qu'il s'est passé pour les Noirs, fondent des mouvements de défense dans les années soixante. *L'American Indian Movement* et d'autres partent à la reconquête de l'identité tribale, tantôt aidés tantôt freinés par la volonté de l'Exécutif. À cet égard, le discours prononcé par Richard Nixon au Congrès le 8 juillet 1970 est particulièrement protecteur et aux antipodes de la philosophie de la résolution 108. Rappelant que les « premiers Américains » étaient la minorité la plus « défavorisée et isolée de la nation », à cause de plusieurs « siècles d'injustice », le président affirme solennellement qu'une nouvelle ère est venue, celle « dans laquelle le futur Indien est déterminé par les actes et les décisions des Indiens »⁵⁵. Nulle allusion à une relation qui rappellerait celle d'un pupille et de son tuteur : il appartient désormais aux Indiens de partir à la reconquête de leur essence. Le droit sera l'un des instruments privilégiés de cette démarche.

II. – LA TENDANCE : PROTÉGER LES INDIENS VIA UNE JURISPRUDENCE RÉPARATRICE

Le nombre de décisions de la Cour suprême relatives aux Indiens est d'autant plus impressionnant que celles-ci semblent être rendues dans un climat de désintéret général. Louis F. Claiborne souligne que dans les années cinquante et soixante, seuls les juges Black et Douglas font preuve d'empathie envers les tribus. Mais ne s'en suivent pas pour autant des solutions défavorables aux Indiens, bien au contraire : la faiblesse des opinions dissidentes traduit plutôt le désintéret des autres juges pour cette question.

53. House concurrent Resolution 108, August, 1, 1953, US Statute at large, 67 : B 132, <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/STATUTE-67/STATUTE-67-PgB132/content-detail.html>

54. Public Law 83-280.

55. Richard Nixon, *Special Message to the Congress on Indian Affairs*, July 8, 1970. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, *The American Presidency Project*. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=2573>.

Le constat est le même dans les années soixante-dix, les décisions unanimes favorables aux Indiens continuant à être nombreuses malgré l'augmentation générale croissante des publications d'opinions séparées⁵⁶. Ce manque d'engouement pour la question indienne semble se poursuivre jusqu'à l'aube des années 2000. Toujours selon Louis F. Claiborne, « (...) aucune décision de la Cour relative aux Indiens n'a reçu, durant les dernières décennies, un écho national »⁵⁷. Si certains auteurs soulignent ce manque d'intérêt, d'autres militent pour une prise de conscience nationale en pointant les incohérences passées de la Cour suprême. Selon Joseph William Singer, la jurisprudence fut telle qu'elle enferma les Indiens dans une sorte de « double impasse » : exercer leurs pouvoirs souverains ou ne pas les exercer les conduisaient à l'isolement, la Cour suprême les bridant sans cesse en voulant protéger les non-Indiens des effets de la souveraineté indienne. Selon les propres mots de l'auteur, « ils étaient condamnés s'ils les exerçaient, condamnés s'ils ne les exerçaient pas »⁵⁸. Prise de conscience qui se fit également jour au sein même de la Cour suprême, certains juges devenant de plus en plus déstabilisés par les incohérences passées de leur propre juridiction⁵⁹. Dans une opinion concordante sous l'affaire *United States v. Lara*, le juge conservateur Thomas a des mots très sévères à l'égard de cette jurisprudence : « Le temps est venu de revoir les prémisses et la logique de nos arrêts relatifs à la souveraineté des tribus (...). Jusqu'à ce que nous commençons à analyser ces questions avec honnêteté et rigueur, la confusion continuera de hanter notre jurisprudence »⁶⁰.

Ce qui frappe à la lecture de l'ensemble des décisions contemporaines relatives aux Indiens, c'est effectivement l'incohérence du raisonnement. De ce fait, parce que la logique juridique fait défaut, il est possible de conclure à l'inégalité de traitement entre Indiens et non-Indiens. Si ces derniers peuvent bénéficier d'une logique d'ensemble jurisprudentielle, certaines règles découlant de certains principes, tel n'est pas toujours le cas des premiers. La jurisprudence relative à l'application des lois indiennes sur les réserves à des non-Indiens est particulièrement significative⁶¹. Et

56. L. F. Claiborne, « The trend of Supreme Court decisions in Indian cases », *American Indian Law Review*, vol. 22, 1998. 585-600, not. 586.

57. *Ibid.*, p. 587.

58. J. W. Singer, « Double Bind : Indian Nations v. the Supreme Court », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005. 2.

59. Comme s'est attaché à le démontrer P. P. Frickey, « (Native) American Exceptionalism in Federal Public Law », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005. 433-490 (L'article précédemment cité de Monsieur Siger, paru dans le même numéro, est une réponse adressée à celui-ci).

60. *United States v. Lara*, 541 U.S. 193 (2004). V. not., outre l'article de Frickey précité qui en fait une analyse très approfondie, B. R. Berger, « *United States v. Lara* as a story of Native Agency », *Tulsa Law Review*, vol 40, 2005. 5-24.

61. Outre l'arrêt dont il est ici question, v. également, dans l'ordre chronologique, *United States v. McBratney*, 104 U.S. 621 (1881), *United States v. Ramsey*, 271 U.S. 467 (1926), *Montana v. United States*, 450 U.S. 544 (1981), *New Mexico v. Mescalero Apache*

d'autant plus troublante que, chose méconnue, les non-Indiens vivent souvent en nombre majoritaire sur des territoires indiens. L'arrêt *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*⁶² concerne une petite réserve de l'État de Washington sur laquelle vivaient 3 000 non Indiens contre 50 Indiens. S'introduisant dans un *Pow Wow* dans un état d'ébriété, Oliphant, non Indien, a une altercation violente avec un officier indien et est condamné puis incarcéré pour violation des lois de la tribu. Il fait appel du jugement, arguant du fait qu'étant non-membre de la tribu, il n'était pas sous sa juridiction. La tribu estime, s'appuyant logiquement sur la jurisprudence *Worcester*, que le Congrès n'a jamais limité la juridiction des tribus aux seuls membres. De manière inattendue, la Cour suprême va pourtant dans le sens de Oliphant, le spécialiste du droit des tribus Stephen Pevar parlant clairement de racisme juridictionnel⁶³. Cette absence de cohérence s'observe également dans les décisions relatives, non de manière générale aux lois des tribus, mais à leurs membres. Décisions qui, plutôt que de suivre une certaine logique juridique, suivent des tendances politiques. À partir des années soixante-dix, la tendance du Congrès semble être celle de la volonté de protéger la culture d'un peuple qui s'éteint. L'*American Indian Religious Freedom Act*⁶⁴ garantit la liberté de culte pour les Amérindiens et sera amendée en 1994 pour permettre l'utilisation du peyote⁶⁵, pendant que l'*Indian Gaming Regulatory Act*⁶⁶ autorise les tribus à ouvrir des casinos. Les illustrations ici choisies sont relatives à des aspects qui, pour les *Native Americans*, sont indissociables de leur identité : leur rapport avec la terre (A) et leur manière d'exprimer leurs croyances (B).

Tribe, 462 U.S. 324 (1983), *National Farmers Union Ins. Cos. v. Crow Tribe*, 468 U.S. 1315 (1984), *Iowa Mutual Insurance Co. v. LaPlante*, 480 U.S. 9 (1987), *California v. Cabazon Band of Mission Indians*, 480 U.S. 202 (1987), *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990), *Plains Commerce Bank v. Long Family Land and Cattle Co., Inc.*, 556 U.S. 287 (2008), *Dollar General Corp. v. Mississippi Band of Choctaw Indians* 579 U.S. _ (2016).

62. 435 U.S. 191 (1978).

63. S. L. Pevar, *The rights of Indians and tribes*, Fourth Edition, Foreword by J. E. Echohawk, Oxford University Press, 2012, 540 p.

64. *American Indian Religious Freedom Act*, Public Law 95-341, 92 Stat. 469 (Aug. 11, 1978), 42 U.S.C. § 1996 SEC. 2. : « The President shall direct that various Federal departments, agencies, and other instrumentalities responsible for the administering relevant laws to evaluate their policies and procedures in consultation with Native traditional religious leaders in order to determine appropriate changes necessary to protect and preserve Native American religious cultural rights and practices ».

65. *American Indian Religious Freedom Act Amendments of 1994 To amend the American Indian Religious Freedom Act to provide for the traditional use of peyote by Indians for religious purposes, and for other purposes*, Public Law 103-344, 108 Stat. 3125 (1994).

66. *The Indian Gaming Regulatory Act, An Act to regulate gaming on Indian lands*, Public Law 100-497, 102 Stat. 2467, 25 U.S.C. § 2701.

A. — *LE RAPPORT À LA TERRE :*
LES DROITS DE PÊCHE ET DE CHASSE

Historiquement, la chasse et la pêche étaient avant tout des moyens de subsistance pour les tribus, mais aussi des éléments de rites et cérémonies. Les migrations des peuples suivaient le rythme de celles de la faune, notamment des bisons. Selon les propres mots lyriques de la Cour suprême, l'accès aux poissons et au gibier n'était « pas beaucoup moins nécessaire à l'existence des Indiens que l'atmosphère qu'ils respiraient »⁶⁷. Sources premières qui allaient devenir, par le fait de la colonisation, des objets de commerces : « De ce moment », observe encore Tocqueville à propos de la fourrure, « la chasse ne dut pas seulement pourvoir aux besoins [de l'Indien], mais encore aux passions frivoles de l'Europe. Il ne poursuivit plus les bêtes des forêts seulement pour se nourrir, mais afin de se procurer les seuls objets d'échange qu'il pût nous donner »⁶⁸.

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, ces droits originaires de chasse et de pêche sont la plupart du temps consacrés dans les traités. Les premiers conflits apparaissent quand les Indiens réclament le droit de chasser ou pêcher à l'extérieur de leurs réserves, les opposant aux non-Indiens et à des organismes de protection de défense des animaux. Ce point également n'avait pas échappé à la clairvoyance de Tocqueville : les Européens s'étaient mis à chasser sur ces territoires, et leur progression avait fait fuir le gibier. Mais la Cour suprême, dans l'arrêt *United States v. Winans*, juge que ce droit historique s'étend en dehors des frontières des réserves, les traités devant être interprétés comme le droit pour les Indiens — en l'occurrence, les Yakimas — de pêcher du poisson « dans tous les lieux habituels et d'habitude en commun avec les citoyens du territoire de Washington »⁶⁹. Concrètement, la qualification de ces « lieux habituels et d'habitude » (*usual and accustomed places*), au-delà des réserves, a aussi pour conséquence de dispenser les *Native Americans* d'achat de permis de chasse et de pêche. Mais les conflits naissent également de l'évolution de tels droits, qui ne se limitent plus à la chasse et pêche tels qu'énoncés dans les vieux traités. En même temps que le temps s'écoule, les techniques de pêche et de chasse évoluent pour les Blancs, tandis que les Indiens restent pour certains à l'écart de la civilisation. D'où la doctrine, inaugurée dans l'arrêt *United States v. Winans*, des « droits réservés ». Dans une opinion rédigée par le juge McKenna, et adoptée à une seule voix de majorité, la Cour estime que le traité conclu avec les Yakimas en 1855 doit s'interpréter comme incluant des droits non prévus à l'époque de manière explicite. Droits qui, d'ailleurs, « n'avaient pas été concédés aux Indiens

67. *United States v. Winans*, 198 U.S. 371 (1905).

68. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 433.

69. « The right of taking fish at all usual and accustomed places in common with the citizens of the Territory of Washington », *United States v. Winans*, préc., 384.

mais concédés par eux»⁷⁰. Les nombreux arrêts relatifs à la pêche, chasse et cueillette dans et hors des réserves peuvent être considérés comme largement favorables aux tribus. Aussi la Cour suprême a-t-elle maintenu ce droit à la faveur des Minomees alors même que le Congrès, dans le *Termination Act* de 1954, avait cessé de reconnaître officiellement la tribu⁷¹. De manière non équivoque et engagée, la Cour estime que les droits de chasse et de pêche proclamés dans le traité de Wolf River de 1854 ont survécu à la loi de *Termination*⁷². Dans une affaire concernant des Indiens Ojibwes, la Cour juge que malgré la cession de ses terres au gouvernement fédéral en 1837, cette tribu Chippewa y a conservé des droits de chasse, de pêche et de cueillette⁷³. L'arrêt n'est adopté qu'à une seule voix de majorité et au terme d'une longue procédure. De nos jours encore, la question de la pêche dans la zone des Mille lacs est l'objet de multiples contentieux au niveau de l'État du Minnesota.

De manière générale, ces affaires confirment les droits inscrits dans les Traités, le domaine de la pêche et de la chasse pouvant être considéré comme l'une des dernières expressions du respect de la souveraineté tribale.

B. – LE RAPPORT AUX CROYANCES : LA LIBERTÉ DE CULTE

On connaît l'attachement du peuple américain au Premier Amendement de la Constitution, qui cite en tout premier lieu la liberté de religion : « Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre ». La Cour suprême a souvent rappelé que par voie de conséquence, le gouvernement ne devait pas soutenir ou promouvoir une religion en particulier (*Establishment Clause*)⁷⁴ tout comme il ne devait pas s'immiscer dans la manifestation d'une croyance religieuse (*Free Exercise Clause*)⁷⁵. Mais comme pour tant d'autres domaines, il est difficile

70. « (...) the Treaty was not a grant of rights to the Indians, but a grant of rights from them », *United States v. Winans*, préc., 381.

71. *Menominee Tribe v. United States*, 391 U.S. 404 (1968).

72. « We decline to construe the Termination Act as a backhanded way of abrogating the hunting and fishing rights of these Indians », *Ibid.*, 412.

73. *Minnesota v. Mille Lacs Band of Chippewa Indians*, 526 U.S. 172 (1999).

74. En vertu de l'arrêt *U.S. Supreme Court in Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), le gouvernement ne peut aider une religion que si 1°) L'objectif premier de ce soutien est d'ordre laïc ; 2°) Si ledit soutien ne promeut ni n'interdit une religion ; 3°) s'il n'existe pas d'enchevêtrement excessif entre l'Église et l'État.

75. Les deux clauses pouvant entrer en conflit, comme le soulignent M.W. McConnell, J. H. Garvey et T. C. Berg in *Religion and the Constitution*, Aspen Law & Business, 2002, p. 102 : « If there is a constitutional requirement for accommodation of religious conduct, it will most likely be found in the Free Exercise Clause. Some say, though, that

d'adapter ces termes au chamanisme, au panindianisme, au syncrétisme, à l'usage du peyote (mastication d'un bouton de cactus hallucinogène)⁷⁶ ou la *Native American Church*. Comme le souligne Allison Dussias, il est d'ailleurs artificiel de distinguer les droits religieux des droits culturels des membres des tribus, tant le spiritualisme irrigue tous les domaines⁷⁷. Les croyances des *Natives Americans* se sont toujours exprimées à travers des rites, cérémonies, et leur attachement à ces expressions si singulières ont donné lieu à des actions répressives d'une grande violence. C'est ainsi que certaines cérémonies ont été déclarées hors la loi, comme la *Great Sun Dance* des Lakotas et autres Indiens des plaines ou la célèbre *Ghost Dance*, associée au massacre de Wounded Knee⁷⁸. C'est notamment sous la pression de nouveaux lobbys que le Congrès adopte en 1978 la loi précitée sur la liberté de religion des Indiens. L'objectif est clairement d'étendre la définition des religions constitutionnellement protégées pour y incorporer les croyances et pratiques des tribus indiennes. Selon les termes de la loi, «Il appartient aux États-Unis de protéger et préserver le droit inhérent des Indiens d'Amérique de croire, exprimer, et exercer librement leurs croyances traditionnelles», incluant «l'accès aux sites, l'utilisation et la possession d'objets sacrés, et la liberté de culte manifestée à travers les cérémonies et rites traditionnels»⁷⁹. Mais la loi a été interprétée de manière très conservatrice par les juridictions. Deux arrêts sont particulièrement révélateurs de cette incapacité à adapter le Premier Amendement aux premiers Américains.

Le premier arrêt, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*⁸⁰, est rendu en 1988. Le Service des forêts des États-Unis envisageait de construire une route traversant des terres fédérales, comprenant la région de Chimney Rock de la forêt nationale des Six-Rivières, lieu de rituels religieux. Rejetant l'argument selon lequel une telle traversée désacraliserait le lieu de manière irrémédiable, le service des forêts maintient

---

it is a violation of the Establishment Clause for the government to give any special benefit or recognition of religion. In that case, we have a First Amendment in conflict with itself — the Establishment Clause forbidding what the Free Exercise Clause requires».

76. Sur l'interprétation juridictionnelle de l'usage du peyote, v. R. J. Rice, *Native Americans and the Free Exercise Clause*, *Hastings Law Journal*, vol 28, 1977 not. 1515 s.

77. A. M. Dussias, «The right to cultural and religious self-determination: lessons from the experience of Native Americans», *ILSA Journal International and Comparative Law*, vol 2, 1996, not. 633-634.

78. V. not., sur l'histoire de ces pratiques religieuses, la *Great Sun Dance*, la *Ghost Dance*, et le massacre de Wounded Knee : J. Rhodes, *An American Tradition : The Religious Persecution of Native Americans*, *Mont. L. Rev.*, vol 52, 1991. 13-72. Le massacre de Wounded Knee est d'ailleurs explicitement rappelé dans la résolution du Congrès précitée du 30 avril 2009 adressant ses excuses aux *Natives Americans*.

79. «It shall be the policy of the U.S. to protect and preserve for American Indians their inherent right of freedom to believe, express, and exercise [their] traditional religions (...) access to sites, use and possession of sacred objects, and the freedom to worship through ceremonials and traditional rites».

80. 485 U.S. 439 (1988).

la volonté d'y tracer une route, qui éviterait néanmoins des sites archéologiques. Des Indiens, des organisations de protection de la nature et l'État de Californie intentent une action contre le secrétaire de l'agriculture, Richard Lyng, devant la Cour fédérale de district pour contester les décisions relatives à la construction de routes et à la récolte du bois. Ladite Cour enjoint au gouvernement l'interdiction de la construction de la route à Chimney Rock au nom de la sauvegarde des droits des Indiens protégés par le Premier Amendement. L'affaire arrive au prétoire de la Cour suprême après la confirmation en partie du jugement par la Cour d'appel du Neuvième Circuit. À la question «la clause de libre exercice du premier amendement interdisait-elle au gouvernement de faire des récoltes ou d'aménager la région de Chimney Rock?», la cour suprême répond par la négative par cinq voix contre trois. Dans une opinion rédigée par la juge O'Connor, la majorité des juges estime que le gouvernement n'est pas dans l'obligation de démontrer un besoin impérieux d'achever la route ou de se livrer à la récolte du bois dans la région de Chimney Rock⁸¹. S'appuyant sur le précédent *Bowen v. Roy*, la Cour rappelle que «La clause de libre exercice offre une protection individuelle contre certaines formes de contrainte gouvernementale mais n'accorde pas à un individu le droit de dicter la conduite du gouvernement dans des actions internes»⁸².

Le second arrêt, *Employment Divison v. Smith*⁸³, concerne cette fois une loi étatique qui criminalise l'usage d'une drogue considérée par les membres de la *Native American Church* comme l'élément de leur principal rituel. Les plaignants, Alfred Smith et Galen Black, sont renvoyés d'un organisme pour avoir ingéré le peyote, drogue hallucinogène, à des fins sacramentelles. L'État de l'Oregon leur refuse l'octroi d'indemnités pour faute professionnelle. La cour suprême n'accepte pas l'argument selon lequel les requérants avaient le droit d'ingérer une telle drogue au nom de leur droit, protégé par le Premier Amendement, d'exercer leur religion. Elle juge, dans une opinion rédigée par le juge Scalia, que les lois « neutres » et « d'application générale » qui ne discriminent pas une religion en particulier ne violent pas la Constitution. Et que le fait qu'elles discriminent *incidemment* les membres de la *Native American Church* n'entraîne pas automatiquement la protection du Premier Amendement.

Dans une opinion dissidente à laquelle se joignent les juges Brennan et Marshall, Blackmun condamne l'abandon du *compelling interest test*, obligeant précédemment les États à justifier les restrictions au nom d'un intérêt impérieux : «La loi sur la liberté religieuse des Amérindiens, en soi, ne peut

81. *Ibid.*, 447.

82. *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 699-700 : «The Free Exercise Clause affords an individual protection from certain forms of governmental compulsion; it does not afford an individual a right to dictate the conduct of the Government's internal procedures».

83. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

créer des droits opposables aux mesures gouvernementales restreignant la liberté religieuse, mais cette Cour doit appliquer scrupuleusement son analyse du libre exercice aux revendications religieuses des Amérindiens, aussi peu orthodoxes soient-elles. Sinon, à la fois le Premier Amendement et la politique du Congrès n'offriront aux Amérindiens qu'une promesse creuse et non tenue⁸⁴. En réaction à l'arrêt *Smith*, le Congrès adopte en 1993 le *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)* son objectif étant clairement de rétablir le « *compelling interest test* » utilisé par la Cour suprême avant le renversement opéré par *Smith*. La restriction de la liberté de religion par les États doit être dès lors justifiée par des raisons impérieuses⁸⁵; mais avec l'audace qu'on lui connaît en certaines occasions, la Cour suprême ne tarde pas à montrer des réticences. Dans un arrêt *City of Boerne v. Flores*⁸⁶, elle déclare la loi inconstitutionnelle vis-à-vis des États fédérés, bien que constitutionnelle vis-à-vis du gouvernement fédéral. Le combat avec le Congrès se poursuit et celui-ci, réagissant à l'arrêt *City of Boerne v. Flores*, adopte en 2000 le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA)*⁸⁷, devenant l'équivalent du *RFRA*, pour les États.

Évolution législative qui contraindra la Cour suprême à renverser la tendance. Les anciennes réticences tomberont, quelques années plus tard, au profit des membres du Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, société religieuse née en Amazonie présente aux États-Unis. En effet, dans un arrêt rendu en 2006⁸⁸, l'unanimité de la Cour estime que le gouvernement n'avait pas été en mesure de prouver son intérêt impérieux à interdire l'usage religieux de la drogue Hoasca.

L'adoption du *Religious Freedom Restoration Act*, du *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* et la tendance juridictionnelle ouverte par l'arrêt de 2006 précité sont des indices en faveur d'une interprétation généreuse du Premier Amendement. Tendance confirmée par le désormais célèbre arrêt *Hobby Lobby*⁸⁹, qui a fait exploser les potentialités de cette liberté religieuse de la Clause de libre exercice et du *Religious Freedom*

84. *Ibid.*, 921 : « The American Indian Religious Freedom Act, in itself, may not create rights enforceable against government action restricting religious freedom, but this Court must scrupulously apply its free exercise analysis to the religious claims of Native Americans, however unorthodox they may be. Otherwise, both the First Amendment and the stated policy of Congress will offer to Native Americans merely an unfulfilled and hollow promise ».

85. *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, 42 U.S.C § 2000 bb-1 (b) : « Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person (1) furthers a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest ».

86. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

87. 114 Stat. 803, 42 U.S.C. § 2000cc s.

88. *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente Uniao do Vegetal* 546 U.S. 418 (2006).

89. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. _ (2014). V. not. le commentaire d'E. Zoller in « Cour suprême des États-Unis : Session d'octobre 2013 », *RD publ.* 2015, n° 1, p. 257 s.

Restoration Act de 1993. À l'époque, les commentateurs y ont d'ailleurs vu une fenêtre d'espoir pour la liberté de culte des *Native Americans*⁹⁰, et le nombre des recours augmenta effectivement, tout comme les décisions de justice leur furent globalement favorables⁹¹. Ce qui est reconnu aujourd'hui pour les « entreprises de tendance » à but lucratif ne l'était pas il y a encore peu pour les *Native Americans*. Mais ces derniers vont profiter de la tendance générale, tout en ayant conscience que dans ce domaine, comme pour beaucoup d'autres, l'avenir dépendra en partie de la composition de la Cour suprême.

Seules les grandes lignes des arrêts ont ici été retracées, mais d'innombrables questions extrêmement techniques, toutes aussi passionnantes, sont à l'origine de chaque affaire. C'est notamment le cas de celle relative à l'identité des Indiens. Le lecteur intéressé par cette histoire sera sans doute interpellé par « le certificat de degré de sang des Indiens ou autochtones d'Alaska » accessible sur la page d'accueil du *U.S. Department of the Interior Indian Affairs*⁹². Destiné à prouver qu'une personne a tant de proportion de sang indien en fonction des quatre ascendants (sur la base de documents administratifs tels que les certificats de naissance et mariage), ledit certificat est controversé et de nombreux Indiens refusent de le remplir. Même si le document indique qu'il ne peut être renvoyé au Bureau des Affaires indiennes que sur la base du volontariat, il précise néanmoins que « cependant, une preuve de sang indien est requise pour bénéficier des services du programme fédéral ».

L'analyse des arrêts opérée pour la présente étude nous conduit à la conviction selon laquelle les postures idéologiques des juges de la Cour suprême n'est pas aussi évidente pour les *Indians Cases* qu'elle ne l'est pour les grands sujets dits de société. Des juges conservateurs ont pu prendre des positions claires en faveur des tribus comme des juges libéraux ont opéré des interprétations plus restrictives de leurs droits. De cette observation découle l'hypothèse suivante : dans la plupart de ces affaires, les juges n'ont eu de cesse, comme ils l'ont fait et le font encore dans la plupart des cas, de veiller à la protection de l'Union. En d'autres termes, de sanctionner des lois et agissements qui sont susceptibles de porter atteinte au maintien

90. V. not. en ce sens S. Movahed, « Hope for the Hopi in a post-Hobby Lobby World : The Supreme Court's recent interpretation of RFRA and the strengthening Native Americans religious-based land rights claims », *Maryland Journal of International Law*, vol 31. 244-256.

91. V. not. l'arrêt de la Cour du Cinquième Circuit à propos du port de plumes d'aigles au cours d'un Pow Wow, *McAllen Grace Brethren Church v. Salazar*, 764 F. 3d 465 (5th Cir. 2014) ; celui de la Cour de district du Wyoming, *Arapaho Tribe v. Ashe*, 2015 WL 1137487, No. 2 : 11-CV-00347-ABJ (D. Wyo. Mar. 12, 2015), à propos du permis de prélèvement de pygargue à tête blanche, limité aux zones situées à l'extérieur de la réserve. Dans les deux cas, les réglementations ont été jugées contraires au droit des tribus d'exercer leur religion.

92. <https://www.bia.gov/>

de cette Union indestructible, mais d'être plus cléments envers des droits et pratiques qui ne la mettent pas directement en cause. Voilà pourquoi il n'est pas possible de distinguer une grande problématique qui serait généralisée à tous les arrêts sur les droits des Indiens. Les questions de la souveraineté territoriale ne bénéficient en conséquence pas du même traitement que celles relatives au droit de pêche ou chasse. Tout en demeurant vigilants, les défenseurs des tribus indiennes (dont 567 sont aujourd'hui officiellement reconnues par le gouvernement fédéral) se réjouissent d'une attitude positive de la justice des États et de la justice fédérale envers les dites tribus. Laquelle, outre la raison évoquée ci-dessus, peut aussi s'expliquer par l'internationalisation du droit des autochtones. La Déclaration sur les Droits des Peuples Autochtones de l'ONU de 2007, malgré le vote négatif des États-Unis, a malgré tout alerté et ému les consciences sur la situation des peuples en train de s'éteindre. Est-ce sous l'effet de l'énergie des associations protectrices de leurs intérêts, de la bienveillance internationale ou d'un sentiment de culpabilité concrétisé dans la reconnaissance de leur génocide que les affaires indiennes sont si nombreuses dans les prétoires? Laissons la parole à Howard Fast qui écrit, en 1941, dans le si beau *La dernière frontière* : « Mais devant les brisants, sur la Frontière, il y avait toujours les Indiens, ces hommes qui luttèrent pour leurs foyers et leur existence. Au début, la marée les submergea impitoyablement ; mais, par la suite, la conscience de l'Amérique parut s'émouvoir — à moins que ce ne fût un sentiment de lassitude devant la ténacité de ces hommes à la peau sombre qui s'obstinaient à se battre contre un destin inexorable »⁹³.

---

93. H. Fast, *La dernière frontière*, 1941, trad. par C. de Palaminy, Gallmeister, 2014, p. 13.