

Université Panthéon-Assas

**Ecole doctorale de droit public, science administrative et
science politique**

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 29 juin 2011, à 14h

Thèse de Doctorat / Juin 2011

LA QUESTION DU TERRITOIRE AUX ÉTATS-UNIS DE 1789 À 1914 Apports pour la construction du droit international



Université Panthéon-Assas

Thibaut FLEURY

Sous la direction de M. le Professeur Denis ALLAND

Membres du jury :

- M. Denis ALLAND, Professeur à l'Université Paris 2
Panthéon-Assas, Directeur de Thèse
- M. Olivier BEAUD, Professeur à l'Université Paris 2
Panthéon-Assas
- M. Pierre-Michel EISEMANN, Professeur à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
- M. Mathias FORTEAU, Professeur à l'Université Paris 10
Paris Ouest Nanterre La Défense, Rapporteur
- M. Marcelo KOHEN, Professeur à l'Institut Universitaire
des Hautes Etudes Internationales de Genève, Rapporteur

AVERTISSEMENT

**L’Université Panthéon-Assas (Paris 2) n’entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être
considérées comme propres à leur auteur**

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord exprimer mes plus vifs remerciements et ma profonde gratitude au Professeur Alland, dont l'attention aura été constante tout au long de ces cinq années de recherches et d'écriture. Ses remarques, ses conseils et ses encouragements m'auront beaucoup appris, et m'auront permis de mener à bien ce travail.

Mes recherches ont bénéficié d'un séjour d'étude de huit mois à la *New York University School of Law*, financé par la Commission Fulbright et la Fondation George Lurcy. Qu'elles en soient remerciées, de même que le Professeur Kingsbury, qui m'a accueilli au sein de l'*Institute for International Law and Justice* qu'il dirige, et le Professeur Hulsebosch, qui a accepté de commenter mon travail au sein du *JSD Forum*. Merci, également, aux Professeurs Halberstam et Moellers de m'avoir accueilli, durant les mois de Juillet 2009 et Août 2010, au sein du séminaire « *Global and Comparative Perspectives on Federalism* » organisé par le *Wissenschaftskolleg zu Berlin*.

Certains ont soutenu ce travail, en acceptant de le relire et de me faire part de leurs remarques : ceux-là se reconnaîtront, mais je veux remercier en particulier mes parents pour leur soutien moral et matériel sans faille. Ils savent tout ce que je leur dois. Merci, aussi, à Estelle qui non seulement m'aura soutenu, mais encore supporté, au long de ces années. Elle sait quelle fut sa part dans cette entreprise.

Cette thèse est dédiée à Léopold Nennig. Né sur des territoires disputés, prisonnier de territoires étrangers, il m'a appris que le seul qu'il importe de défendre est toujours celui de l'humanité.

RÉSUMÉ

Cette étude repose sur l'hypothèse selon laquelle, de l'adoption de la constitution fédérale à la Première Guerre Mondiale, l'expansion territoriale des États-Unis d'Amérique, de même que le projet fédéral, ont appelé une « construction » des règles et principes du droit international au sein même des frontières américaines. Car, en 1789 déjà, tant les États-Unis, que les États membres de la Fédération ou les Nations indiennes, revendiquent sur tout ou partie de cet espace la souveraineté que reconnaît le droit international à tout « État ». C'est alors en définissant, en aménageant, en repensant, les notions d'« État » ou de « souveraineté » sur un territoire, les conditions de détention et de formation d'un titre territorial, ou encore en fixant la valeur juridique interne du droit international, que ces revendications seront – ou non – satisfaites. Fondé sur l'analyse de la pratique, de la doctrine et de la jurisprudence américaines durant le « long XIXe siècle », ce travail a ainsi pour objet d'interroger la question du territoire telle qu'elle se pose au sein de cet « État fédéral » territorialement souverain que constitueraient les États-Unis. Il espère ce faisant mettre au jour des constructions du droit international dont l'actualité tient à leur objet : la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 interroge en effet les principales notions et problématiques de ce droit – au premier rang desquelles celle de l'articulation spatiale des compétences.

Descripteurs : États-Unis, territoire, souveraineté territoriale, droits territoriaux, traités, États membres, Nations indiennes, peuples autochtones, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, fédéralisme, colonialisme.

TITLE AND ABSTRACT

Territorial Issues in the United States from 1789 to 1914 Contributions to the Construction of International Law

This study is based upon the hypothesis that, from the entry into force of the federal constitution to the First World War, the United States territorial expansion, as well as the federal project, called for a « construction » of international law's rules and principles within the American boundaries. It is to be remembered that, in 1789, the United States, the member States and the Indian Nations claimed for themselves, on parts or the whole of that space, the sovereignty that every « State » is entitled to according to international law. It is therefore by defining, adapting, or rethinking the notions of « State » or « territorial sovereignty », the conditions required for a territorial title to be held or formed, and by setting the legal status of international law, that those claims have been enforced – or not. Grounded upon the analysis of the American doctrine, practice and case law, the purpose of this study is thus to inquire about territorial issues as raised within what is usually described as a « federal State », sovereign on its territory. Because those issues, and mainly jurisdictional ones, are fundamental to international law, this work hopes to bring to light constructions of international law which are still relevant today.

Keywords : United States, territory, territorial sovereignty, territorial rights, treaties, member States, Indian Nations, indigenous peoples, right to self-determination, federalism, colonialism.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- A.F.D.I.** : Annuaire Français de Droit International
- A.H.R.** : American Historical Review
- A.J.I.L.** : American Journal of International Law
- A.P.D.** : Archives de Philosophie du Droit
- A.P.S.R.** : American Political Science Review
- A.S.D.I.** : Annuaire Suisse de Droit International
- A.S.P.F.R.** : American State Papers, Foreign Affairs
- A.S.P.I.A.** : American State Papers, Indian Affairs
- A.S.P.Misc.** : American State Papers, Miscellaneous
- A.S.P.P.L.** : American State Papers, Public Lands
- A.Y.B.I.L.** : Australian Yearbook of International Law
- Am. Ind. L. Rev.** : American Indian Law Review
- Am. J. Legal Hist.** : American Journal of Legal History
- Am. U. Int'l L. Rev.** : American University International Law Review
- Am. L. Reg.** : American Law Register
- Am. L. Rev.** : American Law Review
- Anglo-Am. L. Rev.** : Anglo-American Law Review
- Ann. Cong.** : Annals of Congress
- Ariz. L. Rev.** : Arizona Law Review
- Ariz. St. L. J.** : Arizona State Law Journal
- B.C.L. Rev.** : Boston College Law Review
- Buff. L. Rev.** : Buffalo Law Review
- C.I.J.** : Cour Internationale de Justice
- C.J.E.P.S.** : Canadian Journal of Economics and Political Science
- C.J.U.E.** : Cour de Justice de l'Union Européenne
- C.L.R.** : Common Law Review
- C.P.A.** : Cour Permanente d'Arbitrage
- C.P.J.I.** : Cour Permanente de Justice Internationale
- Cal. L. Rev.** : California Law Review
- Canadian J. Pol. Sc.** : Canadian Journal of Political Science

Case W. Res. J. Int'l L. : Case Western Reserve Journal of International Law

Colum. L. Rev. : Columbia Law Review

Cong.Rec. : Congressional Records

D.G. : VATTEL, (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres 1758, 2 vols.

E.J.I.L : European Journal of International Law

Elements (en)... : WHEATON, (H.), *Elements of International Law* (3^e ed.), Philadelphia, Lea and Blanchard 1846, xxviii-655 p.

Eléments (fr)... : WHEATON, (H.), *Eléments du droit international*, Leipzig, F.A.Brockhaus 1852, 2 vols.

Fordham L. Rev. : Fordham Law Review

Georgetown L.J. : Georgetown Law Journal

Harv. L. Rev. : Harvard Law Review

Hastings Const. L.Q. : Hastings Constitutional Law Quarterly

Hawaii L. Rev. : Hawaii Law Review

House Journal : Journal of the United States House of Representatives

Idaho L. Rev. : Idaho Law Review

Immig. & Nat'lity L. Rev. : Immigration and Nationality Law Review

Int. J. Const. L. : International Journal of Constitutional Law

J.C.C. : Journal of the Continental Congress

J. Comp. L. Int. L. : Journal of Comparative Legislation and International Law

J.H.I.L. : Journal of the History of International Law

J. Hist. Pol. Thought : Journal of History of Political Thought

J. Int'l L & Pol. : Journal of International Law & Politics

J. L. & Pol. : Journal of Law & Policy

L. & Soc'y Rev. : Law & Society Review

M.V.H.R. : Mississippi Law Review

Mich. L. Rev. : Michigan Law Review

Minn. L. Rev. : Minnesota Law Review

N. D. L. Rev. : Notre-Dame Law Review

N.Y.B.I.L : Netherlands Yearbook of International Law

N.Y.U. L. Rev. : New York University Law Review

Okla. City U. L. Rev. : Oklahoma City University Law Review

ONU : Organisation des Nations Unies

Op.Att'y.Gen. : Digest of the Official Opinions of the Attorneys-General of the United States (l'abréviation est précédée du numéro du volume et suivie du numéro de la page).

- P.S.Q** : Political Science Quarterly
- Pennsylvania L. Rev.** : Pennsylvania Law Review
- R.A.I.** : Recueil des Arbitrages Internationaux
- R.B.D.I.** : Revue Belge de Droit International
- R.C.A.D.I** : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
- R.D.I.** : Revue de Droit International
- R.D.I.L.C.** : Revue de Droit International et de Législation Comparée
- R.G.D.I.P.** : Revue Générale de Droit International Public
- R.I.A.A.** : Report of International Arbitrations Awards
- R.S.A.** : Recueil des sentences arbitrales
- Reg.Deb.** : Register of Debates (U.S. Congress)
- S.D.N.** : Société des Nations
- Senate Ex. Proc.** : Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States
- Senate Journal** : Journal of the United States Senate
- Stan. L. Rev.** : Stanford Law Review
- Stat.** : United States Statutes at Large (l'abréviation est précédée du numéro de volume et suivie du numéro de page).
- Terr.Papers** : The Territorial Papers of the United States
- Tex. L. Rev.** : Texas Law Review
- The Federalist** : HAMILTON, (A.) ; MADISON, (J.) ; JAY, (J.) [« PUBLIUS »], *The Federalist* (1787-1788), Cambridge, Cambridge University Press 2003, lv-575 p.
- Tul. L. Rev.** : Tulane Law Review
- U. Colo. L. Rev.** : University of Colorado Law Review
- U. Mich. J. L. Ref.** : University of Michigan Journal of Law Reform
- U. Pa. L. Rev.** : University of Pennsylvania Law Review
- U.S. Serial Set** : United States Congressional Serial Set
- Va. J. Int'l L.** : Virginia Journal of International Law
- Vand. J. Transnat'L.** : Vanderbilt Journal of Transnational Law
- Vand. L. Rev.** : Vanderbilt Law Review
- W. St. U. L. Review** : Western State University Law Review
- W.M.Q.** : William & Mary Quarterly
- Yale L.J.** : Yale Law Journal

SOMMAIRE

PARTIE I – LA CONSTRUCTION DES CONDITIONS D'ACQUISITION DU TITRE TERRITORIAL

Titre I – Définition des conditions de détention du titre territorial

Chapitre 1 – Organisation interne du détenteur du titre

Chapitre 2 – Indépendance du détenteur du titre

Titre II – Aménagement des modes de formation du titre territorial

Chapitre 1 – L'occupation

Chapitre 2 – La découverte

PARTIE II – LA CONSTRUCTION DU STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE

Titre 1 – Statut juridique du territoire étatique

Chapitre 1 – Définition des pouvoirs et obligations du détenteur du titre

Chapitre 2 – Effets du titre territorial sur le statut juridique des entités situées au sein des frontières

Titre 2 – Statut juridique du territoire non-étatique

Chapitre 1 – Statut de dépendance des États-Unis

Chapitre 2 – Statut de « State in embryo »

INTRODUCTION

« Dehors et dedans forment une dialectique d'écartèlement et la géométrie évidente de cette dialectique nous aveugle dès que nous la faisons jouer dans des domaines métaphoriques. Elle a la netteté tranchante de la dialectique du *oui* et du *non* qui décide de tout. On en fait, sans y prendre garde, une base d'images qui commandent toutes les pensées du positif et du négatif »¹. Générale, philosophique surtout, la remarque de Bachelard résume aussi l'un des traits caractéristiques du droit international, dont les règles sont articulées autour de cette idée que les frontières du territoire étatique marquent celle d'un « dedans » et d'un « dehors », d'un « intérieur » et d'un « extérieur ».

« Espace géographique sur lequel un État exerce l'intégralité de ses compétences, à l'exclusion de tout autre État »², le territoire étatique marque « le domaine de validité d'un ordre juridique étatique »³, et regroupe « les espaces sur lesquels un État particulier dispose d'un *dominium* exclusif et dans lesquels il dispose en principe sur les sujets internes d'un *imperium*, exclusif ou concurrent, que leur rattachement spatial suffit à fonder »⁴. Le territoire

¹ BACHELARD, (G.), « La dialectique du dehors et du dedans » in *La poétique de l'espace*, Paris, PUF 1957, p.191.

² « Territoire » in SALMON, (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant 2001, p.1076.

³ KELSEN, (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz 1962 (traduit de l'allemand par Ch.Eisenmann), p.381. Voir aussi RADNITZKY, (E.), « Die rechtliche Natur des Staatesgebietes », *Archiv für Offentliches Recht*, vol.20 (1906), p.341 : « Wir haben die Gebietshoheit als die örtliche Kompetenz des Staates bezeichnet ; das Gebiet ist demnach die örtliche Kompetenzsphäre – der örtliche Wirkungskreis – der Sprengel der Staatsgewalt ».

⁴ COMBACAU, (J.), SUR, (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien 2008, p.405. Voir aussi ASCENSIO, (H.), « État » in ALLAND, (D.), (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF 2000, p.126 : « Le territoire peut être conçu comme un objet d'appropriation sur lequel l'État établit son *dominium* ou comme un espace dans le cadre duquel l'État exerce son *imperium* » ; DISTEFANO, (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone 2002, p.39 : « Cette

est ainsi, d'après le droit international, le lieu du pouvoir de l'État : ses frontières déterminent « les limites matérielles dans lesquelles s'exerce le pouvoir suprême de gouvernement »⁵. Dans les limites de son territoire en effet, « l'État jouit d'une compétence discrétionnaire, ne connaissant ni de limitation *rationae personae* ni de limitation *ratione materiae* » : l'État y est compétent « pour accomplir en toute matière toute espèce d'acte juridique à l'égard de toutes personnes »⁶. Telle est la « souveraineté territoriale » : « le plus haut degré de compétence d'un sujet sur un espace donné »⁷, que protège un droit international dont la « limitation primordiale » qu'il impose aux États est « celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de [leur] puissance sur le territoire d'un autre État »⁸.

Limitation *primordiale* dit l'arrêt *Lotus*, c'est-à-dire « qui est à l'origine, qui sert d'origine au reste »⁹ : cette délimitation territoriale de l'exercice de pouvoirs souverains

théorisation de la souveraineté territoriale nous paraît décidément la plus convaincante parmi les soi-disant théories mixtes qui ont cherché à surmonter les obstacles posés par chacune des théories "pures" (...). Elle permet en effet de combiner assez harmonieusement la qualification du territoire comme "espace, lieu d'exercice d'un *imperium*" et l' "espace, comme objet de l'exercice d'un *dominium*". Loin d'être un artifice ou une acrobatie dialectique, cette théorie nous paraît être corroborée par l'analyse sans préjugés de la pratique des États et des tribunaux internationaux ». POIRAT, (F.), « Territoire » in ALLAND, (D.) ; RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy 2003, p.1476 ; SUY, (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », in *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburstag*, München/Salzburg, Wilhelm Fink Verlag 1971, p.508 : « Le territoire étatique se révèle donc comme une notion très complexe qui pourrait être définie comme cette partie du globe où s'exercent totalement les pouvoirs étatiques sur les personnes, les choses et les faits ainsi que sur le sol ».

⁵ VERZIJL, (J.H.W.), « State Territory » in *International Law in Historical Perspective*, Leyden, A.W.Sijthoff 1970, vol.3, p.13.

⁶ DELBEZ, (L.), « Du territoire dans ses rapports avec l'État », *R.G.D.I.P.* vol.39, n°4 (1932), p.713. Voir aussi, affirmant la compétence législative et réglementaire de l'État sur son territoire, y compris à l'égard des étrangers, C.I.J., *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil* 1960, p.45, cité par BASTID, (S.), « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice », *R.C.A.D.I.* vol.107 (1962-III), p.367.

⁷ KOHEN, (M.G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF 1997, p.109. Voir aussi, généralement cités et cités par cet auteur : C.P.A., *Affaire de l'Île de Palmas (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)*, sentence du 4 avril 1928, *R.I.A.A* vol.II, pp.838-839 : « (...) sovereignty in relation to a portion of the surface of the globe is the legal condition necessary for the inclusion of such portion in the territory of any particular State. Sovereignty in relation to territory is in the present award called "territorial sovereignty" (...). Territorial sovereignty (...) involves the exclusive right to display the activities of a state ». Voir aussi BRIERLY, (J.L.), *The Law of Nations. An Introduction to International Law*, Oxford, Clarendon Press 1963, p.162 : « [territorial sovereignty denotes] the fullest rights over territory known the law ». Enfin, dans le même sens : SHAW, (M.N.), « Territory in International Law », *N.Y.B.I.L.* vol.13 (1982), p.73.

⁸ C.P.J.I., *Affaire du Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, p.18. Les frontières étatiques constituent en ce sens des « murs juridiques » : BOGGS, (S.W.), *International Boundaries. A Study of Boundary Functions and Problems*, New York, Columbia University Press 1940, p.10.

⁹ « Primordial » in LITTRE, (P.-E.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette & Cie. 1874, t.3, p.1318.

constitue en effet « la mission et le but du droit international classique »¹⁰, elle est un « concept juridique fondamental »¹¹ depuis, selon l'historiographie traditionnelle de ce droit, les « traités de Westphalie »¹². Les deux traités signés en 1648 à Münster auraient en effet « introduit deux doctrines fondamentales » pour la régulation des relations interétatiques : celle de la « souveraineté territoriale » d'une part, et celle de l' « égalité des États » d'autre part¹³. On peut ainsi affirmer aujourd'hui que « beaucoup des principes les plus fondamentaux du droit international découlent du concept d'exclusivité territoriale de l'État, et ont pour objet de la protéger »¹⁴ - ce que confirment la Charte de l'ONU¹⁵, la « Déclaration

¹⁰ JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester UP 1963, p.2 : « The mission and purpose of traditional international law has been the delimitation of the exercise of sovereign power on a territorial basis ».

¹¹ Les affirmations en ce sens sont omniprésentes dans la doctrine et la jurisprudence. Voir par exemple : BERNARDEZ, (S.T.), « Territorial Sovereignty » in BERNHARDT, (R.), (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New York, Oxford, Tokyo, Elsevier Science Publishers 1987, vol.10, p.488 ; JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition...*, précité, p.2 ; O'CONNELL, (D.P.), *International Law*, London, Stevens 1970, vol.1, p.403 ; SHAW, (M.N.), *International Law*, Cambridge, New York, Cambridge UP 2008, p.26. Dans la jurisprudence internationale, le juge Huber a noté en une expression bien connue que « le développement de l'organisation nationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international, ont établi *le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux* » : C.P.A., *Affaire de l'Île de Palmas*, précité, p.838 (c'est nous qui soulignons).

¹² Les références sont extrêmement nombreuses qui prennent pour point de départ de la construction du droit international classique comme droit des relations entre États territorialement souverains la paix de Westphalie. On notera toutefois que ce n'est qu'à partir du XIXe siècle que la doctrine opère ce découpage historique. Voir entre autres : FAUCHILLE, (P.), *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau & Cie 1922, t.1, p.75 ; WHEATON, (H.), *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique, depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, Leipzig, F.A. Brockhaus 1846, 2 vol. ; WINFIELD, (P.H.), *The Foundation and the Future of International Law*, Cambridge, Cambridge UP 1941, p.18. Pour des études plus générales sur le rôle de ces traités dans la construction du droit international classique, voir GROSS, (L.), « The Peace of Westphalia, 1648 – 1948 », *A.J.I.L.* vol.42, n°1 (1948), pp.20-41 ; HARDING, (C.) ; LIM, (C.L.), « The Significance of Westphalia : an Archaeology of International Legal Order », in HARDING, (C.) ; LIM, (C.L.), (ed.), *Renegotiating Westphalia*, The Hague, Boston, M.Nijhoff 1999, pp.1-23 ; RAPISARDI-MIRABELLI, (A.), « Le Congrès de Westphalie » *Biblioteca Vissseriana. Dissertationum ius internationale illustrantium*, Lugduni Batavorum, Brill 1929, pp.5-102.

¹³ SHARMA, (S.S.), *Territorial Acquisition, Disputes, and International Law*, The Hague, Boston, London, M.Nijhoff 1997, p.6. Voir aussi BROWNLIE, (I.), *Principes of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press 1963, p.280.

¹⁴ SHAW, (M.N), « Territory... », précité, p.67. Voir aussi CAFLISCH, (L.), « Essai d'une typologie des frontières », *Relations internationales* n°63 (1990), p.291, qui qualifie les frontières de « piliers de l'existence et de la sécurité de l'État-Nation », cité par KOHEN, (M.G), « The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethipia Boundary of 13 April 2002 : a Singular Approach to International Law applicable to Territorial Disputes », in KOHEN, (M.G.), (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Leiden, Nijhoff 2007, p.767.

¹⁵ « Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945 », in COT, (J.-P.) ; PELLET, (A.), (dir.), *La charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Paris, Economica 2005, t.1, p.437, article 2.4 : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

relative aux principes du droit international » de 1970¹⁶ et diverses autres résolutions de l’Assemblée Générale¹⁷, ou encore les arrêts les plus récents de la Cour Internationale de Justice¹⁸.

Ainsi le droit international, dans sa construction classique, a-t-il notamment et surtout pour objet de délimiter des espaces clos¹⁹ - à l’intérieur desquels son application est réputée exclue : le territoire étatique est un monde de souveraineté, au sein duquel le droit de l’État à vocation, sauf exception, à régir l’ensemble des relations, alors que les relations interétatiques sont régies par un droit international fondé sur le principe d’égalité²⁰. Telle est donc, généralement, la perspective qui est adoptée lorsqu’est étudiée la « question du territoire aux États-Unis »²¹ entre 1789 et 1914 sous l’angle du droit international.

*

¹⁶ « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États », Résolution 2625 (XXV) adoptée par l’Assemblée Générale des Nations Unies le 24 octobre 1970, A/RES/2625(XXV).

¹⁷ Voir notamment « Déclaration sur l’octroi de l’indépendance aux pays et peuples coloniaux », Résolution 1514(XV) adoptée par l’Assemblée Générale des Nations Unies le 20 décembre 1960, A/RES/1514(XV).

¹⁸ Voir entre autres C.I.J., *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, arrêt du 23 mai 2008, *C.I.J. Recueil 2008*, p.12. ; C.I.J., *Affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt du 8 octobre 2007, *C.I.J Recueil 2007* p.659 ; C.I.J., *Affaire du différend frontalier (Bénin c. Niger)*, arrêt du 12 juillet 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p.90.

¹⁹ Voir SCHMITT, (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum* (1950), Paris, PUF 2001, not. p.171 : « dans la perspective du *Jus publicum Europaeum*, toute terre sur le globe est soit territoire d’États européens ou d’États mis sur le même pied, soit terre encore librement occupable, c'est-à-dire territoire étatique potentiel ou colonie potentielle ». Sur le recours aux propos de Schmitt, que l’on recontrera à quelques reprises dans ce travail, et à leur validité théorique en dépit des opinions idéologiques de l’auteur, voir MONOD, (J.-C.), *Penser l’ennemi, affronter l’exception. Réflexions critiques sur l’actualité de Carl Schmitt*, Paris, La Découverte 2006, 191 p. et ZARKA, (Y.-C.), *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF 2005, 112 p. Les enjeux du débat sont notamment résumés par BEAUD, (O.), « Lire Carl Schmitt », *Le Monde des Livres* du 26 janvier 2007 et ZARKA, (Y.-C.), « Que faire de Carl Schmitt ? », *Le Monde des Livres* du 2 février 2007.

²⁰ Selon la distinction bien connue théorisée par TRIEPEL, (H.), « Les rapports entre droit interne et droit international », *R.C.A.D.I.* vol.1 (1923-I), pp.77-121 et TRIEPEL, (H.), *Droit international et droit interne* (1920), Paris, Editions Panthéon-Assas 2010 (traduit de l’allemand par R.Brunet), xxxv-448 p. Le Pr. Zoller a rappelé récemment que « nous ne sommes en vérité jamais sortis de cette distinction et, aujourd’hui, c'est sans l'ombre du moindre doute qu'on enseigne qu'il y a, d'une part, le droit international et, d'autre part, le droit interne, et que l'on est soit dans l'un, soit dans l'autre, mais qu'on ne peut pas être dans les deux à la fois, et encore moins dans aucun des deux » : ZOLLER, (E.) « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d’États », *R.C.A.D.I.* vol.294 (2002), p.54.

²¹ Nous avons, pour respecter l’usage, conservé le trait d’union qui relie les deux termes d’ « États-Unis ». On notera toutefois que ce trait d’union n’est jamais usité en langue anglaise, et il n’est pas certain que d’autres raisons qu’une pratique unanime justifient son usage en français – alors même que ce signe typographique exprime une unité qui n’est pas toujours une traduction de la réalité.

Parmi les – très rares – études qui abordent cette question sous cet angle, l'approche, en effet, est presque toujours la même²² : il s'agit soit de lister les « modes d'acquisitions du territoire » grâce auxquels les États-Unis ont déployé leur souveraineté territoriale sur le continent nord-américain²³, soit de dresser une liste des règles qui, incluses aujourd'hui dans le droit international général, auraient été élaborées ou précisées pour les besoins de cette expansion territoriale²⁴. Ces études partent du postulat que « lors de leur rupture avec la Couronne, les colons d'Amérique se sont (...) approprié la souveraineté politique et la souveraineté territoriale »²⁵ : puisque l'Union américaine²⁶ « est formée d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement », elle est « un État au sens du droit international »²⁷, si bien que c'est au travers du comportement de *cet État, pris comme unité juridique*, que l'on mesure l'apport à la construction du droit international constitué par la façon dont il a appréhendé la question du territoire²⁸. Tel n'est pas, cependant, le propos général de la présente étude.

²² A l'exception notable, quoique portant sur une période antérieure à la nôtre et adoptant une perspective plus historique que juridique, de ONUF, (P.S.), *The Origins of the Federal Republic. Jurisdictional Controversies in the United States, 1775 - 1787*, Philadelphia, Pennsylvania UP 2001, xvii-284 p. Voir aussi POTTER, (P.B.), « The Nature of American Territorial Expansion », *A.J.I.L.*, vol.15, n°2 (1921), pp.189-197.

²³ En ce sens voir BICKNELL, (E.), *The Territorial Acquisitions of the United States. An Historical Review*, Boston, Small, Maynard & Company 1899, xi-110 p. Voir aussi la « Carte de l'expansion territoriale des États-Unis », reproduite en Annexe.

²⁴ En ce sens voir, HOSTIE, (J.), « Contribution de la Cour Suprême des États-Unis au développement du droit des gens », *R.C.A.D.I.* vol.69 (1939-III), pp.237-348, notamment le chapitre « Territoire », pp.291-305 ; JANIS, (M.W.), *The American Tradition of International Law. Great Expectations : 1789 – 1914*, Oxford, Oxford UP 2004, 172 p. ; KOSKENNIEMI, (M.), « The Legacy of the Nineteenth Century », in ARMSTRONG, (D.), (ed.), *Handbook of International Law*, London, New York, Routledge 2009, pp.141-153 ; NYS, (E.), *Les États-Unis et le droit des gens*, Paris, Pedone 1909, 166 p. ; BROWN, (H.B.) « The Development of International Law by Judicial Decisions in the United States », *ASIL Proceedings* vol.3 (1909), pp.166-220 ; WESTENGARD, (J.I.), « American Influence upon International Law », *J.Comp.L.Int.L.*, vol.18, n°1 (1918), pp.2-14. A noter que certaines études se concentrent sur une règle particulière du droit international : voir par exemple BEAULAC, (S.), « Le transfert de territoire en droit international selon Vattel et la cession de la Louisiane aux États-Unis d'Amérique », *Louisiana Law Review*, vol.63, n°3 (2003), pp.1361-1395 ou encore MAXEY, (E.), *International Law, with Illustrative Cases*, St Louis, The F.H.Thomas Law Book Co. 1906, p.17 qui note que « l'apparition des États-Unis comme Nation indépendante marque une nouvelle époque dans le développement du droit international », car les États-Unis ont joué un rôle considérable « dans l'élimination de l'ennemi de tout droit international – la piraterie, et en assurant une meilleure reconnaissance des droits des neutres ».

²⁵ MARIENSTRAS, (E.), *Nous le peuple. Les origines du nationalisme américain*, Paris, Gallimard 1988, p.16.

²⁶ Dans l'ensemble des développements qui suivent, « américain » doit être entendu, comme c'est l'usage, au sens d'« États-Unis d'Amérique » et non au sens de « continent géographique américain ». Voir DELABIE, (L.), *Les approches américaines du droit international. Entre unité et diversité*, thèse pour le doctorat en droit public (dir. P.-M. Eisemann), Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) 2009, p.11, note 2, et les références citées par l'auteur.

²⁷ ZOLLER, (E.) « Aspects internationaux... », précité, p.60.

²⁸ Pour un constat similaire, voir BERNIER, (I.), *International Legal Aspects of Federalism*, Hamden, Archon Books 1973, p.1 : « Most textbooks of international law refer briefly to federal states, more often than not to make the point that federations normally absorb the international personality of their

*

Ce que propose ce travail en effet, c'est précisément de ne pas se « laisser aveugler », pour reprendre l'expression de Bachelard, par la « dialectique du dehors et du dedans » dont nous venons d'évoquer l'importance en droit international, et par conséquent d'étudier la question du territoire telle qu'elle se pose *au sein des frontières américaines elles-mêmes*. Celui, par conséquent, qui lirait les pages qui suivent en espérant y trouver une démonstration de « l'origine américaine » de certaines règles du droit international général relatives à la question du territoire s'exposerait à la déception. Ce n'est pas à dire que cette perspective soit purement et simplement négligée dans ce travail : il est des cas dans lesquels l'origine d'une idée, d'un concept, est attribuable sans guère de doute aux États-Unis, et ne pas le souligner eût porté préjudice à l'analyse. Mais l'origine est souvent incertaine : pour la dire « américaine », il faudrait comparer l'ensemble de la pratique des États, un travail dont l'ampleur dit assez qu'il n'est pas réalisable²⁹ ; quand bien même le serait-il, l'origine « américaine » des règles en question n'aurait qu'un intérêt limité d'un point de vue juridique – à moins de démontrer (ce que n'ont pas fait les auteurs qui s'y sont essayés) que la mise au jour de cette origine américaine améliore la compréhension et l'application de la règle en cause³⁰ ; enfin, à supposer ce point démontré, il suffirait alors de renvoyer le lecteur aux études déjà citées qui se sont employées à découvrir « l'apport des États-Unis pour le développement du droit international ».

En revanche, n'a encore jamais fait l'objet d'aucune étude, à notre connaissance, *la façon dont les règles du droit international relatives au territoire ont été construites entre les différentes entités présentes au sein des frontières des États-Unis*. Plusieurs indices pourtant

subdivisions and that federal governments must answer for the international delicts of their member states ».

²⁹ Voir en ce sens Westengard, selon qui « the extent of influence is a matter of opinion. In regard to it one cannot very well be dogmatic, but one may form and express an opinion, and in support of it set forth the grounds on which it is based » : WESTENGARD, (J.I.), « American Influence... », précité, p.2.

³⁰ Ni Hostie, ni Janis, ni Nys ne l'ont prétendu. Voir HOSTIE, (J.), « Contribution de la Cour Suprême ... », précité ; JANIS, (P.W.), *The American Tradition...*, précité ; NYS, (E.), *Les États-Unis...*, précité. Le Pr. Carty, toutefois, a récemment appelé de ses vœux une multiplication des études de la pratique internationale d'un État, afin de mieux interpréter les règles du droit international qu'il met en œuvre : CARTY, (A.), « The Iraq Invasion as a Recent United Kingdom "Contribution to International Law" », *E.J.I.L.* vol.16, n°1 (2005), p.143-151.

permettent de laisser penser que, de l'entrée en vigueur de la constitution fédérale en 1789³¹ à la Première Guerre Mondiale en 1914, *la question de la répartition des compétences au sein de l'espace politique et juridique américain n'a pas pu échapper au droit international*. La Pr. Marienstras, qui affirme, ainsi que nous le rappelions plus haut, que les anciennes colonies se sont emparées au jour de l'Indépendance de la « souveraineté territoriale », ne rappelle-t-elle pas également, en une référence aux Nations indiennes, que « l'une des singularités de l'État-Nation américain est qu'(...) il doit aujourd'hui encore faire la part, sur le territoire qu'il dit sien, à des Nations elles aussi souveraines »³² ? Il suffit également de s'intéresser à la question des « peuples autochtones » pour savoir que les États-Unis ont passé, au cours du XIXe siècle avec ces Nations indiennes, des « traités », instruments de droit international par excellence³³ - ou de consulter des ouvrages plus spécialisés pour apprendre que, dans la première moitié du XIXe siècle, les questions de droit international qui se posent à la Cour Suprême sont trois fois plus importantes que les questions de droit constitutionnel³⁴. En outre, Tocqueville ne définissait-il pas les États-Unis comme « vingt-quatre petites Nations souveraines, dont l'ensemble forme le grand corps de l'Union », ce qui justifiait alors qu'il faille « étudier l'État [membre] avant l'Union », au risque sinon de « s'engager dans une route semée d'obstacles »³⁵ ? Longtemps perdue de vue, cette perspective a été réintroduite récemment dans la doctrine relative à la nature des organisations politiques de type fédéral, ce dont témoigne notamment la *Théorie de la Fédération* du Pr. Beaud, dont l'objectif avoué est de « sortir la Fédération de l'orbite de l'État »³⁶, en rappelant notamment qu'il est « hâtif »

³¹ Nous retiendrons cette date pour évoquer cette constitution et parlerons par conséquent de « Constitution de 1789 » pour évoquer la Constitution acceptée le 17 septembre 1787 par la Convention de Philadelphie et entrée en vigueur le 4 mars 1789. Pour une étude de l'adoption de la Constitution, qui a le mérite d'étudier d'abord l'étude de chacune des anciennes colonies et de mettre en avant la question du titre territorial, voir STORY, (J.), *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company 1833, vol.1, pp.3-109.

³² MARIENSTRAS, (E.), *Nous le peuple...*, précité, p.16.

³³ Tout ouvrage sur la question le rappelle en effet. Voir par exemple ANAYA, (S.J.), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, New York, Oxford UP 2004, xi-396 p.

³⁴ ZIEGLER, (B.M.), *The International Law of John Marshall. A Study of First Principles*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press 1939, p.12. On ne saurait ainsi conclure avec certains auteurs que la jurisprudence de la Cour Suprême – quand bien même on limiterait la recherche aux arrêts relatifs aux Nations indiennes – ne contient que des références « sporadiques » à ce droit : RIGAUX, (F.), « L'autorité du juge constitutionnel : le droit fédéral des Indiens à la Cour Suprême des États-Unis », in BONTEMS, (C.), (dir.), *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan 1996, p.432.

³⁵ TOCQUEVILLE, (A. de), *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), Paris, Gallimard 1986, vol.1, p.121.

³⁶ BEAUD, (O.), *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF 2007, Première Partie, pp.37-97. Voir aussi ZOLLER, (E.), « Aspects internationaux... », précité, not. pp.60-61 : « (...) c'est toujours et exclusivement dans le contexte du droit international que la doctrine américaine qualifie l'Union d'État fédéral. Pour elle, dire que les États-Unis sont un État fédéral signifie ni plus ni moins que l'Union est un sujet souverain du droit international investi

d'analyser « les effets de la naissance d'une Fédération sur les États particuliers en terme de polarité entre droit international et droit interne »³⁷. Autant d'indices qui laissent entendre qu'il y a largement place *pour former l'hypothèse* d'un recours au droit international au sein des frontières américaines : s'il y a des « Nations », n'est-ce pas en effet ce droit qui est censé régir leurs relations ?

Un autre indice est fourni par le développement *progressif* du pouvoir du gouvernement fédéral au sein des frontières américaines au cours de la période qui nous intéresse – et qui fait tout l'intérêt théorique de choisir cette période comme cadre temporel de notre étude : alors même que les États-Unis détiennent, dès 1783, un titre territorial sur une partie du continent nord-américain³⁸, titre dont l'étendue géographique ira s'agrandissant au fur et à mesure des acquisitions territoriales, ce n'est qu'à la fin du XIXe siècle que cet espace est le lieu d'expression d'un pouvoir unique.

La progressivité du déploiement du pouvoir fédéral se vérifie, tout d'abord, à l'égard des Nations indiennes présentes au sein du territoire des États-Unis : comme l'a noté un observateur contemporain de cette période, le pouvoir du Congrès s'est déployé à leur égard « *by steps and degrees* »³⁹, et ce n'est qu'à la fin du XIXe siècle que surgissent et se multiplient les lois fédérales régissant les affaires internes de ces Nations⁴⁰ : après l'adoption en 1871 d'une loi interdisant pour l'avenir la conclusion de

comme tout État souverain des attributs de la personnalité juridique internationale. En revanche, en droit constitutionnel tel qu'on le pratique et l'enseigne aux États-Unis, le terme d'État n'est jamais appliqué à l'Union et il ne viendrait à l'esprit d'aucun constitutionnaliste américain de qualifier l'Union comme tel ». Nous verrons toutefois, au fil de nos développements, que la distinction droit international / droit constitutionnel sur laquelle s'appuie la Pr. Zoller n'est pas nécessairement pertinente.

³⁷ BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.206.

³⁸ « Paris Peace Treaty, Sep.3, 1783 », in MILLER, (H.), *Treaties and Others International Acts*, Washington, Government Printing Office 1931, vol.2, , p.152 : Article I : « His Britannic Majesty acknowledges the said United States, viz., New Hampshire, Massachusetts Bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia, to be free sovereign and independent states, that he treats with them as such, and for himself, his heirs, and successors, *relinquishes all claims to the government, propriety, and territorial rights of the same and every part thereof* » (c'est nous qui soulignons).

³⁹ THAYER, (J.B.), « Our New Possessions » in *Legal Essays*, London, Oxford UP 1908, p.163.

⁴⁰ Voir CLINTON, (R.N.), « There is no Federal Supremacy Clause for Indian tribes », *Ariz. St. L. J.* vol.34, n°1 (2002), p.170, qui affirme que ces lois constituent « la première tentative coloniale anglo-américaine de gouverner directement les Nations indiennes » (c'est nous qui soulignons).

traités avec ces dernières⁴¹, la législation se développe rapidement⁴². En 1885, le Congrès fédéral adopte le « *Federal Major Crimes Act* », d'après lequel « tout Indien, commettant contre la propriété ou la personne de tout Indien ou autre individu, l'un des crimes suivants (...), dans quelque Territoire des États-Unis que ce soit, tant en dedans qu'au dehors d'une réserve indienne, sera soumis aux lois pénales dudit Territoire, et sera jugé par les mêmes cours, selon les mêmes procédures, et encourra les mêmes peines, que toute autre personne poursuivie pour les mêmes crimes »⁴³ ; cet acte est encore, et surtout, complété par le « *General Allotment Act* » de 1887, qui dispose que « dans tous les cas où une tribu ou une bande d'Indiens est, ou sera, installée dans une réserve créée pour son usage, soit par disposition conventionnelle, soit par un acte du Congrès ou par un ordre de l'exécutif (...), le Président des États-Unis (...) est autorisé, dès que cette réserve, ou l'une de ses parties, lui apparaîtra propice à l'agriculture ou à l'élevage, à (...) distribuer individuellement les terres situées dans cette réserve aux Indiens qui s'y trouvent »⁴⁴ - ce qui avait pour objet de transformer la propriété tribale commune en propriété individuelle. Ces actes, dont l'objet avoué est de détruire les fondements tribaux des communautés indiennes⁴⁵, seront encore complétés par d'autres lois fédérales, relatives soit à l'éducation – ainsi du développement du Bureau des Affaires Indiennes et des missions écolières⁴⁶ – soit à l'organisation politique de ces communautés : en témoigne l'adoption du « *Five Tribes Act* » de 1906, par lequel il est, notamment, interdit à la législature des Tribus concernées – Chocktaw, Chickasaw,

⁴¹ « *Act of March 8, 1871* », 16 *Stat.* 566 : « Provided, that hereafter 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 » (c'est nous qui soulignons).

⁴² Ainsi, et comme l'a noté PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties. The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press 1994, p.326 : « After 1871 many statutes accomplished what before had been the subject matter of formal treaties ».

⁴³ « *Act of March 3, 1885* », 23 *Stat.* 385 : « ...all Indians, committing against the person or property of another Indian or other person any of the following crimes (...) within any Territory of the United States, and either within or without an Indian reservation, shall be subject therefore to the laws of such Territory relating to said crimes, and shall be tried therefore in the same courts and in the same manner and shall be subject to the same penalties as are all other persons charged with the commission of saif crimes, respectively ».

⁴⁴ « *Act of February 8, 1887* », 24 *Stat.* 388 : « Be it enacted (...) that in all cases where any tribe or band of Indians has been, or shall hereafter be, located upon any reservation created for their use, either by treaty stipulations or by virtue of an act of Congress or executive order setting apart the same for their use, the President of the United States be, and he hereby is, authorized, whenever in his opinion any reservation or any part thereof of such Indians is advantageous for agricultural and grazing purposes, to cause said reservation, or any part thereof, to be surveyed, or resurveyed if necessary, and to allot the lands in said reservation in severalty to any Indian locate theron in quantities as follows (...) ».

⁴⁵ BOBROFF, (K.H.), « Retelling Allotment : Indian Property Rights and the Myth of Common Ownership », *Vand. L. Rev.* vol.54, n°4 (2001), p.1601.

⁴⁶ Voir CLINTON, (R.N.), « There is no Federal Supremacy Clause ... », précité, p.180.

Cherokee, Creek et Seminole – de se réunir plus de trente jours par an, le Président des États-Unis disposant, en outre, d'un droit de véto sur les actes adoptés⁴⁷. A partir des années 1880, et jusque dans les années 1930, les agents fédéraux en charge des Indiens, et leurs services administratifs, agiront ainsi comme le « gouvernement » de la plupart des entités indiennes⁴⁸.

La progressivité du déploiement du pouvoir fédéral se vérifie, dans une moindre mesure, à l'égard des États membres. Si l'on a pu parler « d'étatisation » de la Fédération américaine, c'est moins en effet en raison de l'adoption de la constitution fédérale que d'une évolution progressive, « diffuse »⁴⁹, des pouvoirs du gouvernement central. De l'interprétation libérale des « pouvoirs implicites » conférés à ce gouvernement par l'article I, Section 8 de la constitution⁵⁰ à la reconnaissance de « pouvoirs inhérents appartenant à toute Nation souveraine » à son profit⁵¹, de l'affirmation selon laquelle « l'Union forme une Union indestructible d'États indestructibles »⁵² à la naissance de la « pré-emption fédérale » en matière d'affaires étrangères⁵³, l'histoire du XIXe siècle américain est celle de la réalisation de la prédiction de Tocqueville d'après laquelle « les peuples uniques sont (...) naturellement portés vers la centralisation »⁵⁴. Cette période a vu se développer ce que Willoughby

⁴⁷ « Act of April 26, 1906 », 34 Stat. 137 : « That the tribal existence and present tribal governments of the Choctaw, Chickasaw, Cherokee, Creek, and Seminole tribes or Nations are hereby continued in full force and effect for all purposes authorized by law, until otherwise provided by law, but the tribal council or legislature in any of said tribes or Nations shall not be in session for a longer period than thirty days in any one year ; *Provided* That no act, ordinance, or resolution (except resolutions of adjournment) of the tribal council or legislature of any of said tribes or Nations shall be of any validity until approved by the President of the United States ».

⁴⁸ NEWTON, (N.J.), « Federal Power over Indians : its Sources, Scope and Limitations », *U. Pa. L. Rev.* Vol.132, n°2 (1984), p.224. Pour un court résumé de l'évolution du statut juridique des Nations indiennes au cours du XXe siècle, voir RIALS, (C.L.), *Le statut des tribus indiennes en droit fédéral : essai de définition*, Mémoire pour le D.E.A. de Droits de Common Law (dir. E. Zoller), Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2002, pp. 24 – 70.

⁴⁹ Voir BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.425, et les références citées par l'auteur.

⁵⁰ D'après lequel « Le Congrès aura le pouvoir (...) de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires ». Que cette clause doive être interprétée libéralement plutôt que strictement a notamment été affirmé par le Chief Justice Marshall dans le célèbre arrêt *McCulloch v. Maryland* (1819), 17 U.S. 316, 407-408 ; voir aussi *Gibbons v. Ogden* (1824), 22 U.S. 1, 187-188.

⁵¹ *Downes v. Bidwell* (1901), 182 U.S. 244.

⁵² *State of Texas v. White* (1868), 74 U.S. 700.

⁵³ *Chy Lung v. Freeman* (1875), 92 U.S. 275.

⁵⁴ TOCQUEVILLE, (A. de), *De la démocratie...*, précité, t.1, p.483. La citation est placée en exergue de la conclusion de BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.423.

appelle la « souveraineté nationale », développement par lequel un « État fédéral national » aurait petit à petit été créé⁵⁵.

Que le pouvoir du gouvernement fédéral, tant à l'égard des Nations indiennes que des États membres, se soit *développé peu à peu*, qu'il n'ait pas été, pour le dire autrement, *originaire*, laisse penser – tel est l' « indice » évoqué plus haut – que cette unification juridique du territoire s'est notamment opérée par une construction du droit international. Si l'unification juridique du territoire des États-Unis a été progressive alors même qu'une constitution est adoptée en 1789, et alors même que ces derniers détiennent dès 1783 un « titre territorial » sur cet espace, n'est-ce pas en effet que ni l'entrée en vigueur d'une constitution, ni la détention formel d'un titre territorial, ne sont à eux-seuls suffisants pour fonder juridiquement un pouvoir sur un espace ? Ne faut-il pas penser, quand bien même l'on pourrait remarquer que « l'individualisation et l'unification du territoire à l'intérieur des frontières furent l'œuvre historique du pouvoir »⁵⁶, que le déploiement de ce pouvoir a été justifié par le recours aux, et à la construction des, principes du droit international ?

L'hypothèse de ce travail est constituée d'une réponse positive à ces questions, et celui-ci a pour objet de montrer comment le droit international a été construit pour soumettre, dans des mesures qu'il conviendra de préciser, les Nations indiennes et les États membres au pouvoir du gouvernement fédéral. Avant d'en exposer la structure générale, il faut toutefois préciser certains termes du sujet, et les difficultés soulevées par son traitement.

*

* * *

La « question du territoire » doit s'entendre ici très largement : elle interroge la répartition des compétences entre différentes entités – les États-Unis, les États membres, et

⁵⁵ WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional System. An Introduction to the Study of the American State*, New York, The Century Co. 1904, p.32.

⁵⁶ VISSCHER, (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone 1955, p.247-248. La remarque de De Visscher est générale et ne concerne pas particulièrement le territoire des États-Unis.

les Nations indiennes – *sur un espace donné* – celui que définissent les frontières extérieures américaines⁵⁷, frontières qui résultent soit de cessions bilatérales et conventionnelles de titres territoriaux entre les États-Unis et diverses Nations européennes⁵⁸, soit de formation unilatérale de titres territoriaux sur des territoires étrangers⁵⁹, soit, enfin, d'adhésion d'un nouvel État à l'Union⁶⁰. Il s'agit donc de partir de cette idée fondamentale que « l'espace n'est pas indiscutablement donné », que « les espaces sont des êtres juridiques et conventionnels »⁶¹, et, par conséquent, de se demander *comment les États-Unis ont « construit » le droit international pour répartir les compétences au sein du territoire américain*, comment ils ont, grâce à ce droit international, « dessiné et redessiné la cartographie juridique du territoire américain » au sein de l'espace dessiné par les frontières extérieures des États-Unis⁶². Le fédéralisme, la présence des Nations indiennes, sont autant de « dilemmes relatifs aux liens entre territorialité et souveraineté »⁶³ : les pages qui suivent tentent un exposé de la construction du droit international qui a permis de les résoudre.

Car le droit n'est, pas plus que l'espace, « indiscutablement donné »⁶⁴. En effet, ainsi que le résume J. Chevallier, « l'érection du droit en ‘’ordre’’ est une entreprise précaire, aléatoire et toujours remise en chantier » car « si le droit se présente comme un système cohérent, rigoureux, logique » des « *brèches* incessantes réapparaissent dans

⁵⁷ Dont l'évolution est retracée dans la série de cartes annexées sous l'intitulé « Expansion territoriale des États-Unis et évolution du statut juridique des espaces au sein des frontières ».

⁵⁸ Les traités territoriaux sont les suivants : « Treaty between the United States of America and the French Republic, Apr.30, 1803 », in MILLER, (H.), (ed.), *Treaties and Others International acts...*, précité, vol.2, p.498 ; « Treaty of amity, settlement and limits between the United States of America and its Catholic Majesty, Feb.22, 1819 » in *id.*, vol.3, p.3 ; « Treaty of peace, friendship, limits, and settlement between the United States of America and the United Mexican States concluded at Guadalupe Hidalgo, Feb.2, 1848 », in *id.*, vol.5, p.207 ; « Gadsen Purchase Treaty, Feb.8, 1853 », in *id.*, vol.6, p.111. ; « Treaty concerning the cession of the Russian possessions in North America by his Majesty the Emperor of all the Russias to the United States of America, March 30, 1867 », in MALLOY, (W.M), *Treaties, Conventions...*, précité, vol.2, p.1521.

⁵⁹ Le seul exemple est celui de la conquête des Philippines, de Puerto Rico et de Cuba à l'issue de la guerre contre l'Espagne menée en 1898. On notera cependant que la cession a été formalisée par un traité : « Treaty of peace between the United States and Spain, Aug.12, 1898 », in *id.*, vol.2, p.1688.

⁶⁰ Le seul exemple d'adhésion, après l'entrée en vigueur de la constitution fédérale, d'un État existant à l'Union est celui du Texas. Voir « A Treaty of Annexation, concluded between the United States of America and the Republic of Texas, April 12, 1844 », in MILLER, (H.), (ed.), *Treaties and others International Acts...*, précité, vol.4, p.697.

⁶¹ ALLAND, (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *A.P.D.* t.32 (1987), p.164 et p.178.

⁶² En ce sens RAUSTIALA, (K.), *Does the Constitution Follow the Flag ? The Evolution of Territoriality in American Law*, New York, Oxford, Oxford UP 2009, p.8 : « Legal ‘’maps’’ have been drawn and redrawn even as sovereign borders remained unchanged ».

⁶³ *Id.*, p.42.

⁶⁴ ALLAND, (D.), « Les représentations de l'espace... », précité, p.164.

cette systématicité, exigeant un travail d'ajustement, d'élagage, de colmatage »⁶⁵. La « construction du droit international » est, en ce sens et d'après la première acceptation usuelle du terme, une « action »⁶⁶ : celle de « bâtir », de « faire exister (...) en organisant des éléments » ou encore, plus simplement, d' « organiser »⁶⁷. Issu de la pratique des États européens et de la doctrine du droit de la Nature et des Gens, le corpus de règles dont disposent à la fin du XVIIIe siècle les « États-Unis » – que l'on entende par ce dernier terme les pouvoirs institués, les acteurs politiques, les cours de justice ou la doctrine – est un matériau qu'ils remodèlent, complètent, abandonnent parfois, selon des plans qui varient en fonction de l'objectif à atteindre. Nous reviendrons largement sur la définition du droit international qui prévaut à cette époque, mais il est possible de dire déjà que cette époque est charnière. Ce que l'on appelle encore le « droit des gens » est un droit dont la définition est empruntée au *Droit des gens* de Vattel, dont l'influence aux États-Unis, en cette matière, a été prépondérante⁶⁸ jusqu'à la parution dans les années 1840 des *Elements of International Law* de Wheaton⁶⁹. Or, comme l'a bien montré la Pr. Jouannet, la doctrine vattelienne ne marque que l'*émergence* de la définition classique du droit international : si l'on peut noter dans l'ouvrage du juriste suisse « la résorption du droit naturel dans la sphère de la pure intériorité et de la morale par la restriction corrélative du juridique au sens strict au seul droit des gens positif »⁷⁰, il n'en demeure pas moins que ce droit naturel continue à jouer dans la doctrine vattelienne un rôle central pour la restriction de la souveraineté

⁶⁵ CHEVALLIER, (J.), *Le droit en procès*, Paris, PUF 1983, p.48.

⁶⁶ « Construction » in *Le Petit Robert. Dictionnaire de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert 2004, p.526 : « action de construire ».

⁶⁷ « Construire » in *ibid.*

⁶⁸ Sur l'influence de Vattel, dont il sera beaucoup question dans ce travail, aux États-Unis, voir FENWICK, (C.G.), « The Authority of Vattel », *A.P.S.R.* vol.7, n°3 (Aug., 1913), pp.395-410 et REEVES, (J.S.), « The Influence of the Law of Nature upon International Law in the United States », *A.J.I.L.* vol.3, n°3 (1909), pp.547-561. Reeves précise notamment, p.559, qu' « à l'époque de la Révolution américaine, l'œuvre de Vattel était la plus récente et la plus populaire, voire celle qui faisait le plus autorité ». Voir aussi, pour l'influence de Vattel sur Kent et Wheaton, BEDERMAN, (B.J.), *International Law Frameworks*, New York, New York Foundation Press 2001, p.3.

⁶⁹ Sur l'importance de Wheaton pour la doctrine internationaliste, américaine comme européenne, voir notamment l'introduction de Sir F. Pollock à WHEATON, (H.), *Elements of International Law*, London, Stevens & Sons 1916, not. p.xlii ; voir aussi JANIS, (M.W.), *The American Tradition...*, précité, not. pp.25-49 ; REEVES, (J.S.), « The Influence of the Law of Nature upon International Law... », précité, not. p.702. On trouvera un bon résumé de ces jeux d'influence entre la pensée européenne et américaine dans DELABIE, (L.), *Les approches américaines...*, précité, pp.34-60.

⁷⁰ JOUANNET, (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone 1998, p.141.

étatique, un rôle que la Pr. Jouannet a qualifié ailleurs de « réellement juridique »⁷¹. « Droit qui a lieu entre les Nations, ou États, et obligations qui répondent à ce droit »⁷², le « droit des gens » est ainsi, à la fin du XVIIIe siècle, pris entre une logique naturaliste qui tend à s'estomper et une logique positiviste qui commence à apparaître. En ce sens, « construire le droit international », c'est aussi opter – ou non – pour l'une ou l'autre de ces deux « conceptions architecturales ».

Ce qu'il s'agit donc d'examiner dans ce travail, c'est la façon dont les États-Unis ont construit le droit international tel qu'il existait ou était pensé à la fin du XVIIIe siècle pour résoudre la question du territoire : l'*apport* espéré réside dans cette confrontation de règles existantes à la nécessité de les appliquer à une situation donnée. Qu'il en résulte une « construction du droit international » au sens, cette fois, de « produit », de « résultat » de l'action de construire⁷³ est une question à laquelle nous tenterons de répondre en conclusion.

*

Etudier la construction du droit international qu'a appelé la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914, dans le sens où ces termes ont été définis, ne va pas cependant sans poser certaines difficultés, qui sont principalement de deux ordres.

Le premier type de difficulté est de l'ordre de la connaissance : force est de constater en effet que ni le monde juridique américain, ni le droit international tels qu'ils existent au cours du XIXe siècle, ne sont bien connus du juriste, français notamment. Le Pr. Beaud rappelle ainsi, par exemple, « la difficulté de se mouvoir d'un monde "juridique" à l'autre »⁷⁴ : du monde du droit anglo-américain au monde du droit

⁷¹ JOUANNET, (E.), « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale », *A.P.D.* t.47 (2003), p.201.

⁷² DG, vol.1, *Préliminaires*, §3, p.1.

⁷³ Le terme de « construction » en effet, « comme souvent en français », ainsi que l'a noté S. Sur à propos du terme d' « interprétation », « désigne à la fois un processus et un résultat, une activité et son produit » : SUR, (S.), « L'interprétation en droit international public », in AMSELEK, (P.), (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylants 1995, disponible à l'adresse <http://www.afri-ct.org/L-interpretation-en-droit> (consultée le 2 mai 2011).

⁷⁴ BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.28.

romain⁷⁵. Le droit international est construit aux États-Unis par des juristes qui habitent le premier – et qui sont, en l’espèce, observés par un étudiant du second, « individu situé, conscient d’être affecté par sa situation (...), qui dépend pour son entendement de l’*horizon* de sens dans lequel cet entendement s’inscrit »⁷⁶. Lorsque John Adams, quelques années seulement avant l’adoption de la constitution fédérale, affirme par exemple que « la question des droits territoriaux doit être réglée par les principes du *Common Law* »⁷⁷, il constraint son lecteur français à étudier et comprendre des principes et des logiques juridiques avec lesquels il n’est pas familier – et qu’il lui faudra, qui plus est, traduire pour les rendre compréhensibles à son lecteur et à lui-même, ce qui supposera de « sortir du domaine juridique et de convoquer d’autres sphères de la connaissance, telles la linguistique, la traductologie ou la philosophie »⁷⁸. La difficulté est d’autant plus grande que s’ajoute au *Common Law* un autre droit – moins connu encore et, surtout, moins facile d’accès car il n’est que rarement écrit : celui qui régit les Nations indiennes, que l’on aurait tort, à moins de se contenter d’une perspective ethnocentrique, de réduire à un « droit primitif »⁷⁹ - et une autre forme d’organisation politique – l’organisation fédérale, très étrangère au juriste accoutumé à une organisation politique étatique unitaire. Il faut, enfin, ajouter les difficultés qui tiennent à l’étude du droit international durant la période considérée. L’on conçoit généralement le XIXe siècle, écrit par exemple le Pr. Kennedy, comme le « prélude diplomatique » à l’émergence d’un ordre juridique international⁸⁰. Coupable d’avoir permis la Première

⁷⁵ Voir, pour un exposé des différences entre ces deux « mondes », LEGEAIS, (R.), *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Lexis Nexis Litec 2008, not. pp.9-84.

⁷⁶ LEGRAND, (P.), « Entendre l’altérité », in *Le droit comparé*, Paris, PUF 2009, p.56.

⁷⁷ « John Adam’s notes on debates, August 2, 1776 », in BUTTERFIELD, (L.H.), (ed.), *Diary and Autobiography of John Adams*, Cambridge, Belknap UP 1961, vol.2, p.249 : « the Question of [territorial] Right must be determined by the Principles of Common Law ».

⁷⁸ GLANERT, (S.), « Comparaison et traduction des droits : à l’impossible tous sont tenus », in LEGRAND, (P.), (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF 2009, p.279. Nous nous sommes efforcés tout au long de ce travail de proposer des traductions des sources américaines citées : sauf mention contraire, la traduction est de nous. Afin, toutefois, de minimiser les risques d’une traduction trop personnelle, nous avons généralement reproduit en note le texte original, afin que le lecteur puisse apprécier par lui-même la nature du propos original. Les notes de bas de pages s’en trouvent alourdies – au profit toutefois, nous l’espérons, d’une meilleure compréhension de notre propos.

⁷⁹ Ainsi que nous le verrons, les États-Unis pendant la période qui nous intéresse n’ont que très rarement pris en compte la spécificité du droit des Nations indiennes. Voir en ce sens GREYMORNING, (S.), « In the Absence of Justice : Aboriginal Case Law and the Ethnocentrism of the Courts », *The Canadian Journal of Native Studies*, vol.17, n°1 (1997), pp.1-31.

⁸⁰ KENNEDY, (D.), « International Law and the Nineteenth Century : History of an Illusion », *Nordic Journal of International Law*, n°65 (1996), p.386 : « the nineteenth century floats in our memories as a non-legal, even pre-legal background of diplomatic (rather than social or economic) history, context for an emerging legal order ».

Guerre Mondiale, la conception classique du droit international est prise entre les conceptions grottiennes et pufendorfiennes de ce droit et leur réactualisation au sortir du premier conflit mondial⁸¹. Il en résulte un nombre relativement peu important d'études sur cette période du droit international⁸², qui constraint à se reporter aux écrits des internationalistes de l'époque – dont la concision et la systématisation n'est pas la première des qualités⁸³.

A cette première difficulté épistémologique s'en ajoute une seconde du même ordre et qui la renforce : le très faible nombre d'études consacrées à la question du territoire aux États-Unis au XIXe siècle dans la littérature internationaliste, tant française qu'étrangère. Malgré l'intérêt de la question, récemment rappelé par le Pr. Forteau⁸⁴, la doctrine internationaliste française s'est contentée, à travers les deux

⁸¹ Sur la critique du droit international classique après la Première Guerre Mondiale, voir notamment JOUANNET, (E.), « La critique de la pensée classique durant l'entre-deux guerres » : Vattel et Van Vollenhoeven (quelques réflexions sur le modèle classique du droit international) », *Miskolc Journal of International Law*, Vol.1, n°2 (2004), pp.45-63 ; Le point est également soulevé par KENNEDY, (D.), « International Law and the Nineteenth... », précité, p.386. Quant aux ouvrages où cette critique est formulée, voir essentiellement VOLLENHOVEN, (V.), *Les trois phases du droit des gens*, La Haye, M.Nijhoff 1919, iv-107 p. ; MULLER, (J.), « L'œuvre de toutes les confessions chrétiennes (Eglises) pour la paix internationale », *R.C.A.D.I.* vol.31 (1930-I), not. p.366 ; LE FUR, (L.), « La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne », *R.C.A.D.I.* vol.18 (1927-III), pp.259-442. Une vision plus nuancée des conceptions du droit international au XIXe siècle, qui révèle une tension entre l'apologie de la souveraineté étatique que certaines promeuvent et l'utopie d'une restriction de cette souveraineté sur laquelle d'autres insistent, est offerte par KOSKENNIEMI, (M.), *From apology to utopia : the structure of international legal argument*, Helsinki, Finish Lawyers' Pub. Co. 1989, xxvi-550 p.

⁸² On notera par exemple que, du point de vue de la doctrine de cette période, seul est cité parmi les « fondateurs du droit des gens » G.F. de Martens – dont les écrits doctrinaux se situent qui plus est à la charnière du XVIIe et du XIXe siècles : BAILBY, (H.), « G.F. de Martens » in PILLET, (A.), (dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Giard & Brière 1904, pp.603-676. Concernant la doctrine internationaliste américaine durant la période, voir cependant RAYMOND, (J.M.), FRISCHHOLZ, (B.J.), « Lawyers who Established International Law in the United States, 1776 – 1914 », *A.J.I.L.* vol.76, n°4 (1982), pp.802-829. Plus généralement, sur le droit international au XIXe siècle, voir parmi les quelques études existantes CATELLANI, (E.), « Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIXe siècle », *R.C.A.D.I.* vol.46 (1933-IV), pp.705-826 ; TRUYOL Y SERRA, (A.), « L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles », *R.C.A.D.I.* vol.116 (1965-III), pp.89-179 ; le récent ouvrage du Pr. Koskenniemi constitue l'un des exposés les plus stimulants de l'évolution de la doctrine du droit international, y compris américaine, à la charnière des XIXe et XXe siècle : KOSKENNIEMI, (M.), *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870 – 1960*, Cambridge, New York, Cambridge UP 2002, xiv-569 p.

⁸³ Voir en ce sens la sévère critique de KOLB, (R.), « Mondialisation et droit international », *Relations Internationales* vol.123, n°3 (2005), p.75 : « Les premiers manuels modernes du droit international datent du début du XXe siècle. Il s'y trouve un effort systématique d'exposition alors qu'auparavant les manuels n'étaient guère plus que des réceptacles d'une poussière de règles de détail ».

⁸⁴ FORTEAU, (M.), « Retour sur un “classique” : les décisions de la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) et *Worcester v. Georgia* (1832) », *R.G.D.I.P* vol.112, n°2 (2008), pp.453-458.

études, déjà anciennes, de Nys et d'Hostie⁸⁵ d'étudier l'apport au droit international des États-Unis en tant que sujet du droit international, et non la façon dont le droit international a été construit *au sein* des frontières américaines. Quant à la doctrine étrangère, y compris américaine, elle n'est guère plus loquace : outre l'approche historique et énumérative de Bicknell⁸⁶, les études existantes se concentrent soit sur une période beaucoup plus restreinte, soit sur les relations entre certaines des entités présentes sur le territoire américain ou, enfin, sur une question particulière⁸⁷. Quelle que soit la raison qui permette d'expliquer ce silence – l'on ne s'avancerait pas beaucoup en suggérant qu'elle tient à cette « dialectique du dehors et du dedans » qui interdit à l'internationaliste de pénétrer le monde étatique⁸⁸, la thèse de Le Fur lui ayant appris que les États-Unis forment un « État fédéral »⁸⁹ – il est particulièrement gênant pour celui qui entend le rompre. Celui-ci en effet se trouve face à une situation assez paradoxale : dépourvu de sources secondaires qui envisageraient l'ensemble des problématiques qu'il entend soulever⁹⁰, il doit cependant faire face à de nombreuses

⁸⁵ NYS, (E.), *Les États-Unis...*, précité ; HOSTIE, (J.), « Contribution de la Cour Suprême... », précité. On notera toutefois qu'une telle conclusion doit être nuancée concernant l'étude de Nys, qui a le mérite de dépasser cette approche pour se pencher aussi, notamment mais succinctement, sur la façon dont le droit international a été construit au sein du territoire américain. Voir not. les pp.99-100.

⁸⁶ BICKNELL, (E.), *The Territorial Acquisitions of the United States...*, précité. On peut toutefois ajouter à cet ouvrage celui de TURNER, (F.J.), *La frontière dans l'histoire des États-Unis* (1947), Paris, PUF 1963, 328 p. (traduit de l'américain par A. Rambert). Cet ouvrage cependant constitue essentiellement une approche sociologique et historique de la condition des *settlers* américains, ces individus qui s'installaient les premiers sur les territoires que les États-Unis acquièrent au fil du XIXe siècle auprès des Nations européennes.

⁸⁷ On croisera l'ensemble des références bibliographiques de ces études au fil de nos développements. Notons toutefois que trois ouvrages, signés du même auteur, auront été particulièrement utiles à nos recherches, essentiellement car ils font partie des rares monographies consacrées à la question des liens entre territoire, État, et construction fédérale aux États-Unis (sans cependant prendre en compte la question des Nations indiennes) : ONUF, (P.S.), *The Origins of the Federal Republic...*, précité ; ONUF, (P.S.), *Statehood and Union. A History of the Northwest Ordinance*, Bloomington and Indianapolis, Indiana UP 1987, xxi-197 p. et ONUF, (P.S.) ; ONUF, (N.), *Federal Union, Modern World. The Law of Nations in an Age of Revolutions, 1776 – 1814*, Madison, Madison House 1993, 224 p.

⁸⁸ C'est également ce que met en avant ZOLLER, (E.), « Aspects internationaux... », précité, not. p.54. La conséquence principale en est que la doctrine qui s'est intéressée aux États-Unis de la fin du XVIIIe siècle au début du XXe est presque entièrement consacrée à la question du fédéralisme.

⁸⁹ LE FUR, (L.), *État fédéral et confédération d'État* (1896), Paris, Editions Panthéon-Assas 2000, xvii-839 p. Nous y reviendrons fréquemment, mais l'on peut dire déjà que cette thèse, en ce qu'elle reprend la conception allemande des Unions d'États, s'expose au reproche du Pr. Maulin d'après lequel elle « tente de penser un ordre interétatique comme un ordre constitutionnel » (souligné dans le texte) : MAULIN, (E.), « L'ordre juridique fédéral. L'État fédéral authentique », *Droits*, vol.35 (2002), p.43. Sur la reprise de la thèse de Le Fur : voir BEAUD, (O.), « Fédération et État fédéral », in ALLAND, (D.) ; RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire...*, précité, p.714. L'auteur évoque la « reprise un peu mécanique » de la thèse de Le Fur par la doctrine française.

⁹⁰ On remarquera notamment qu'il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude qui croise et compare, comme nous le ferons dans la suite de ces pages, les problèmes soulevés à la fois par les relations entre les États membres, entre les États membres et le gouvernement fédéral, et entre ces entités et les Nations

études qui, consacrées à des points très précis de son sujet, ne l'abordent pourtant pas sous le même angle.

Il convenait donc, pour lever ce silence et proposer une vue d'ensemble de la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914, de s'appuyer directement sur les sources primaires – dont la masse est particulièrement importante : étudier cette question durant cette période, c'est s'atteler à l'étude des relations entre le gouvernement fédéral, un nombre grandissant d'États – des treize États originaires aux quarante-huit États membres de l'Union en 1914 – et près de deux cents Nations indiennes, telles que ces relations ont été organisées et pensées pendant cent vingt cinq ans par les actes juridiques adoptés, les arrêts rendus, les écrits doctrinaux et discours politiques. L'importance quantitative de ces sources nous a obligé à en privilégier certaines – sans pour autant abandonner les autres. On trouvera, notamment, de très nombreuses références à la jurisprudence de la Cour Suprême et aux traités conclus entre le gouvernement fédéral et les Nations indiennes : ce sont à la fois les sources les plus facilement accessibles et les plus riches d'enseignements. Nous nous sommes toutefois efforcés de toujours contre-balancer l'orientation que ces sources pouvaient donner à la recherche par la prise en compte de leur travers : à la jurisprudence de la Cour Suprême, souvent favorable au gouvernement fédéral, répondra celle des Cours Suprêmes étatiques ; au recours au traité, qui confère une impression d'égalité, répondra l'étude de la pratique effective.

Enfin, à ces premières difficultés d'ordre épistémologique, s'ajoute une difficulté d'ordre méthologique. Elle tient à l'étude d'une notion juridique – le territoire – dans un cadre historique – le long XIX^e siècle – et sous une certaine perspective – la construction du droit international. Plusieurs approches méthodologiques sont alors envisageables : comme le notait Ch. Rousseau, « pour étudier le droit international

indiennes, du point de vue de la question du territoire. La question des droits territoriaux et, plus largement, du statut juridique de ces Nations a été totalement accaparé par les études consacrées aux « peuples autochtones » - qui, œuvres d'internationalistes, ne s'intéressent pas, ou guère, aux similitudes et différences qu'entretiennent leur statut juridique avec celui des États membres ; à l'inverse, la question du statut juridique des États membres est accaparée – quand elle l'est... - par la doctrine constitutionnaliste, qui est tout aussi peu réceptive à la question du statut juridique des Nations indiennes. On ne peut qu'être perplexe face à ce cloisonnement des disciplines, qui les prive de fructueuses comparaisons.

public on peut se placer à différents points de vue » : le point de vue historique, d'après lequel le droit des gens « se présentera comme une science descriptive qui retrace, dans leur développement chronologique, l'évolution des rapports internationaux » ; le point de vue politique, qui « consiste à envisager le droit des gens comme le produit d'un milieu social donné, comme la résultante des besoins, des aspirations et des croyances d'une société et d'une époque déterminées » ; ou, enfin, le point de vue juridique, « le droit des gens étant alors conçu comme l'ensemble des règles applicables à la communauté internationale »⁹¹. C'est la dernière de ces approches qui a été retenue ici – quoique l'étude du droit international ne porte pas sur les règles applicables à la « communauté internationale », mais appliquées sur le territoire américain. Il ne s'agit pas d'histoire du droit : plutôt que de « mettre en valeur l'ancrage historique des phénomènes juridiques »⁹², nous tenterons de faire la théorie, dans un cadre temporellement limité, de la construction des règles de droit qu'a appelé une problématique définie. Cela ne signifie pas que l'historien du droit n'y trouvera pas matière à réflexion, mais il n'y trouvera un exposé chronologique, une mise au jour des points de continuité et de rupture temporelles dans la construction du droit international au XIXe siècle, que de manière tout à fait annexe.

Si elle n'est pas d'histoire du droit, la perspective adoptée relève, par contre, à la fois de la technique juridique et de la théorie du droit. Le but est d'« exposer l'état du droit tel qu'il existe, et en déterminer le contenu » entre 1789 et 1914 aux États-Unis, mais également d'« interroger la place d'un concept déterminé dans l'ordre juridique international pris dans sa globalité »⁹³. L'étude de la question du territoire aux États-Unis durant le long XIXe siècle apprend en effet beaucoup sur la question du territoire telle qu'elle se pose dans l'ordre juridique international actuel.

*

⁹¹ ROUSEAU, (Ch.), « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol.93 (1958-I), p.374.

⁹² HALPERIN, (J.-L.), « Histoire du droit » in ALLAND, (D.), RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire...*, précité, p.783.

⁹³ Voir « La technique juridique (ou dogmatique juridique) » et « La théorie (analytique) du droit » in CORTEN, (O.), *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles 2009, pp.23-24. On notera que le Pr. Corten précise qu'il est « parfaitement possible de développer une étude qui fera successivement appel à deux ou plusieurs disciplines scientifiques différentes » (p.39).

On ne saurait en effet affirmer que la souveraineté territoriale demeure l'un des principes fondamentaux du droit international actuel sans dire aussi que cette affirmation a fait l'objet de nombreuses contestations depuis la fin des années 1990. Le développement des échanges économiques, des flux transnationaux, des organisations régionales, ont conduit la doctrine à se demander si « l'État a encore le contrôle des flux qui le traversent et/ou le pénètrent », s'il peut « encore exercer efficacement ses compétences à leur égard ou s'il est dépassé »⁹⁴. La « déterritorialisation » de la souveraineté territoriale⁹⁵ résulterait en outre des « interférences et interactions entre les espaces normatifs, entre les ordres juridiques » qui se « développent considérablement » car le droit international « se développe de façon continue, pénètre dans ou interfère de plus en plus avec les ordres juridiques internes »⁹⁶. Un exemple récent et convaincant – parmi de nombreux autres mais celui-ci concerne un domaine qui nous intéressera de près – est fourni par la « Déclaration sur les droits des peuples autochtones » adoptée par l'ONU en 2007⁹⁷, reconnaissant aux peuples situés au sein de frontières étatiques des droits particuliers, dont celui à l'autodétermination⁹⁸.

Or, l'ensemble de ces problématiques actuelles, qui confrontent les notions d'État, de souveraineté, et de territoire, telles qu'elles sont habituellement liées, sont celles que l'on retrouve aux États-Unis durant la période considérée. Récemment, le Pr. Forteau a rappelé que la question du statut juridique des Nations indiennes et de leurs

⁹⁴ RUIZ-FABRI, (H.), « Immatériel, territorialité et État », *A.P.D.* t.43 (1999), p.190.

⁹⁵ FLORY, (M.), « Le couple État-territoire en droit international contemporain », *Cultures & Conflits* vol.21-22 (1996), p.258. Voir, plus largement, l'ensemble de ce numéro de *Cultures & Conflits*, consacré à la question de « L'international sans territoire », et notamment les articles de RETAILLE, (D.), « L'impératif territorial », pp.21-74 et MERLE, (M.), « Un système international sans territoire ? », pp.289-310, ainsi que BADIE, (B.), *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard 1995, 276 p. Le professeur américain de géographie Agnew a publié récemment un ouvrage confrontant à la « globalisation » la question de la souveraineté, dans lequel il consacre un long chapitre aux « États territoriaux et le mythe de la souveraineté » : AGNEW, (J.), *Globalization and Sovereignty*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers 2009, pp.47-96. Voir aussi KOHEN, (M.G.), « Is the Notion of Territorial Sovereignty Obsolete ? » in PRATT, (M.A.) ; BROWN, (J.A.), (ed.), *Borderlands under Stress*, Dordrecht, Kluwer 2000, pp.35-47.

⁹⁶ RUIZ-FABRI, (H.), « L'enchevêtrement des espaces normatifs : propos introductifs » in DELMAS-MARTY, (M.) ; MUIR WATT, (H.) ; RUIZ-FABRI, (H.), (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de Législation Comparée 2002, p.227.

⁹⁷ « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », Résolution 61-295 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 13 septembre 2007, A-RES-61-295.

⁹⁸ Article 3 : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination ».

terres a conduit la Cour Suprême « au cœur des préoccupations existentielles du droit international, dont l'écho, nullement assourdi, se fait encore entendre aujourd'hui »⁹⁹. On sait également que l'organisation fédérale des États-Unis peut poser problème, aujourd'hui encore, pour la satisfaction par ces derniers de certaines de leurs obligations internationales¹⁰⁰. Qu'il s'agisse de définir l'État, de définir ce que signifie juridiquement le « titre territorial », ou encore de s'interroger sur la validité des traités conclus entre le gouvernement fédéral et les Nations indiennes, ces questions n'ont rien perdu de leur actualité, et se trouvent même « revitalisées » et par la prise en compte progressive des revendications territoriales des peuples autochtones par les institutions internationales, et par le rappel insistant d'une partie de la doctrine de la « relativité historique et culturelle » des « constructions territoriales »¹⁰¹, dont le « modèle westphalien » ne constitue jamais qu'un exemple¹⁰². Si l'on sait en outre que, comme le pensait Madison notamment, « le concept de souveraineté est inapplicable à la structure fédérale »¹⁰³, on aura compris tout l'intérêt actuel que peut espérer présenter, d'un point de vue théorique et pratique, l'étude de la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914. Il reste cependant à présenter la façon dont elle sera traitée

* * *

*

⁹⁹ FORTEAU, (M.), « Retour sur un “classique” ... », précité, p.455.

¹⁰⁰ Ainsi que l'a récemment rappelé MARTIN, (P.M.), « Difficultés d'application du droit international dans un État fédéral », *Recueil Dalloz 2009*, p.250.

¹⁰¹ BADIE, (B.) ; SMOUTS, (M.C.), « L'international sans territoire », *Cultures & Conflits*, vol.21-22 (1996), p.11.

¹⁰² Voir, entre autres, OSIANDER, (A.), « Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth », *International Organization* vol.55, n°2 (2001), pp.251-287 ; PARRISH, (A.L.), « Changing Territoriality, Fading Sovereignty, and the Development of Indigenous Rights », *Am. Ind. L. Rev.* vol.31, n°2 (2006-2007), pp.291-313 ; WALKER, (N.), « Beyond Boundaries Disputes and Basic Grids : Mapping the Global Disorder of Normative Orders », *Int. J. Const. L.*, vol.6, n°3-4 (2008), pp.373-396 ;

¹⁰³ C'est ce que remarque CHOPIN, (T.), *La république une et divisible : les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon 2002, p.22.

La « question du territoire », telle qu'elle se pose en droit international comme dans tout autre domaine du droit, peut être envisagée sous deux aspects.

Si l'on définit le territoire, de manière générale, comme « l'espace – dissocié de la surface terrestre – dans lequel une autorité déterminée exerce sa compétence »¹⁰⁴ - le premier aspect de la question est celui du *titre* sur lequel cette autorité fonde l'exercice de cette compétence. Comme le note le Pr. Distefano, « on doit faire recours au concept de titre parce que peu de droits subjectifs sont créés directement par le seul effet de la loi, ou de la règle de droit, c'est-à-dire *ipso jure* ». Le concept de titre, et cela est particulièrement vrai pour un droit international qui ne connaît pas de « loi », revêt donc « une fonction capitale car il permet de discerner dans telle ou telle situation lequel des faits est apte, de concert avec la règle droit, à créer un droit subjectif en faveur d'un sujet de droit »¹⁰⁵. Il est, en ce sens, convenu d'identifier cinq « modes d'acquisition du territoire » prévus par le droit international – l'occupation, la prescription, la cession, l'accrétion et la conquête¹⁰⁶ - qui doivent toutefois être bien compris : ces « modes » n'ont en eux-mêmes aucune portée normative, ce ne sont que de « commodes raccourcis pour *décrire* certains cas de figure de mutation territoriale »¹⁰⁷. On parlera donc plutôt de « conditions » que posent les règles du droit international à la formation d'un titre territorial, conditions dont la satisfaction pourra être décrite comme une « cession », une « conquête », etc.

Or, l'identification et la définition de ces conditions est centrale aux États-Unis entre 1789 et 1914 : lorsqu'en 1829 l'avocat J. Evarts se demande si « les tribus indiennes, qui résident [au] voisinage [des États-Unis] en tant que communautés séparées des blancs » ont « un titre permanent au territoire »¹⁰⁸, lorsqu'en 1823 la Cour

¹⁰⁴ « Territoire » in CORNU, (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF 2000, p.861.

¹⁰⁵ DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, p.107.

¹⁰⁶ Les typologies peuvent varier, mais elles recoupent toujours plus ou moins ces cinq modes : voir JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition...*, précité, pp.6-7 ; HILL, (N.), *Claims to territory in International Law and Relations*, London, New York, Toronto, Oxford UP 1945, pp.26-27.

¹⁰⁷ DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, p.105. L'auteur développe, pp.98-105, une critique approfondie de cette terminologie traditionnelle, que l'on retrouve encore aujourd'hui dans certains manuels.

¹⁰⁸ EVARTS, (J.), *Essays on the Present Crisis in the Condition of the American Indians : First Published in the National Intelligencer*. Boston, Perkins & Marvin 1829 p.6 : « Have the Indian tribes,

Suprême s'interroge sur les conséquences juridiques de la « découverte »¹⁰⁹ ou, en 1828 sur la compétence du gouvernement fédéral pour acquérir un titre territorial¹¹⁰, - pour ne citer que quelques-uns de très nombreux exemples, – ce sont les conditions d'acquisition¹¹¹ d'un titre territorial que l'on questionne – et que l'on construit – en y répondant (**Première Partie**).

Mais la « question du territoire » revêt également un second aspect : celui de la *nature* de la compétence que l'autorité titulaire est habilitée à exercer. Le « territoire » en effet est susceptible de régimes juridiques divers, « se différenci[ant] entre eux par l'étendue des prérogatives, des droits et des obligations qu'un État ou un autre sujet du droit international [y] détient »¹¹². On peut ainsi distinguer, parmi les plus fréquemment cités, la « souveraineté », l' « administration », l' « occupation militaire » ou encore ce que la Charte de l'ONU appelle les « territoires non autonomes »¹¹³. La souveraineté territoriale elle-même, dont l'importance a été rappelée plus haut, n'est pas l'objet d'une définition unanimement partagée : la fin du XIXe siècle a vu, notamment, se développer un vif débat doctrinal relatif à sa « nature juridique »¹¹⁴, au sein duquel la nature du

residing as separate communities in the neighborhood of the whites a permanent title to the territory (...) ? ».

¹⁰⁹ *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543.

¹¹⁰ *American Insurance & Co. v. Canter* (1828), 26 U.S. 511.

¹¹¹ Quoique, comme l'a noté par exemple le Pr. Kohen, le terme d' « acquisition » renvoie plutôt au vocabulaire de la propriété, nous l'avons retenu ici en raison de son usage très répandu tant dans la pratique internationale que dans la doctrine : KOHEN, (M.G.), *Possession contestée...*, précité, pp.127-128.

¹¹² *Id.*, p.75. Voir aussi ALLAND, (D.), « Les représentations de l'espace... », précité, p.172 : « (...) [L]a différenciation doit s'opérer à partir d'une mesure des compétences qui peuvent s'exercer sur les espaces considérés : qui détient quelle compétence et à quel degré, tels sont les éléments qui permettent non seulement de distinguer entre les espaces, mais encore de les définir (...). [U]ne juste vue des choses déduit la nature de l'espace du type de compétence qui s'y exerce ».

¹¹³ Nous empruntons (sélectivement) l'énumération à KOHEN, (M.G.), *Possession contestée...*, précité, pp.75-109. Voir aussi, pour d'autres exemples, DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, pp.42-57 ; BASTID, (S.), « Conditions territoriales spéciales » in « Les problèmes territoriaux... », précité, pp. 391-434.

¹¹⁴ Les termes du débat sont résumés par SCHOENBORN, (W.), « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.* vol.30 (1929-V), pp.81-189. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans le cours de nos développements. On peut cependant d'ores et déjà citer les principales références doctrinales sur ce point : BARBERIS, (J.A.), « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *A.F.D.I.* vol.XLV (1999), pp.132-147 ; DELBEZ, (L.), « Du territoire dans ses rapports... », précité ; DEMBINSKY, (L.), « Le territoire et le développement du droit international », *A.S.D.I.* vol.31 (1975), pp.121-152 ; JELLINEK, (G.), *L'État moderne et son droit* (1913), Paris, Editions Panthéon-Assas 2005 (traduit de l'allemand par G.Fardis), vol.2, not. pp.17-34 ; LABAND, (P.), *Droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière 1900 (traduit de l'allemand par

territoire d'un « État fédéral » occupe une place de choix¹¹⁵. Ainsi, reconnaître à une entité un titre territorial sur un espace n'est pas encore dire quelle est la nature précise de sa compétence à son endroit, de même que parler de « territoire » n'est pas nécessairement suffisant pour y voir un lieu de souveraineté étatique. Dans tous les cas cependant, le régime juridique du territoire dit la « fonction sociale » que le droit « assigne à l'espace » considéré¹¹⁶ : souveraineté et occupation, administration et haute mer, jouent dans la société internationale un rôle différent, justifiant leur distinction : Schmitt par exemple a bien montré comment la souveraineté territoriale de l'État a pour fonction la stabilisation des relations interétatiques¹¹⁷ – quand l'administration territoriale internationale a pour fonction de pallier temporairement l'absence d'autorité souveraine sur le territoire concerné¹¹⁸.

Telle est la seconde « construction » du droit international qui motive l'étude de la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 : définir ce qu'il faut entendre par « souveraineté territoriale » - qu'elle soit celle des États membres, des Nations indiennes ou des États-Unis -, interpréter l'étendue des pouvoirs du gouvernement fédéral sur les espaces intra-fédéraux non étatiques, c'est construire le statut juridique du territoire, de telle manière à rendre possible (ou non) l'exercice simultané de

C.Gandhilon), t.I, pp.287 sq. ; RADNITZKY, (E.), « Die rechtliche Natur des Staatesgebietes », précité ; SUY, (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté... », précité.

¹¹⁵ L'existence d'une « double compétence » s'exerçant sur un même territoire – nous y reviendrons largement – est en effet toujours perçue par les auteurs précités comme un « test » de la théorie qu'ils proposent.

¹¹⁶ ALLAND, (D.), « Les représentations de l'espace... », précité, p.172.

¹¹⁷ SCHMITT, (C.), *Le nomos...*, précité, not. p.129 : « « L'Etat crée premièrement en son sein des compétences claires en soumettant les droits féodaux et territoriaux ainsi que ceux des états et de l'Eglise à la législation, à l'administration et à la justice centralisées d'un souverain territorial. Deuxièmement, il surmonte la guerre civile européenne qui sévissait alors entre les Eglises et les partis confessionnels, et neutralise le conflit des confessions à l'intérieur de l'Etat grâce à une unité politique centralisée (...). Troisièmement enfin, l'Etat, sur la base de l'unité politique interne qu'il a créée, forme face à d'autres unités politiques une surface close sur elle-même qui présente des frontières fixes vers l'extérieur et peut entretenir un genre spécifique de relations extérieures avec d'autres ordres territoriaux organisés de façon similaire ». Voir aussi, plus modestement : FLORY, (M.), « Le couple État-territoire... », précité, p.251 : « Alors que le regard du politiste posé sur la structure interne de l'Etat s'intéresse aux particularités de chaque société, l'analyse de l'internationaliste cherche à réduire ces différences et à obtenir un commun dénominateur à partir duquel *il est possible d'organiser la société internationale*. De là vient cette égale souveraineté attribuée aux États en droit international » (c'est nous qui soulignons).

¹¹⁸ D'autres fonctions sont bien évidemment envisageables : voir sur ce point PREZAS, (I.), *L'administration des territoires par les Nations Unies*, thèse pour le doctorat en droit public (dir.J.Verhoeven), Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2007, 427 p. et KNOLL, (B.), *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organizations*, Cambridge, Cambridge UP 2008, xxxiv-519 p.

plusieurs compétences sur un même espace – ce qui constitue à la fois l'une des spécificités du projet fédéral¹¹⁹, et l'un des principaux défis lancés aux États-Unis par la présence, au sein de leurs frontières, des Nations indiennes¹²⁰ (**Seconde Partie**).

*

« La situation présente des États américains », affirme en 1780 l'écrivain politique américain Noah Webster, « n'est guère meilleure que celle d'un état de nature »¹²¹. En se déclarant « États libres et indépendants, absous de toute allégeance à la couronne britannique », en affirmant que « tout lien politique avec l'État de Grande Bretagne est et doit être totalement dissout », les colonies britanniques proclamaient, en 1776, leurs « droits de faire tous actes ou choses que les États indépendants ont droit de faire »¹²², et s'en remettaient ainsi, pour gouverner leurs relations, à un droit international qui n'est alors l'objet d'aucune sorte d'institutionnalisation. L'adoption de la constitution fédérale, que le constitutionnaliste Willoughby décrivait comme un « contrat social » entre États¹²³, met fin à cet « état de nature » ; elle ne met pas fin, pour autant, à l'application et à la construction des règles du droit international par le gouvernement fédéral ou les États membres, pas plus que la présence des Nations indiennes sur le territoire américain n'a pour conséquence leur soumission au pouvoir

¹¹⁹ BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.39 : l'auteur note à propos du fédéralisme « qu'un tel arrangement institutionnel suppose l'existence, sur le même territoire et concernant la même population, de deux niveaux de "pouvoirs", l'instance fédérale et l'instance fédérée ».

¹²⁰ PARRISH, (A.L.), « Changing Territoriality, Fading Sovereignty... », précité, p.300 : « The existence of indigenous groups with their own culture and traditions challenges the notion of national unity (...). The concept of the territorial Nation-state thus by its nature undermines recognition of indigenous groups ».

¹²¹ Cité par ONUF, (P.S.), *The Origins of the Federal Republic...*, précité, p.179 : « the present situation of our American states is very little better than a state of nature ». Dans le même sens, voir cette affirmation de Patrick Henry, représentant au Congrès Confédéral, citée par DION, (L.), « Natural Law and Manifest Destiny in the Era of the American Revolution », *C.J.E.P.S.* vol.23, n°2 (1957), p.239 : « Government is dissolved...where are your landmarkers, your boundaries of colonies ? We are in a state of nature, Sir... ».

¹²² « Declaration of Independence, July 4th, 1776 », TANSILL, (C.C.), (ed.), *Documents Illustrative of the Formation of the United States of America*, Washington, Government Printing Office 1927, p.22-25.

¹²³ WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional System...*, précité, p.23 : « If, then, there was a practical consensus of opinion that a public will could be created by a union of individual wills, - that public rights could be based upon a surrender of personal rights of individuals who were originally severally sovereign – if this were so, what could be more natural than that the people should believe it to be equally possible for a national sovereignty to be created through the mutual agreement of thirteen severally sovereign political personalities ? The reasoning which supported the one view would be equally strong to sustain the other ». *Contra* : LEVY, (J.T.), « Not so novus an ordo. Constitutions Without Social Contracts », *Political Theory*, vol.37 (2009), pp.191-216.

fédéral. C'est à la démonstration de cette « construction » que les pages qui suivent sont consacrées.

Première Partie

**LA CONSTRUCTION DES CONDITIONS D'ACQUISITION
DU TITRE TERRITORIAL**

INTRODUCTION

Quels sont les « éléments légaux et factuels qui, en vertu des normes du droit international, doivent être réunis pour que la souveraineté territoriale puisse être valablement acquise ou maintenue » ? Si l'on admet que « tout droit (compris, en un sens général, comme incluant les priviléges, pouvoirs et immunités) suppose un titre ou une source dont il découle », le titre constituant ainsi « l'antécédent *de facto* dont le droit est la conséquence *de jure* »¹²⁴, alors l'une des « questions du territoire » en droit international est celle de la définition de ces « éléments », dont la réunion fait la validité d'une revendication territoriale. Deux catégories d'éléments sont, en ce sens, interrogées aux États-Unis au cours du XIXe siècle.

La première est celle qui regroupe les éléments relatifs au titulaire. La souveraineté territoriale n'est pas un « droit subjectif »¹²⁵ que toute entité – ou, pour dire mieux, que *n'importe quelle entité* – peut détenir : celle qui prétend à la souveraineté sur un espace doit remplir certaines conditions pour être juridiquement fondée à la revendiquer. C'est ainsi en définissant les « caractéristiques » nécessaires pour qu'une entité « puisse être fondée à assumer la souveraineté sur un espace »¹²⁶ que la doctrine,

¹²⁴ WILLIAMS, (G.L), *Salmond on Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell 1957, p.378. Pour des définitions similaires, voir : SHAW, (M.N.), « Territory... », précité, p.79 ; JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition...*, précité, p.4 : « The primary meaning of title is the vestitive facts which the law recognises as creating a right » ; MCNEIL, (K.), *Common Law Aboriginal Title*, Oxford UP 1989, p.10 : « [the word “title”] refers to the conditions necessary to acquire a valid claim to land » ; BASDEVANT, (J.), (ed.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey 1960, p.123 : « Titre : tout fait, acte ou situation qui est la cause et le fondement d'un droit » ; C.I.J., *Différend frontalier* (Burkina Faso c. Mali), arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Recueil* 1986, §18, p.564 : « la notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit » (c'est nous qui soulignons).

¹²⁵ DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, p.111 : « Le droit (objectif) attribue à certains faits, à travers ce prisme qu'est le titre, certains effets juridiques qui peuvent être soit des droits (subjectifs) soit des obligations ».

¹²⁶ LINDLEY, (M.F.), *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law. Being a Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, New York, Negro UP 1969, p.82. L'ouvrage de Lindley ne concerne pas particulièrement – mais notamment – les États-Unis. Il nous semble cependant que la pratique des États-Unis est en accord avec l'articulation générale de son propos, qui distingue deux « procédés » d'acquisition du titre : une acquisition par le droit, qui suppose de passer par les moyens prévus par le droit international, qu'il s'agisse du traité ou de l'occupation – voir sur ce

la pratique et la jurisprudence américaines diront si les États-Unis, les États membres ou les Nations indiennes remplissent ces conditions de détention d’un titre territorial (Titre 1).

La seconde catégorie d’éléments constitutifs d’une revendication territoriale valable au regard du droit international est formée par des éléments que l’on peut dire « externes » au titulaire. Les caractéristiques propres à l’entité étant réputées remplies, il s’agit cette fois d’identifier les moyens grâce auxquels la compétence territoriale de cette entité peut être étendue. C'est alors en identifiant ces « événements naturels ou humains auxquels le droit attache une conséquence juridique » que les acteurs de la question du territoire aux États-Unis peuvent dire si les « titulaires possibles » de la souveraineté détiennent ou non un titre territorial sur tel ou tel espace (Titre 2).

Qu'il s'agisse de définir *qui* peut détenir un titre territorial ou de savoir *comment* acquérir un titre territorial, nous verrons au cours de ces développements que les « logiques de système »¹²⁷ mises en place par les États-Unis sont les mêmes. Elles sont élaborées pour fonder sur un espace le pouvoir des uns, et pour exclure de ce même espace le pouvoir des autres. Les « variations » que les États-Unis font subir au droit international, et plus précisément à la définition des conditions de détention et de formation d'un titre territorial sont guidées par la volonté « de mettre les principes en rapport avec (...) la politique »¹²⁸. En ce sens, juger avec Tocqueville que « la dépossession des Indiens s’opère souvent (...) d’une manière régulière et pour ainsi dire toute légale »¹²⁹, c'est ne pas voir que derrière le recours formel au droit international,

point notre second titre – et une acquisition « théorique » consistant à refuser à l’entité dont le territoire est revendiqué toute capacité à y détenir un titre : « In the preceding discussion we have been concerned with the object of an acquisition, the territory to be acquired. We will now consider who may acquire territorial sovereignty i.e. what are the characteristics that distinguish the person or body who can validly assume the sovereignty over an area » (c'est nous qui soulignons).

¹²⁷ Ainsi que le note A.Lelarge à propos des définitions de l’État : LELARGE, (A.), *La notion d’État dans la doctrine internationale depuis la fin du XIXe siècle*, Thèse pour le doctorat en droit public (dir.D.Allard), Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2007, t.I, p.365 : « Les contours de l’État, dessinés, construits par chaque auteur, suivent une ligne déterminée par la conjonction de “Lois” systémiques et épistémologiques. La notion d’État est une proposition doctrinale qui épouse une logique de système. Elle s’intègre et participe d’un schème modélisant un rapport au droit international, dont les paramètres varient d’un auteur à l’autre, mais qui tend toujours à l’ordonnancement intelligible des connaissances ».

¹²⁸ NYS, (E.), « L’État et la notion d’État. Aperçu historique », *R.D.I.L.C.* vol.3 (1901), p.423.

¹²⁹ TOCQUEVILLE, (A. de), *De la Démocratie...*, précité, t.1, p.478.

se cache une construction matérielle de ce droit destinée à servir ce que l'on juge alors être la « destinée manifeste » des États-Unis¹³⁰.

¹³⁰ La « doctrine de la destinée manifeste », née au début du XIXe siècle, est fondée sur la croyance d'une providence divine d'après laquelle les États-Unis auraient pour mission de s'étendre sur l'ensemble du continent américain. Elle est ainsi résumée par le journaliste O'Sullivan, dans un éditorial du *New York Morning News* paru à la fin de l'année 1845 et intitulé « Our true title » : « Away, away with all these cobweb tissues of rights of discovery, exploration, settlement, contiguity, etc....[The American claim] is by the right of our manifest destiny to overspread and to possess the whole of the continent which Providence has given us for the development of the great experiment of liberty and federative self government entrusted to us. It is a right such as that of the tree to the space of air and earth suitable for the full expansion of its principle and destiny of growth - such as that of the stream to the channel required for the still accumulating volume of its flow. It is in our future far more than in our past, or in the past history of Spanish exploration or French colonial rights, that our True Title is to be found » ; cité par MERK, (F.), *Manifest destiny and Mission in American History*, Cambridge, Harvard UP 1995, p.31. Voir aussi sur ce point MARIENSTRAS, (E.), *Les mythes fondateurs de la Nation américaine*, Paris, Maspero 1976, not. p.182, qui considère, avec un peu d'exagération sans doute, que « tous les Américains considèrent alors que la Nation doit s'approprier le continent », et cela « quelles que soient les justifications apportées à cette appropriation ».

TITRE 1 – DÉFINITION DES CONDITIONS DE DÉTENTION DU TITRE TERRITORIAL

Le droit naturel occupe dans la question du territoire aux États-Unis une place déterminante : le « droit au territoire » - compris ici comme le droit, pour le détenteur d'un titre territorial, de n'en être pas unilatéralement privé¹³¹ – est considéré en effet comme le *droit naturel* de toute entité ayant certaines caractéristiques.

La définition du droit des gens telle qu'elle transparaît des écrits des hommes politiques et juristes américains, ainsi que de la jurisprudence des cours fédérales et étatiques, emprunte en effet à Vattel, jusqu'à Wheaton au moins, une double référence au droit international positif et naturel. « Le droit naturel », écrit par exemple Wilson, « quand il est appliqué aux États ou aux sociétés politiques », prend « un nouveau nom, celui de droit des gens » - une définition implicitement empruntée, puisqu'elle lui ressemble mot pour mot, à celle de Vattel, selon qui « le droit des gens n'est originairement autre chose, que le droit de la Nature appliqué aux Nations »¹³². Comme ce dernier, qui ajoute à ce « droit nécessaire » un « droit positif » composé notamment du « droit conventionnel » et du « droit coutumier »¹³³, Jefferson estime que « le droit des gens est composé de trois branches : le droit issu de notre morale naturelle ; les usages des Nations ; leurs conventions particulières »¹³⁴ - étant entendu que le futur

¹³¹ Sur la définition précise des droits et devoirs qu'emporte la souveraineté territoriale, voir *infra*, Seconde Partie.

¹³² DG, vol.1, *Préliminaires*, §6.

¹³³ *Id.*, §15 : « Ces trois espèces de Droit des Gens, *Volontaire*, *Conventionnel*, et *coutumier*, composent ensemble le *Droit des gens positif*. Car ils procèdent tous de la volonté des Nations ».

¹³⁴ BERGH, (A.E.), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson. Definitive Edition, containing his Autobiography, Notes on Virginia, Parliamentary Manual, Official Papers, Messages and addresses, and other Writings, Official and Private, Now Collected and Published in their Entirety for the First Time including all of the Original Manuscripts, deposited in the Department of State and published in 1853 by Order of the Joint Committee of Congress with Numerous Illustrations and a Comprehensive Analytical Index*, Washington D.C., The Thomas Jefferson Memorial Association of the United States 1907, vol.3, p.228. Voir aussi WILTSE, (C.M.), « Jefferson on the Law of Nations », *A.J.I.L.*, vol.29, n°1 (1935), p.67.

président des États-Unis attachait à la « morale naturelle » un poids particulièrement important : l’ « âme » de l'auteur de la Déclaration d'Indépendance était « malade jusqu'à la mort » à l'idée du bannissement de tout principe moral du « code gouvernant les relations entre Nations »¹³⁵.

Si Madison retient, pour sa part, une conception plus positiviste du droit international dans son *Examination of the British Doctrine...* publiée en 1806¹³⁶ - certains auteurs ayant vu dans ce texte l'inspirateur des *Elements of International Law* que Wheaton publiera quarante ans plus tard¹³⁷ – la fin du XVIIIe et le début du XIXe siècles sont généralement marqués par une vision très largement naturaliste de ce droit¹³⁸ – ainsi qu'en témoignent, en pratique, certains arrêts, qu'ils soient rendus par la

¹³⁵ « Letter to Duane, Apr.4, 1813 », *in id.*, vol.13, p.230 « The total banishment of all moral principle from the code which governs the intercourse of Nations, the melancholy reflection that after the mean, wicked and cowardly cunning of the cabinets of the age of Machiavel had given place to the integrity and good faith which dignified the succeeding one of a Chatham and Turgot, that this is to be swept away again by the daring profligacy and avowed destitution of all moral principle (...), sickens my soul unto death ». Voir aussi, pour l'influence de la doctrine du Droit de la Nation et des Gens sur la pensée jeffersonienne SEARS, (L.M.), « Jefferson and the Law of Nations », *A.P.S.R.* vol.13, n°3 (Aug., 1919), p.398 : « To generalize concerning Jefferson and international law, his position is excellent. Acquainted with the leading thought and thinkers of the eighteenth century, he based his early concept of international law on the theory of compact and the recognition of a state of nature wherein man was primarily in a condition of peace (...). In his busy years in the state department, he witnessed the initial stages of a world conflict which spelled the negation and downfall of the international law of the eighteenth century. He himself appealed to the authorities in this older law, and found in them a support for the neutrality which Washington pursued in 1793 and later. But this contribution of Grotius, Wolff, Vattel and others to the actual politics of a rising Nation was in a sense the 'twilight' of the classical school of international law ».

¹³⁶ MADISON, (J.), « An Examination of the British Doctrine, which Subjects to Capture a Neutral Trade, not Open in Time of Peace » (1806), *in* HUNT, (G.), (ed.), *The Writings of James Madison, comprising his Public Papers and his Private Correspondence, including his Numerous Letters and Documents now for the First Time printed*, New York, G.P. Putnam's Sons 1900, Vol. 7., pp.204 sq.

¹³⁷ ONUF, (P.) ; ONUF, (N.), *Federal Union, Modern World...*, précité, pp.201-202. Les deux auteurs résument ainsi la conception madisonienne du droit des gens tel qu'elle transparaît de ce texte : « Significantly, Madison eschewed the extreme natural rights arguments that would have justified expansive neutral rights claims. As the leading legatee of Vattelian internationalism, Madison instead emphasized the progressive tendencies of the law of Nations during the 'modern' period and elaborated a broad conception of the sources of its continuing development. In a period of world war, when most commentators were skeptical about the very possibility of law, Madison discovered evidence of law everywhere : in learned treatises, treaties, customary ministerial practices, and even judicial decisions. No longer was nature the direct source of the law of Nations ; Nations made law suiting their collective interests and nature's design ».

¹³⁸ Malgré certaines critiques : voir par exemple DUANE, (W.J.), *The Law of Nations, investigated in a Popular Manner, addressed to the Farmer of the United States*, Philadelphia 1809, p.7-8 : « (...) [T]here are natural laws of Nations, founded in justice and in right, the nature and obligations of which reason teaches us to ascertain and observe (...). What are usually terms the laws of Nations, I consider to be artificial laws, the work of men ; and although pretended to be founded upon the laws of nature, they are so various and repugnant as well to each other as often to the laws of nature themselves, that as a system they have no force nor authority of their own ».

Cour Suprême des États-Unis ou par des cours fédérales : en 1815, sous la présidence de Marshall, la Cour rappelle ainsi que le droit des gens est « en partie écrit, en partie non écrit », les règles non écrites devant être dégagées des « grands principes de la Justice et de la raison »¹³⁹. « Le droit des gens », estime en 1814 une Cour fédérale située dans l’État de New York, « est le droit naturel modifié de telle manière à être applicable aux sociétés politiques »¹⁴⁰.

A la lecture de ces définitions, issues des sources les plus autorisées, il apparaît difficile de conclure avec certains auteurs que l’influence du droit naturel sur la conception du droit international aux États-Unis « n’a pas été si importante »¹⁴¹. Quoiqu’influencée également par la conception blackstonienne de ce droit¹⁴² – Reeves estimant par exemple que cette imprégnation du *Common Law* dans la culture juridique américaine est l’une des raisons du peu d’importance de la conception *jus naturaliste* du *law of Nations* aux États-Unis – le droit naturel a joué, au contraire, un rôle déterminant, et central surtout dans la réponse à la question du territoire.

C’est de ce droit en effet que découle le droit de toute Nation de se gouverner elle-même sur l’espace qu’elle occupe : « Les Nations étant libres et indépendantes les unes des autres, puisque les hommes sont naturellement libres et indépendants » écrit Vattel, « la

¹³⁹ *Thirty Hogshead of Sugar v. Boyle* (1815), 13 U.S. 191, 198 : la définition est intéressante à citer dans son entier, car elle ajoute aux sources du droit des gens...les décisions judiciaires : « The law of Nations is the great source from which we derive those rules, respecting belligerent and neutral rights, which are recognized by all civilized and commercial states throughout Europe and America. This law is in part unwritten, and in part conventional. To ascertain that which is unwritten, we resort to the great principles of reason and justice : but, as these principles will be differently understood by different Nations under different circumstances, we consider them as being, in some degree, fixed and rendered stable by a series of judicial decisions. The decisions of the Courts of every country, so far as they are founded upon a law common to every country, will be received, not as authority, but with respect ».

¹⁴⁰ *Johnson et al. v. Twenty-One Bales, Etc* (C.C., N.Y. 1814), 13 Fed. Cas. 855, No. 7417 : « In examining the points which have been stated, it will be necessary to advert to some general principles of the law of Nations. In - doing this, it will not be requisite to notice particularly its divisions into necessary, voluntary, conventional, customary or positive. The law of Nations, without defining or developing its divisions more minutely, may be stated to be the law of nature, rendered applicable to political societies, and modified, in progress of time, by the tacit or express consent, by the long-established usages and written compacts of Nations ».

¹⁴¹ REEVES, (J.S.), « The Influence of the Law of Nature upon International Law...», précité, p.560.

¹⁴² L’influence est remarquée par JANIS, (M.W.), « The English Legacy : the Law of Nations and International Law » in *The American tradition...*, précité, pp.5-22. Blackstone retient du droit des gens une conception davantage positiviste que celle de Vattel : voir BLACKSTONE, (W.), *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press 1765, vol.4, p.66 : « the law of Nations is a system of rules, deducible by natural reason, and established by universal consent among the civilized inhabitants of the world ».

seconde loi générale de leur Société est, que chaque Nation doit être laissée dans la paisible jouissance de cette liberté, qu'elle tient de la Nature. La société naturelle des Nations ne peut subsister, si les Droits que chacune a reçus de la Nature n'y sont pas respectés »¹⁴³. C'est cette même idée que l'on retrouve aux États-Unis tout au long du XIXe siècle.

« Le droit au territoire d'une communauté », lit-on ainsi dans un débat au Congrès, « est fondé sur le droit naturel suprême de se préserver soi-même ». Ce « droit au territoire » n'est « pas meilleur que le droit au gouvernement » et « toute considération qui concerne l'un concerne l'autre également. Ils ne peuvent exister ou disparaître qu'en ensemble »¹⁴⁴. Comme l'affirme encore le juge Johnson dans son opinion dans l'affaire *Fletcher v. Peck*, « le droit de juridiction est essentiellement lié, ou plutôt identifié, à la souveraineté nationale. S'en défaire, c'est commettre une forme de suicide politique. Or, avoir le pouvoir de s'annihiler soi-même est une contradiction dans les termes »¹⁴⁵. Dès lors, par conséquent, que les caractéristiques d'une entité correspondent à certains critères définis, celle-ci a des « droits naturels originels », parmi lesquels celui de « posséder le sol »¹⁴⁶ : la loi naturelle, « supérieure à toute autre loi », reconnaît à toute Nation le droit de jouir d'un pays¹⁴⁷ - c'est un « attribut essentiel et inhérent de sa souveraineté originelle »¹⁴⁸.

¹⁴³ DG, vol.1, *Préliminaires*, §15, p.9. Voir aussi DG, vol.1, I, XVIII, §205, p.192 : « Lorsqu'une Nation s'empare d'un pays qui n'appartient encore à personne, elle est censée y occuper l'*Empire*, ou la *Souveraineté*, en même temps que le *Domaine*. Car puisqu'elle est libre et indépendante, son intention ne peut être, en s'établissant dans une contrée, d'y laisser à d'autres le droit de commander, ni aucun de ceux qui constituent la souveraineté ».

¹⁴⁴ ELLSWORTH, (W.W.), « Speech to the House of Representatives », in *Speeches on the Passage of the Bill for the Removal of the Indians delivered in the Congress of the United States April and May 1830*, Boston, New York, Perkins and Marvin, Jonathan Leavitt 1830, p.138 : « Writers on the law of nature and of Nations, politicians and moralists of every school and every age, would agree that they had the most perfect and absolute right to territory and government. And let me stop here to remark that the (...) right to territory is no better than his right to government. Every consideration can be urged in favor of one right that can be urged in favor of the other ».

¹⁴⁵ *Fletcher v. Peck* (1810), 10 U.S. 87, 143 : « the right of jurisdiction is essentially connected to, or rather identified with, the national sovereignty. To part with it is to commit a species of political suicide. In fact, a power to produce its own annihilation is an absurdity in terms. It is a power as utterly incomunicable to a political as to a natural person ».

¹⁴⁶ *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 519 : « The Indian Nations had always been considered as distinct, independent political communities retaining their original natural rights as undisputed possessors of the soil, from time immemorial » (c'est nous qui soulignons). L'arrêt est en partie reproduit en Annexe.

¹⁴⁷ *Id.*, 31 U.S. 515, 579 : « The abstract right of every section of the human race to a reasonable portion of the soil, by which to acquire the means of subsistence, cannot be controverted (...) The law of nature, which is paramount to all other laws, gives the right to every Nation to the enjoyment of a reasonable extent of country, so as to derive the means of subsistence from the soil ».

¹⁴⁸ *Buster and Jones v. Wright* (1905), CCA 8th Cir., 135 Fed. 947 : « The authority of the Creek Nation to prescribe the terms upon which noncitizens may transact business within its borders did not have its origin in act of Congress, treaty, or agreement of the United States. It was one of the inherent and

Pour définir, par conséquent, qui sont les « *titulaires possibles* de la souveraineté territoriale »¹⁴⁹, il faut identifier les conditions qu’une entité doit remplir pour jouir de ce droit au territoire. Car dire du territoire qu’il est « toujours lié[e], plus ou moins directement, à l’État », voire qu’il en est un « élément constitutif » et « un attribut que le droit attache à la qualité d’État du sujet de droit »¹⁵⁰, n’est pas encore dire ce qu’est l’« État » : on peut s’entendre pour affirmer que l’« État », la « Nation », est le seul titulaire possible de la souveraineté territoriale sans s’accorder pour autant sur sa définition. La « question du territoire » est, en ce sens, « indissociable d’une représentation philosophique précise de l’idée de Nation »¹⁵¹. Or, comme l’a rappelé le Pr. Forteau, cette question est centrale aux États-Unis entre 1789 et 1914¹⁵² : c’est en effet en s’interrogeant, d’une part, sur l’organisation juridique et politique d’une entité revendiquant la souveraineté sur un espace (Chapitre 1) et, d’autre part, sur la définition de l’« indépendance » du pouvoir de cette entité sur l’espace considéré (Chapitre 2), que les acteurs de l’expérience américaine pourront dire si les « États-Unis », les « Nations indiennes » ou les « États membres » - pour employer les termes qui désignent habituellement ces entités – peuvent prétendre à la qualité d’« État » et revendiquer ainsi la souveraineté territoriale sur l’espace qu’elles occupent.

essential attributes of its original sovereignty. It was a natural right of that people (...) » (c'est nous qui soulignons).

¹⁴⁹ L’expression est empruntée à KOHEN, (M.G.), *Possession contestée...*, précité, p.109 (c'est nous qui soulignons).

¹⁵⁰ POIRAT, (F.), « Territoire », in ALLAND, (D.) ; RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire...*, précité, pp.1474-1475.

¹⁵¹ MATRICON, (R.), *La souveraineté territoriale : recherche sur les évolutions et transformations d'une notion complexe dans les situations politiques de cession, d'échanges, d'adjonction et de sécession de territoire*, Thèse pour le doctorat en droit public (Dir. E.-F.Callot), Université Lyon III 1999, vol.1, p.307.

¹⁵² FORTEAU, (M.), « Retour sur un “classique” ... », précité, pp.455-456. Le Pr. Forteau note en effet que c'est en « s'interrogeant longuement sur les traits distinctifs de l'État en droit international public » que la « question du territoire » a trouvé aux États-Unis l'une de ses solutions.

Chapitre 1 – Organisation interne du détenteur du titre

D'un point de vue théorique, les « États-Unis » entretiennent avec les « Nations indiennes » une proximité qui est souvent – presque toujours – négligée : celle de constituer des corps politiques dont l'organisation est, aux yeux des Nations européennes, « exotique » au sens étymologique, c'est-à-dire « étrangère », « extérieure » aux formes d'organisation les plus répandues à la fin du XVIII^e siècle¹⁵³. Ces deux entités, pourtant, revendiquent sur l'espace qu'elles occupent cette souveraineté territoriale que reconnaît le droit international à tout « État ». Mais l'« exotisme », la singularité, de leur organisation ne risquent-ils pas alors de les exclure d'une telle qualification ? Si l'« État » fait l'objet, dans le *Droit des gens...* de Vattel, de longs développements relatifs à son organisation, à ce qu'il *doit être* pour être défini comme « sujet du droit des gens »¹⁵⁴, ne doit-on pas penser que toute organisation qui sortirait des schémas ainsi décrits s'excluerait par là-même du champ d'application de ce droit ?

La réponse dépend des définitions de l'État, et c'est sur deux critères principaux de définition que jouent les acteurs de la question du territoire aux États-Unis durant la période qui nous intéresse.

Le premier est celui de la nature politique et de l' « appareil gouvernemental » de la collectivité considérée : les entités que forment les Nations indiennes, parfois décrites

¹⁵³ Les ouvrages consacrés, à l'époque de son adoption, au système juridique et politique américain insistent généralement sur cette spécificité. Voir par exemple DEMEUNIER, (J.N.), *L'Amérique indépendante, ou Les différentes constitutions des treize provinces qui se sont érigées en républiques sous le nom d'États-Unis de l'Amérique*, Gand, P.-F. de Goesin 1790, vol.1, p.73, évoquant l'impossibilité de « comparer » le système américain avec les confédérations helvétique ou hollandaise.

¹⁵⁴ *DG*, vol.1, I : le premier livre du *Droit des gens...* est consacrée en effet à « La Nation considérée en elle-même ».

comme de « pures démocraties »¹⁵⁵ ou comme des « organisations politiques amorphes »¹⁵⁶ supposent en effet de préciser la définition du « politique » et du « gouvernement ». Une collectivité au sein de laquelle le pouvoir est distribué entre de nombreuses personnes, voire appartient à l’ensemble de chacun de ses membres, est-elle encore politique ou n’est-elle qu’une société d’individus ? Une collectivité sans institutions gouvernementales permanentes peut-elle être qualifiée d’État et jouir des droits que reconnaît à ce type d’entité le droit international ? (Section 1).

Le second élément qu’interroge la question du territoire aux États-Unis est celui du « pouvoir effectif de l’appareil gouvernemental sur la collectivité ». Le gouvernement d’une collectivité qui ne jouit, en vertu de la constitution de celle-ci, que de compétences dans certains domaines limitativement énumérés, peut-il être celui d’un « État » ? Si le titre territorial est constitutif d’un pouvoir exclusif et absolu sur l’espace considéré, peut-on compter parmi ses détenteurs possibles une entité dont le gouvernement est ainsi limité par le texte constitutionnel ? C’est la question que soulève, dès le tout début du XIXe siècle, la nature fédérale du système américain (Section 2).

Section 1 – Les Nations indiennes et les critères de définition de l’État

La question de la nature des entités formées par les « Nations indiennes » occupe une bonne partie des débats au Congrès dans les années 1830, suite au dépôt, sur proposition du président Jackson, de la proposition de loi qui donnera lieu à l’adoption,

¹⁵⁵ Voir cette remarque contenue dans un rapport du secrétaire de la guerre au Sénat, datant du 9 février 1829, *Senate Doc.* N°72, 20-2, serial 181, p.18 : « We assemble the Indians in council, propose the subject to them, and discuss the various propositions made, modified, and acted on. The whole matter is fully considered and openly conducted in the presence of all Indians of the tribes, who choose to attend, and the result is embodied in the form of a treaty (...). When they assemble to deliberate upon their public affairs, they are pure democracies, in which every one claims an equal right to speak and vote » (c'est nous qui soulignons).

¹⁵⁶ HOEBEL, (E.A.), *The Political Organization and Law-ways of the Comanche Indians*, Memoires of the American Anthropological Association, n°54 (1940), p.11.

le 26 mai 1830, de l'*Indian Removal Act*¹⁵⁷. De ces débats, mais également de la pratique et des sources doctrinales américaines au cours du XIXe siècle, il ressort que les critères considérés comme nécessaires pour reconnaître à une entité le droit au respect de son territoire se divisent en deux catégories : pour une certaine partie de la doctrine et de la pratique, ces critères sont relatifs à la nature politique – et non simplement linguistique, ethnique, etc. – de l'entité considérée (§1). Dès le début de l'histoire des États-Unis cependant, un critère alternatif, opposant à l'existence d'une organisation politique chez les Nations indiennes l'argument de la civilisation, est employé pour refuser aux Nations indiennes la qualité d'État, et les priver ce faisant de leur droit au territoire – et c'est ce critère qui, à la fin du XIXe siècle, finira par l'emporter (§2).

§1 – Nature politique de la communauté étatique

C'est dans l'arrêt *Cherokee Nation v. Georgia* que la Cour Suprême des États-Unis a affirmé le plus évidemment, pour la première fois, la qualité d'« État » d'une Nation Indienne. Selon le juge Marshall, auteur du jugement, « les Cherokee forment un État. Ils ont été uniformément traités comme État depuis notre établissement dans ce pays. Les nombreux traités signés avec eux par les États-Unis *les reconnaissent comme un peuple capable de maintenir des relations de guerre et de paix ; d'être responsable, en leur qualité d'être politique, de toute violation de leurs engagements, ou de toute agression commise à l'encontre d'un citoyen des États-Unis par l'un des membres de leur communauté* »¹⁵⁸. Kent, pour sa part, écrit dans le chapitre qu'il consacre aux « fondements du titre à la terre » que « dès lors que les Nations indiennes ont établi des gouvernements réguliers et organisés, dans

¹⁵⁷ « 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, May 28, 1830 », 4 Stat. 411.

¹⁵⁸ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1 : « The Cherokees are a State. They have been uniformly treated as a State since the settlement of our country. The numerous treaties made with them by the United States recognise them as a people capable of maintaining the relations of peace and war; of being responsible in their political character for any violation of their engagements, or for any aggression committed on the citizens of the United States by any individual of their community ». Cet arrêt est, en cela, très proche de l'avis que rendra en 1975 la CIJ dans l'affaire du Sahara Occidental : voir C.I.J., *Affaire du Sahara Occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil* 1975, p.39, §80 : « Quelles qu'aient pu être les divergences d'opinions entre les juristes, il ressort de la pratique étatique de la période considérée que les territoires habités pas des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme terra nullius».

des limites raisonnables mais nécessaires à leur statut de chasseur, il semble qu'il n'y ait aucun fondement pour leur dénier des droits politiques et territoriaux absolus »¹⁵⁹.

L'énumération des caractéristiques de ces Nations renseigne sur les critères retenus par la Cour et la doctrine pour qualifier une entité d' « État », et reconnaître à celle-ci les droits attachés à cette qualité¹⁶⁰. Le principal en l'espèce est celui de constituer un « peuple capable » : c'est la réunion de ces deux éléments, l'un dont l'acception peut être tant politique qu'ethnique – le « peuple »¹⁶¹ - l'autre dont la signification relève plus évidemment du lexique juridique – la « capacité » - qui manifeste l'entité assujettie au droit des gens : l'existence d'un peuple (A) disposant d'une organisation politique (B) est indispensable à la revendication d'un titre territorial - que ce peuple soit ou non fixé sur un territoire précis : en un raisonnement inverse à celui auquel est habitué l'internationaliste contemporain, ce n'est pas en effet l'effectivité de la possession territoriale qui manifeste l'État¹⁶², mais l'existence de l'État qui manifeste le « droit au territoire » - si bien qu'un « État de nomades » ou un « État de chasseur » ne sont pas des concepts opposés à celui de souveraineté sur un territoire (C).

A. Existence d'un peuple

La doctrine et la pratique américaines confirment que le « peuple » est le critère essentiel de la sujexion au droit international. Les arrêts de la Cour Suprême

¹⁵⁹ KENT, (J.), « Of the Foundation of Title to Land », in *Commentaries on American Law*, New York, Clayton, James Von Norden 1836, vol.3, p.386 : « as far as Indian Nations had formed themselves into regular organized governments, within reasonable and definite limits necessary for the hunter state, there would seem also to be no ground to deny the absolute nature of their territorial and political rights ».

¹⁶⁰ Les réflexions aux États-Unis au cours du XIXe siècle sont en effet essentiellement – et presqu'exclusivement – articulées autour de la question de savoir si les entités formées par les Indiens peuvent être qualifiées d' « État » et non, comme ce sera le cas à la fin du XIXe siècle (notamment lors de la Conférence de Berlin de 1885) autour de la question de savoir si des entités qui, ne pouvant être qualifiées d'État, détiennent cependant des droits territoriaux internationaux : voir sur ce dernier point les réflexions de CRAWFORD, (J.), *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press 2006, pp.263-267.

¹⁶¹ « Peuple » in FOULQUIE, (P.), *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF 1992, p.534 : l'auteur définit tour à tour les acceptations « ethnique », « politique » du peuple. Voir aussi, mettant en avant l'importance des divergences d'interprétation de ce terme KERVEGAN, (J.-F.), « Peuple » in RAYNAUD, (P.) ; RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF Quadrige 2003, pp.541-542.

¹⁶² SHAW, (M.N.), *International law...*, précité, p.199 : à propos des « critères de l'étaticité », Shaw note ainsi que « the relevant framework revolves essentially around territorial effectiveness ».

et les écrits des juristes entre 1789 et 1914 démontrent en effet que c'est l'existence d'un « peuple distinct » qui est primordiale pour la définition des sujets du droit international – à tel point que l' « État souverain » est identifié à ce groupement humain. L'État, lit-on ainsi dans l'arrêt *Texas v. White*, « décrit un peuple ou une communauté d'individus ». L'existence « d'un corps de personnes libres, unies pour leur avantage commun » est ainsi considérée comme le critère premier de la définition d'une entité sujet du droit international¹⁶³. Dans l'arrêt précité, rendu en 1905 par une Cour fédérale et d'après lequel la Nation Creek devait être considérée comme souveraine à l'intérieur de ses frontières, on lit encore que ce droit au territoire est un « droit naturel *de ce peuple* »¹⁶⁴. Robbins, le sénateur de l'État de Rhode Island, rappelle pour sa part que « le pouvoir de faire des traités », tel qu'il a été prévu par la constitution, « est un pouvoir général, qui peut être exercé à la discrétion de l'exécutif *avec toute Nation ou tout peuple compétent pour conclure un traité* »¹⁶⁵. Le « droit des gens », insiste le Gouverneur du Tennessee à la fin du XVIIIe siècle, ne reconnaît à « aucun *peuple* », le droit de s'approprier plus de terres qu'il n'en a besoin¹⁶⁶. Si Jefferson recourt à une définition qui fait de la « société » l'entité sujette du droit des gens – « les devoirs moraux qui existent entre individus à l'état de nature ne cessent pas à l'état de société » écrit-il alors qu'il définit le « droit des gens », « et l'ensemble des devoirs de tous les individus composant la société constitue les devoirs de cette dernière envers les autres », si bien que « les devoirs qui s'imposaient aux individus entre eux s'imposent de même *de société à société* »¹⁶⁷ - la définition générale des sujets du droit des gens demeure la même et repose d'abord sur l'existence d'une « communauté humaine ».

¹⁶³ *State of Texas v. White* (1868), 74 U.S. 700 : « The word "State" describes sometimes a people or community of individuals united more or less closely in political relations, inhabiting temporarily or permanently the same country; often it denotes only the country, or territorial region, inhabited by such a community; not unfrequently, it is applied to the government under which the people live; at other times, it represents the combined idea of people, territory, and government ».

¹⁶⁴ *Buster and Jones v. Wright*, CCA 8th Cir., 135 Fed. 947 (1905).

¹⁶⁵ ROBBINS, (A.), « Speech to the Senate of the United States, Apr.21, 1830 » in *Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.74 : « The power to make treaties, as given by the Constitution, is a general power, and may be exercised, at the Executive discretion, with any Nation or people competent to make treaties (...) » (c'est nous qui soulignons).

¹⁶⁶ Cité par BANNER, (S.), *How the Indians...*, précité, p.159 : « by the law of Nations, it is agreed that no people shall be entitled to more land than they can cultivate » (c'est nous qui soulignons). Sur l'argument de la culture de la terre, voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁶⁷ In BERGH, (A.E.), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson...*, précité, vol.3, p.228 : « The moral duties which exist between individual and individual in a state of nature, accompany them into a state of society, and the aggregate of all the duties of all the individuals composing the society constitutes the duties of the society towards any other ; so that between society and society the same moral duties exist as did between the individual composing them ».

Ainsi est-il admis que le « droit des gens » ne saurait avoir d’application qu’entre des « peuples distincts », le droit régissant les rapports entre un gouvernement et son peuple ne pouvant être qualifié comme tel. En effet, si une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence américaines, jusque dans les années 1850 environ, définit le droit des gens, dans la continuité du *jus naturalisme* vattelien, comme un droit obligeant les peuples et dans leurs relations extérieures, et pour leur propre organisation¹⁶⁸, le « droit des gens » positif se distingue du droit interne à un même peuple. Marshall l’avait déjà affirmé dans l’arrêt *Worcester v. Georgia* : « le terme de “Nation”, qui est si fréquemment appliqué [aux Indiens], signifie “*un peuple distinct* des autres” », et la conséquence directe de cette qualification, c’est que « les lois de Géorgie » ne peuvent s’appliquer à ce peuple¹⁶⁹ - et que les traités conclus entre le gouvernement fédéral et les différentes Nations indiennes sont des traités conclus entre des parties juridiquement capables¹⁷⁰.

Dire cela cependant, ce n'est pas encore dire à quoi la notion de « peuple » renvoie précisément. Ce qui importe alors, c'est d'interroger la définition exacte du « peuple », et son application pratique. Modelée sur la définition vattelienne des sujets du droit des gens, l'approche américaine repose, en théorie tout au moins, sur une conception artificialiste¹⁷¹.

¹⁶⁸ En effet, comme le rappelle bien la Pr. Jouannet, « le droit des gens de Vattel constitue le système juridique de la société des Nations et à ce titre, représente à n'en point douter la première expression, presque exemplaire tant elle varie à l'heure actuelle, de la définition matérielle encore courante du droit international. Mais il est clair également que persiste chez Vattel une signification particulière de l'objet du droit des gens que traduit littéralement, comme chez ses devanciers pufendorfiens, l'expression elle-même de droit des gens. Il s'agit du droit des États, non pas exclusivement au sens d'un droit entre les États, mais de tous leurs droits et devoirs, que ceux-ci soient à usage interne ou externe » : JOUANNET, (E.), *Emer de Vattel...*, précité, p.413 (c'est nous qui soulignons).

¹⁶⁹ *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 519 : « The very term "Nation," so generally applied to them, means "a people distinct from others. » et 31 U.S. 515, 520 : « The Cherokee Nation, then, is a distinct community (...) in which the laws of Georgia can have no force, and which 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 » (c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁰ *Id.*, 31 U.S. 515, 519 : « The Constitution, by declaring treaties already made, as well as those to be made, to be the supreme law of the land, has adopted and sanctioned the previous treaties with the Indian Nations, and consequently admits their rank among the powers who are capable of making treaties »

¹⁷¹ La pratique des États-Unis ne concorde pas complètement, sur ce point notamment, avec les définitions données par la doctrine et la Cour Suprême : cf. *infra*, B.

La définition la plus fréquemment retenue du « peuple » dans la doctrine et la jurisprudence des États-Unis durant la période qui nous intéresse, est celle qu'a donnée Cicéron de ce terme dans son ouvrage *De la République*¹⁷², et qui sera reprise par Vattel dans son *Droit des gens*, d'après laquelle « un peuple n'est pas toute agrégation d'hommes formée de quelque manière que ce soit » mais désigne uniquement « une réunion cimentée par un pacte de justice et une communauté d'intérêts »¹⁷³. Vattel pour sa part définit les sujets du droit des gens comme « des corps politiques, des sociétés d'hommes unis ensemble pour procurer leur salut et leur avantage, à forces réunies »¹⁷⁴ : la définition, la Pr. Jouannet l'a bien vu, insiste sur la « nature institutionnalisée » des collectivités souveraines que sont les sujets du droit des gens¹⁷⁵, et correspond à l'acception philosophique moderne du peuple, défini comme « le statut unifié, c'est-à-dire proprement politique, d'une communauté, laquelle se distingue ainsi essentiellement de l'addition des individus ou des groupements partiels qui la composent »¹⁷⁶.

Kent¹⁷⁷, Wheaton¹⁷⁸, Halleck¹⁷⁹ ou encore Pomeroy¹⁸⁰, tous les internationalistes américains de la seconde moitié du XIXe siècle reprennent cette définition dans les

¹⁷² Pour l'affirmation de cette reprise par la doctrine américaine, voir MOORE, (J.B.), *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office 1906, vol.1, §3, p.14 : « The word state, as used in international law, has been variously defined. Most of the definitions of the publicists may, however, be traced back, in substance if not in form, to Cicero, who, in his *De Re Publica*, defines the “populus” as a numerous society united by a common sens of right and a mutual participation in advantages. In almost the same words, Grotius defined the state (*civitas*) as a perfect society of free men, united for the promotion of right and the common advantage. Pufendorf propounded the idea, which has been so generally adopted, of treating the state as moral person, endowed with a collective will ».

¹⁷³ CICERON, *La République* (~51 av. J.-C.), Paris, Les Belles Lettres 1989, t.1, livre I, §XXV, p.222.

¹⁷⁴ DG, vol.1, I, 1, §1, p.1

¹⁷⁵ JOUANNET, (E.), *Emer de Vattel...*, précité, p.255.

¹⁷⁶ KERVEGAN, (J.-F.), « Peuple » in RAYNAUD, (P.), RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire...*, précité, p.542.

¹⁷⁷ Kent ne propose pas de définition précise de l'État ou du « peuple », mais l'influence de Cicéron sur l'acception qu'il en retient implicitement est perceptible par les références qu'il fait à l'auteur de la *Res Publica* (KENT, (J.), *Commentaries...*, précité, vol.1, p.6) et par ses considérations relatives aux Nations indiennes : *id.*, vol.3, p.386.

¹⁷⁸ *Eléments (fr)...*, t.1, I, II, §2, p.29 : « Cicéron, et après lui les publicistes modernes ont défini un État en l'appelant un corps politique ou société d'hommes, unis ensemble pour assurer leur sûreté et avantage mutuels par leurs forces combinées ».

¹⁷⁹ HALLECK, (H.W.), *International Law...*, précité, Chap.III, §1, p.63 : Halleck ne cite pas explicitement Cicéron, mais reprend la même définition : « A state is a body politic, or society of men united together for mutual advantage and safety ».

¹⁸⁰ POMEROY, (J.N.), *Lectures on International Law...*, précité, p.46 : « Cicero defines a state substantially as follows : “a body politic or society of men united together for the purpose of promoting their mutual safety and advantage by their combined strength” ».

premiers chapitres de leurs ouvrages, consacrés à l'examen des critères nécessaires à la qualification d'une entité de « sujet du droit international ». En 1878, c'est la Cour Suprême qui rappelle que « Cicéron et les publicistes qui lui ont succédé définissent l'État comme un corps politique ou société d'hommes unis pour leur sécurité et leur avantages mutuels, à forces réunies »¹⁸¹. La notion de « peuple » désigne ainsi tout regroupement humain « qui ne constitue pas simplement une collection d'individus »¹⁸² mais une « communauté vivant sous ses propres lois »¹⁸³, qui pour cela forme une « personne morale, ayant un entendement et une volonté qui lui sont propres »¹⁸⁴. La doctrine et la pratique américaines font ainsi une référence constante à la nécessité d'une « association » formelle entre les individus du peuple pour caractériser l'existence de ce dernier : dans l'affaire *Chisholm v. Georgia*, le juge Wilson insiste sur cette importance de la « création d'une personne artificielle », qui ait « ses propres affaires et ses propres intérêts », qui ait « ses règles, ses droits, ses obligations » et qui, surtout, ait une existence juridique indépendante de ses membres : elle doit, par exemple, pouvoir « acquérir une propriété distincte de celle de ses membres »¹⁸⁵.

B. Existence d'un peuple politiquement organisé

L'existence d'un « peuple » ne saurait, cependant, suffire à elle seule pour identifier un « État » : c'est une affirmation souvent répétée dans la doctrine et la pratique politique américaines que *l'organisation juridique et politique* d'un peuple est une condition de la reconnaissance de droits ou d'obligations à son profit ou à sa charge : c'est cette organisation, *et plus particulièrement l'existence d'une forme de*

¹⁸¹ *Keith v. Clark* (1878), 97 U.S. 454, 460 : « Cicero and subsequent public jurists define a state to be a body political or society of men united together for the purpose of promoting their mutual safety and advantage by their combined strength ».

¹⁸² COHEN, (F.S.), « Indian Rights and the Federal Courts », *Minn. L. Rev.* vol.24, n°2 (1940), p.180.

¹⁸³ EVARTS, (J.), *Essays on the present crisis* ..., précité, p.21 : « The Cherokee then are a Nation ; and the best definition of a Nation is, that is a community living under its own laws » (souligné dans le texte). Voir aussi FRELINGHUYSEN, (T.), « Speech to the Senate of the United States, April 7 1830 » in *Speeches on the Passage of the Bill*..., précité, p.11, qui cite Vattel ; voir encore HUNTINGTON, (J.W.), « Speech to the U.S. House of Representatives, May 18, 1830 », *in id.*, p.184

¹⁸⁴ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 52-53 : « Such a society has its affairs and interests to manage; it deliberates, and takes resolutions in common, and thus becomes a moral person, having an understanding and a will peculiar to itself ».

¹⁸⁵ *Chisholm v. Georgia* (1793), 2 U.S. 419, 455 : « By a "state," I mean a complete body of free persons united together for their common benefit to enjoy peaceably what is their own and to do justice to others. It is an artificial person. It has its affairs and its interests; it has its rules; it has its rights; and it has its obligations. It may acquire property distinct from that of its members ».

gouvernement, qui permet à l’entité de jouir des droits et de répondre des obligations du droit des gens. Ainsi, selon cette opinion, un « peuple incapable de maintenir ses propres droits » est un peuple « dépendant et nécessiteux »¹⁸⁶ et ne peut voir ce qui devient sa « prétendue souveraineté » respectée. « Les tribus indiennes ne sont pas des Nations souveraines », écrira E.S. Parker, le commissaire aux affaires indiennes du Président U.S. Grant, « parce qu’elles n’ont *pas de gouvernement organisé avec suffisamment de force* pour garantir l’obéissance certaine de leur population aux traités »¹⁸⁷. La définition des sujets du droit des gens ajoute ainsi au critère communautaire, que nous venons d’exposer, un critère plus évidemment juridique car il tient à *la capacité* du peuple considéré de détenir des droits et obligations, capacité qui se manifesterait par l’institutionnalisation de l’existence politique. On ne saurait en effet, selon cette perspective, considérer qu’il suffit d’identifier un « corps politique » voire même simplement « un ensemble de personnes ayant en commun certains caractères qui les distinguent des autres hommes »¹⁸⁸, pour qualifier l’entité considérée de sujet : cette entité doit également être organisée de telle manière à répondre des obligations que sa qualité de sujet du droit des gens fera peser sur elle.

La pratique des États-Unis, dans la première moitié du XIXe siècle tout au moins, conduit cependant à nuancer considérablement cette opinion : la forme particulière d’organisation de certaines des entités constituées par des Indiens – qui confine parfois à l’inexistence de toute institutionnalisation – n’a pas été considérée, dans le cadre de cette définition objective de l’organisation politique, comme un obstacle à leur qualification de « sujet du droit des gens » (1) - quels qu’aient pu être, par ailleurs, les inconvénients d’une telle forme d’organisation (2). A la définition artificialiste et doctrinale du « peuple », exposée plus haut, correspond ainsi une pratique beaucoup plus lâche, où le « peuple » est une notion ethnique davantage que politique.

¹⁸⁶ LUMPKIN, (W.), *The Removal of the Cherokee Indians from Georgia*, New York, Dood, Mead & Company 1907, vol.2, p.194 : le Sénateur justifie les lois qu’il propose pour gouverner les Indiens de cette façon : « my legislation for a dependent and needy people—a people incapable of maintaining their own rights ».

¹⁸⁷ *Commission on Indian Affairs*, 1869, Serial 1414, p.448 : « tribes are not sovereign Nations for none of them have an organized government of such inherent strength as would secure a faithful obedience of its people to the observance of compacts of this character » (c’est nous qui soulignons).

¹⁸⁸ « Peuple » in CORNU, (G.), *Vocabulaire...*, précité, p.639.

1. Critères de l'organisation politique

Il est impossible de donner une description de la forme d'organisation politique des « Nations indiennes » qui vaudrait pour l'ensemble de ces entités : le continent nord-américain est, au début de l'histoire américaine, occupé par quelques six-cents « tribus », ayant chacune son « propre langage ou dialecte, son propre ensemble de croyances et de traditions, et sa propre forme de gouvernement »¹⁸⁹, si bien que toute tentative d'unification ne serait qu'une théorie erronée car ne pouvant correspondre aux faits¹⁹⁰. Les travaux des anthropologues du droit, rarement cités dans les ouvrages juridiques qui adoptent ce faisant un point de vue faussé¹⁹¹, permettent cependant de s'assurer qu'en dépit de l'extrême variété des formes d'organisation, celles-ci reposaient toujours sur une forme de gouvernement. C'est ce que démontre, par exemple, la comparaison des entités formées par les Cherokee d'une part, et les Comanches d'autre part : en dépit de deux modes très différents d'organisation, ces deux entités jouissent d'une organisation politique reconnue dans la pratique américaine.

Objet des réflexions de Marshall sur le statut politique et juridique des « Nations indiennes » dans les arrêts *Cherokee Nation* et *Worcester*, la Nation Cherokee est l'une de celles dont la forme d'organisation est la plus proche d'une forme occidentale. Si la première loi écrite, adoptée par les « Chefs et Guerriers assemblés en Conseil National » ne date que de 1808¹⁹², la Nation Cherokee demeure célèbre pour avoir adopté, en 1827, une constitution, destinée à « établir la Justice et assurer la tranquillité » du « peuple ». En son article 1, Section 2, cette constitution rappelle que « la souveraineté et la juridiction du gouvernement s'étendra sur tout le pays dans la limite des frontières

¹⁸⁹ O'BRIEN, (S.), *American Indian tribal Governments*, Norman, Oklahoma UP 1989, p.14.

¹⁹⁰ Le seul trait commun qui permette de regrouper ces entités est le rapport qu'elles entretiennent à la terre, chaque peuple considérant l'endroit où il vit comme participant de son identité propre : cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, B.

¹⁹¹ La critique est notamment formulée par HARRING, (S.L.), *Crow Dog's Case : American Indian Sovereignty, Tribal Law and United States Law in the Nineteenth Century*, New York, Cambridge UP 1994, p.10, note 22.

¹⁹² HARGRETT, (L.), *A Bibliography of the Constitutions and Laws of the American Indians*, Cambridge, Harbard UP 1947, p.4.

[définies par l'article 1,Section 1], les terres y étant situées demeurant la propriété commune de la Nation »¹⁹³. La constitution institue en outre trois pouvoirs – exécutif, législatif, et judiciaire¹⁹⁴ – dont les attributions et responsabilités sont modelées sur la constitution des États-Unis¹⁹⁵. On notera également que la dix-neuvième section de l'article 3 confère aux traités une valeur supérieure à toute autre loi¹⁹⁶. La constitution, quoiqu’elle ne fasse que reprendre une organisation existante dans les faits, la formalise ainsi sur un modèle très proche de celui de la constitution de 1789 : comme l’a noté McLoughlin, elle est une « version Cherokee » de la constitution fédérale¹⁹⁷.

Le contraste entre l’organisation Cherokee et celle des Comanches est saisissant : comme tous les « Indiens des plaines », le « trait marquant » de la « société politique » de ces derniers est son caractère « amorphe » : la tribu Comanche n’est rien d’autre qu’un « amas » de « bandes », dont l’unité provient d’une identité de « culture et de langue ». Selon l’anthropologue du droit E.A. Hoebel, à qui nous empruntons ces éléments de description, il semble ainsi qu’il n’existaient, à l’échelle de la tribu, « aucune machinerie institutionnelle » sous-tendant l’action politique - le premier souvenir que les Indiens Comanche aient de la première réunion d’un « Conseil National » étant celui qui

¹⁹³ *Constitution of the Cherokee Nation, made and established at a General Convention of Delegates, duly authorised for that Purpose, at New Echota, July 26, 1827*, Printed for the Cherokee Nation, at the Office of the Statesman and Patriot, Georgia, Milledgeville 1827, Article 1, Section 2 : « The sovereignty and jurisdiction of this Government shall extend over the country with in the boundaries above described, and the lands therein is and shall remain the common property of the Nation, but the improvements made thereon and in possession of the citizens of the Nation, are the exclusive and indefeasible property of the citizens respectively who made or may ».

¹⁹⁴ Article 2 : « The power of this Government shall be divided into three distinct departments, the legislative, Executive, and Judicial ».

¹⁹⁵ Le pouvoir exécutif est ainsi détenu par un « Chef Principal », dont la responsabilité peut être uniquement engagée par une procédure d'*impeachment*. Il est, comme c’était le cas aux États-Unis à l’origine, élu par le pouvoir législatif : voir Article 3, Section 23 : « The supreme execution power of this Nation, shall be vested in a principal chief who shall be chosen by the Genl. Council and shall hold his office four years to be elected as follows the Genl. Council by a joint vote shall at their second annual session after the rising of this convention and at every fourth annual session thereafter on the second day after the two houses shall be organized and competent to proceed to business elect a principal Chief » et Article 3, Section 20 : « The General Council shall have the sole power of deciding on the construction of all treaty stipulations -the Council shall have the sole power of impeaching ». Le Chef Principal est également doté d’un droit de véto : article 3, Section 30. Le pouvoir législatif est pour sa part organisé en deux chambres : Article 3, Section 1 : « The Legislative power shall be vested in two distinct branches, a Committee and a council each to have a negative on the other, and both to be stiled the General Council of the Cherokee Nation, and the style of their acts and laws shall be ».

¹⁹⁶ Article 3, Section 19 : « All acknowledged treaties shall be the Supreme law of the land ».

¹⁹⁷ McLOUGHLIN, (W.G.), *Cherokee Renascence in the New Republic*, Princeton, Princeton UP 1986, p.396.

s'est tenu pour la signature du traité Medicine Lodge, conclu en 1867¹⁹⁸ avec les États-Unis¹⁹⁹. Cette absence d'organisation politique formalisée ne signifie pas, cependant, que les Comanches n'aient connu aucune loi ni aucun gouvernement : un « chef de la paix » était chargé d'assurer la paix interne de la tribu²⁰⁰, les « chefs guerriers » de déclarer la guerre et de faire la paix – dont le caractère obligatoire n'était cependant effectif que si l'ensemble des bandes composant la tribu y avaient consenti²⁰¹ – et, enfin, en certaines périodes – notamment celle de la chasse – un groupe était investi du pouvoir de faire régner l'ordre au sein de la tribu, ce qui permet à Lowie d'affirmer que se manifestait ainsi, quoique temporairement, une forme primaire d'organisation de type étatique²⁰². On peut noter, enfin, que plusieurs interactions individuelles manifestaient l'existence de relations contractuelles, dans lesquelles Hoebel voit la preuve de la juridicité de ces relations²⁰³.

¹⁹⁸ « Treaty with the Kiowa, Comanche, and Apache, Oct.21, 1867 » *15 Stat. 589*.

¹⁹⁹ HOEBEL, (E.A.), *The Political Organization ...*, précité, p.11 : « There was no political unit which could be termed the Comanche tribe. The tribe was no more than a congeries of bands held together as a peace group by the bonds of common tongue and culture. There appears to have been no machinery for institutionalized political action on a tribal scale. It is the present belief of the Comanches that Echo of the Wolf's Howl convened the first tribal council of the Comanches in order to debate the problem of peace with the U.S. at the time of the proposal of the Medicine Lodge Treaty in 1867 ».

²⁰⁰ *Id.*, pp.18-19 : « Trusted and revered, he was the functioning balance wheel in band life. From all accounts, he was never officious. He knew how to be absent when he was not wanted, but there were times when his judicious words in a minor dispute could bring both parties to satisfaction. Judge he was not, but arbiter at times he seems to have been. In none of the litigational procedures recorded is his presence noted, but those will be seen to be almost without exception cases in which the rule of conduct was clear. It was rather in situations where the problem was a question of what *ought* to be done that the peace chief was important (...). The influence of the peace chief was limited to internal and civil matters only. No peace chief could stop a war party from taking the trail. Peace-making was the prerogative of war leaders ».

²⁰¹ *Id.*, p.35 : « The waging of war was a matter of individual initiative, but the making of peace was a prerogative only in the hands of the war chiefs. A war leader on a raid could make peace in behalf of his own authority. Such a peace, however, had no binding effect upon other members of the band and not at all upon the tribe. Band peace was made only upon unanimous consent of the warrior class ».

²⁰² LOWIE, (R.H.), *The Origin of the State*, New York, Russell & Russell 1962, p.104 : « (...) Everywhere the basic idea is that during the hunt a group is vested with the power forcibly to prevent premature attacks on the herd and to punish offenders by corporal punishment, by confiscation of the game illegally secured, by destruction of their property generally, and in extreme cases by killing them. In other words, for the brief period of the hunt the unchallenged supremacy of the police unified the entire population and created a state "towering immeasurably above single individuals", but which disappeared again as rapidly as it had come into being ».

²⁰³ HOEBEL, (E.A.), *The Political Organization ...*, précité, p.125 : « Rounding out the survey of situations of possible legal significance, attention must be given to the phenomenon of contract wherein a party or parties assumed a definite, but limited, obligation by virtue of agreement (...). Contract is a specific obligation undertaken at a specific time ; the contractual arrangement is ended when the obligation has been fulfilled. In addition to the transfer of medicine powers and the payment of goods to settle a grievance there were other contract situations involving the rendering of personal services. Of these the most usual was curing ; the next most important was the undertaking of responsibility to lead a revenge war party (...). In seeking a medicine man to perform a cure, there were certain solemn steps customarily followed. The proposal and acceptance followed an institutionalized pattern which marked

Or, la pratique des États-Unis le démontre : l’existence ou non d’une organisation formalisée, au sens américain et plus largement occidental, n’était pas un critère de capacité juridique du peuple considéré. En effet, les Comanches, dont nous venons de décrire l’absence d’organisation politique formalisée, furent parties, entre 1835 et 1867, à cinq traités. En outre, l’analyse de la dénomination des parties dans les autres traités signés par les États-Unis avec d’autres entités indiennes prouve également que l’absence d’institutionnalisation n’était pas un obstacle à leur reconnaissance comme sujet du droit des gens : en 1790, le traité signé avec la Nation Creek renvoie par exemple aux « Rois, chefs et guerriers » de cette dernière²⁰⁴, quand celui de 1816 conclu avec la Nation Cherokee évoque les « Rois et chefs de l’exécutif » de l’entité susmentionnée²⁰⁵. On peut également mentionner l’accord de 1832 passé entre les États-Unis et les Indiens Sauk et Foxes, dont la forme gouvernementale est décrite comme « confédérale », « représentée en Conseil par des Chefs, Chefs de l’exécutif, et guerriers »²⁰⁶. Ainsi, et comme le notait Frelinghuysen à propos des groupements indiens, « nous les considérons comme des Nations : nous respectons la forme de leurs gouvernements, *nous adaptons nos relations à leurs propres notions de la communauté politique* »²⁰⁷. À la lumière de cette pratique, le seul critère de la capacité juridique apparaît ainsi comme étant *celui de l’existence d’un ensemble d’individus constituant un groupe distinct* – ce dont témoigne, chez les Comanches, l’existence de ce « chef de la paix » dont le rôle était d’assurer la paix de l’ensemble – et capable d’entretenir des relations unifiées vers l’extérieur – rôle tenu par les « chefs de guerre ».

the occasion ceremonially as one of significance. In the first place, it was well to use a “political lawyer” to get the thing done (...). »

²⁰⁴ « Treaty with the Creek, Aug.7, 1790 », 7 Stat. 35, « *the undersigned Kings, Chiefs and, Warriors of the Creek Nation of Indians* ».

²⁰⁵ « Treaty with the Cherokee , Mar.22, 1816 », 7 Stat. 139 : « the undersigned Chiefs and Headmen of the Cherokee Nation, duly authorized and empowered by the said Nation ».

²⁰⁶ « Treaty with the Sauk and Foxes, Sept.21, 1832 », 7 Stat. 374 : « the confederated tribes of Sac and Fox Indians, represented, in general Council, by the undersigned Chiefs, Headmen and Warriors ».

²⁰⁷ FRELINGHUYSEN, (T.), « Speech to the Senate of the United States, Apr. 7, 1830 », *in Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.9 : « We regarded them as Nations (...) ; we respected their forms of government – we conformed our conduct to their notions of civil polity. We were aware of the potency of any edict that sprang from the deliberations of the council fire ; and when we desired lands, or peace, or alliances, to this source of power and energy, to this great lever of Indian government, we addressed our proposals » (c'est nous qui soulignons).

2. Conséquences de l'organisation tribale de certaines Nations indiennes

Si le terme de « tribu » peut être défini comme « un groupe social et politique fondé sur une parenté ethnique réelle ou supposée, chez les peuples à organisation primitive »²⁰⁸, alors l'organisation des Comanches, décrite ci-dessus, correspond à cette définition. La conséquence de cette forme d'organisation n'a pas été l'exclusion des Comanches du rang des titulaires possibles de la souveraineté territoriale, ni des autres entités organisées de manière similaire : caractéristique des « Indiens des plaines », l'organisation tribale est celle de nombreuses autres entités reconnues par les États-Unis comme « Nation » et dès lors partie à des traités²⁰⁹ – La remarque de Frelinghuysen, citée plus haut, trouve une confirmation directe dans les traités concernés, puisque ceux-ci ont généralement été signés par un très grand nombre de membres de la tribu : un traité signé en 1835 avec les Comanches « et leurs bandes associées » ne compte pas moins de 187 signataires²¹⁰ - ce qui a conduit certains acteurs des négociations de ces traités à voir dans ces tribus, ainsi que nous le notions en introduction, de « pures démocraties »²¹¹.

La faible institutionnalisation de l'organisation interne de certaines entités indiennes n'est pas, cependant, sans conséquences du point de vue du droit international.

²⁰⁸ « Tribu » in *Le Petit Robert*.

²⁰⁹ Parmi lesquels on compte généralement, outre la tribu Comanche, les tribus Cheyenne, Nez Perces ou Osage, toutes parties à des traités de frontière ou de cession de titre territorial avec les États-Unis : voir par exemple « Treaty with the Arapaho and Cheyenne, Feb. 15, 1861 », 12 *Stat.* 1163, Article 1 : « The said chiefs and delegates of said Arapahoe and Cheyenne tribes of Indians do hereby cede and relinquish to the United States all lands now owned, possessed, or claimed by them, wherever situated, except a tract to be reserved for the use of said tribes located within the following described boundaries, to wit » ; « Treaty with the Nez Perces, June 11, 1855 », 12 *Stat.* 957, article 1 : « The said Nez Percé tribe of Indians hereby cede, relinquish and convey to the United States all their right, title, and interest in and to the country occupied or claimed by them, bounded and described as follows, to wit: » ; « Treaty with the Osage, Nov. 10, 1808 », 7 *Stat.* 107, article 7 : « And it is mutually agreed by the contracting parties, that the boundary lines hereby established, shall be run and marked at the expense of the United States, as soon as circumstances or their convenience will permit; and the Great and Little Osage promise to depute two chiefs from each of their respective Nations, to accompany the commissioner, or commissioners who may be appointed on the part of the United States, to settle and adjust the said boundary line ».

²¹⁰ « Treaty with the Comanche, etc., Aug. 24, 1835 », 7 *Stat.* 474.

²¹¹ *Senate Doc.* N°72, 20-2, serial 181, p.18.

Quoiqu’elle n’exclue pas la sujexion de ces entités au droit des gens, elle pose la question de la représentation de la tribu par les signataires du traité, et du respect des dispositions de ce dernier. Le Pr. Prucha a bien montré que le fait de considérer comme souverain un peuple non organisé politiquement conduisait, comme ce fut le cas aux États-Unis concernant plusieurs tribus indiennes, à se demander « avec qui » conduire les négociations nécessaires à la conclusion des traités – et avec qui signer ces derniers : un certain nombre de tribus « n’avaient pas de gouvernement aussi formalisé que les commissaires l’auraient souhaité »²¹² : l’imprécision des structures gouvernementales – comme c’était souvent le cas avec les entités indiennes du nord²¹³ – obligeait à se demander « quel était le pouvoir ou l’autorité d’un chef de village, combien de temps elle durerait et quand elle cesserait » ou encore « quel pouvoir avait un chef tribal, et quelle était la différence entre un chef de paix et un chef de guerre »²¹⁴. Ainsi, par exemple, le diplomate américain chargé de négocier un traité en 1827 avec les Chippewas, Menominees et Winnebagos devait-il affirmer aux seconds, dès le début des négociations, qu’il se trouvait « dans une situation difficile » car « il n’est personne à qui [il pouvait] s’adresser en tant que tête de la Nation » et qu’il était nécessaire, « pour que quelque chose se passe », qu’une « personne autorisée par la Nation » serve d’interlocuteur²¹⁵. Les instructions données par le Sénat aux commissaires américains chargés de la négociation des traités – et dont le respect conditionnait la ratification de ces derniers²¹⁶ – prouve l’importance de cette question de la représentation, signe de l’existence d’une organisation politique manifestant une personne morale dotée d’une volonté propre : en vue de la signature du premier traité avec les Nations indiennes après l’adoption de la constitution Fédérale, le Sénat adressa aux trois commissaires la consigne de « négocier et établir la paix entre l’État de Géorgie et la Nation Creek. *La*

²¹² PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, p.142.

²¹³ Voir *Senate Doc.*, n°72, 20-2, serial 181, p.22 : « The southern tribes’ political organization differs materially from that of the Northern and Western tribes. With the former, power is in the hands of few, with the latter, of many ».

²¹⁴ PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, pp.212-212.

²¹⁵ *Treaty Journal*, Documents (T494), roll 2, frames 7-8 cité par PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, p.142 : « Cass told the Menominees that they were in “a bad situation with respect to their chiefs. There is no one to whom we can talk as head of the Nation. If any thing happens, we want some person who has authority in the Nation to whom we can look” ».

²¹⁶ HAYDEN, (R.), *The Senate and Treaties, 1789 - 1817. The Development of the Treaty-Making functions of the United States Senate during their Formative Period*, New York, The Macmillan Company 1920, p.12.

totalité de la Nation doit être représentée » insiste le texte, qui ajoute que cela « doit être solennellement reconnu par les Creeks eux-mêmes »²¹⁷.

C. Exclusion du « territoire » comme élément constitutif de l'État

Selon une partie de la doctrine américaine – dont l'arrêt *Worcester v. Georgia* marque, en 1832, la consécration – la souveraineté sur un territoire dépend ainsi des qualités intrinsèques d'une entité²¹⁸ : c'est sur la base de ces critères - « les termes d' "État" et de "Nation" sont usités dans le droit des gens comme dans le vocabulaire courant pour désigner un corps d'hommes, dont l'union est le moyen de satisfaire leur sécurité et leurs avantages mutuels »²¹⁹ - que le Juge Johnson dans son opinion sur l'affaire *Cherokee Nation v. Georgia*, relative à la validité de l'extension des lois de l'État de Géorgie sur le territoire Cherokee, devait juger qu'« il n'est pas possible d'échapper à la conclusion [que les Cherokee] forment un État souverain »,

²¹⁷ A.S.P.I.A., vol.1, p.65 : « The first great object of your mission is to negotiate and establish peace between the State of Georgia and the Creek Nation. *The whole Nation must be fully represented, and solemnly acknowledged to be so by the Creeks themselves* » (c'est nous qui soulignons). L'examen de cette question démontre que, dans la pratique, les négociateurs n'ont pas toujours respecté ce type de recommandation : l'exemple le plus célèbre est fourni par le traité signé en 1834 « avec quelques chefs sélectionnés » par le gouvernement américain parmi les Cherokee, le Président Jackson reconnaissant devant le Sénat des États-Unis que « la pratique du gouvernement quant à l'autorité des personnes qui ont négocié le traité au nom des Indiens n'a pas été très stricte », les négociations ayant été menée « parfois avec des personnes représentant la tribu, parfois avec des individus la composant » : voir « Message to the Senate of the United States, June 23, 1834 », *Senate Ex. Proc.* 23rd Cong., 1st Sess., p.424 : « The practice of the government has not been very strict on the subject of the authority of the persons negotiating treaties on the part of the Indians. Sometimes it has been done by persons representing the tribe and sometimes by the individuals composing it ». Les Cherokee ont protesté : voir le « Memorial and Protest of the Cherokee Nation, March 8, 1836 », *U.S. Serial Set*, 24th Cong., 1st Sess., Executive Document n°286, pp.1-2 : « An instrument purporting to be a treaty with the Cherokee people, has recently been made public by the President of the United States, that will have such an operation, if carried into effect. This instrument, the delegation avert before the civilized world, and in the presence of Almighty God, is fraudulent, false upon its face, made by unauthorized individuals, without the sanction, and against the wishes, of the great body of the Cherokee people ». Le texte complet du mémoire est reproduit en Annexe.

²¹⁸ Voir BURKET, (J.C), « The Cherokee Cases : a Study in Law, Politics, and Morality », *Stan. L. Rev.* vol.21 (1968-1969), p.515 : « (...) a majority of the Justices did regard this tribe "as a distinct political society separated from others, capable of managing its own affairs and governing itself" and retaining an "unquestionable" right to its lands ».

²¹⁹ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 52 : « The terms "state" and "Nation" are used in the law of Nations, as well as in common parlance, as importing the same thing, and imply a body of men, united together to procure their mutual safety and advantage by means of their union ». On ne peut, à la lecture de ce passage, qu'être surpris de l'affirmation du Pr. Rigaux, d'après laquelle « Ni le Chief Justice Marshall ni le juge Story qui a siégé dans les trois affaires rapportées ne sauraient admettre un instant que les Cherokees ni aucune autre Nation indienne sont des sujets du droit international » : RIGAUX, (F.), « L'autorité du juge constitutionnel... », précité, p.414.

c'est-à-dire une entité qui ne peut être soumise à d'autres lois – telles que celles de la Géorgie – que celles qu'elle a choisies²²⁰.

Aussi, dès lors qu'il est établi que les entités formées par les Indiens sont régies par leurs « propres lois, usages et coutumes », et que leurs membres ne forment pas une partie de la population des États-Unis – « la population des États-Unis fait l'objet d'un recensement régulier » note ainsi Robbins, avant de rappeler que jamais les « Nations indiennes » n'ont été intégrées à ce recensement²²¹ – il est possible de conclure à leur caractère de sujet du droit des gens²²². Que ces entités soient nommées « État », « Nation », ou « tribu » importe peu : elles sont des « communautés politiques », élément déterminant dans cette perspective²²³.

Mais peu importe également, dès lors, la nature du rapport que cette communauté entretient au sol. Le titre territorial de cette entité dépend ici uniquement de ce qu'elle réunit les qualités attendues pour être qualifiée d' « État ». Qu'elle n'ait pas de « territoire fixe » et/ou qu'elle ne cultive pas le sol – un argument que certains avanceront, aidés en cela par la philosophie lockéenne, pour justifier l'absence de titre territorial des Nations indiennes²²⁴ - est indifférent. *Le droit au territoire dans cette perspective n'est que le réflexe, la conséquence, de la condition politique d'une entité.*

Si la précision est importante, c'est qu'à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, sous l'influence de Wheaton et de ses *Elements of International Law*²²⁵, la

²²⁰ 30 U.S. 1, 53 : « Testing the character and condition of the Cherokee Indians by these rules, it is not perceived how it is possible to escape the conclusion that they form a sovereign state »

²²¹ ROBBINS, (A.), « Speech to the Senate of the United States, Apr.21, 180 » in *Speeches on the Passage of the Bill.....*, pp.73-74.

²²² *Id.*, 30 U.S. 1, 53 : « Testing the character and condition of the Cherokee Indians by these rules, it is not perceived how it is possible to escape the conclusion that they form a sovereign state. They have always been dealt with as such by the Government of the United States, both before and since the adoption of the present Constitution. They have been admitted and treated as a people governed solely and exclusively by their own laws, usages, and customs within their own territory, claiming and exercising exclusive dominion over the same, yielding up by treaty, from time to time, portions of their land, but still claiming absolute sovereignty and self-government over what remained unsold ».

²²³ SPRAGUE, (P.), « Speech to the Senate of the United States, Apr.16, 1830 » in *Speeches on the Passage of the Bill....*, précité, p.44 : « Sir, no one proposes to create a New State but to continue and old tribe, or State, if you so please to denominate it. It is to keep faith with a political community more ancient than Georgia herself ; it is to preserve, not to form anew » (souligné dans le texte).

²²⁴ *Infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

²²⁵ Cette influence a notamment été relevée par REEVES, (J.S.), « The First American Treatise on International Law », A.J.I.L. vol.31, n°4 (1937), p.702 : « After a century, American scholars are proud

définition doctrinale des sujets du droit international acquiert un sens nouveau, notamment parce qu’elle distingue expressément le « peuple » de l’« État », le second terme désignant « quelque chose de plus » que le premier. C’est ainsi que l’internationaliste américain, rappelant comme nous l’avons vu que « les publicistes modernes ont défini un État en l’appelant un corps politique ou société d’hommes, unis ensemble pour assurer leur sûreté et avantage mutuels par leurs forces combinées »²²⁶, précise que cette définition « ne peut être considérée comme exacte qu’en la modifiant »²²⁷ *par l’ajout d’un critère de territorialité*²²⁸. Pomeroy adresse aux publicistes modernes la même critique, et complète sa définition des sujets du droit international par celle de l’anglais Phillimore, d’après laquelle « un État ($\delta\eta\muo\varsigma$, *civitas*, volk) 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 »²²⁹. Wheaton et Halleck ajoutent, enfin, que l’État ne saurait nécessairement se confondre avec le peuple ou la Nation, le premier « pouvant être composé de différentes races d’hommes, toutes assujetties à la même autorité suprême »²³⁰. Cette définition est, à la fin du XIXe siècle bien ancrée dans la doctrine internationaliste : en 1905, Oppenheim écrit qu’ « un État existe dès lors qu’un peuple *est établi dans un pays* et possède son

to bear witness to the value and importance of the contribution to the literature of international law made by their countryman, Henry Wheaton, who interpreted European thought to Americans and gave to Europe the best which American thought Produced » ; POLLOCK, (F.), « Introduction », *Elements of international law...*, précité (5e édition), p. xlii ; et, de manière générale, DELABIE, (L.), *Les approches américaines...*, précité, pp.36-37. L’influence de Wheaton a en outre été facilitée par la publication d’une version française, rédigée par l’auteur, de ses *Elements...*, et par la parution en 1868 des *Commentaires* de Lawrence : LAWRENCE, (W.B.), *Commentaires sur les Eléments du droit international*, Leipzig, F.A.Brockhaus 1868, 2 vols. Voir notamment la « Notice sur la carrière diplomatique de Henry Wheaton », t.1, p.1 où Lawrence note que les *Eléments du droit international* ont « remplacé », dans les « cabinets et les universités de la chrétienté », « l’élégant traité de Vattel ».

²²⁶ *Eléments (fr)...*, t.1, I, II, §2, p.29.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.* : « 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 ».

²²⁹ POMEROY, (J.N.), *Lectures on International Law in Time of Peace*, Boston, New York, Houghton, Mifflin and Company, The Riverside Press 1886, pp.46-47. Pour la définition de Phillimore, voir PHILLIMORE, (R.), *Commentaries upon International Law*, Philadelphia, T & J. W.Johnson, Law Booksellers 1854, vol.1, p.94.

²³⁰ HALLECK, (H.W.), *International Law, or Rules regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco, H.H.Bancroft & Company 1861, p.64 : « A state is distinguishable from a Nation or a people, since the former may be composed of different races of men, all subject to the same supreme authority ». Voir aussi WHEATON, (H.), *Eléments (fr)...*, t.1, I, II, §2, p.30.

propre gouvernement souverain »²³¹ - et cette acception est aujourd’hui la norme doctrinale et jurisprudentielle²³².

Rien pourtant, dans la pratique et la doctrine des États-Unis au cours du XIXe siècle, ne vient corroborer cette définition de la doctrine internationaliste. S'il est possible, comme l'a noté Bassett, de remarquer que « les juristes [anglo-américains des XVIIIe et XIXe siècles], de même que leurs concitoyens, étaient convaincus que l'autochtone américain était un nomade païen, un cueilleur et chasseur errant, divaguant sur des terres vacantes et inoccupées »²³³ - Adams²³⁴, Jefferson²³⁵, ou encore Monroe²³⁶

²³¹ OPPENHEIM, (L.), *International Law...*, précité, p.100 : « A state proper (...) is in existence when a people is settled in a country under its own Sovereign Government ».

²³² Les références sont évidemment très nombreuses. Voir par exemple DAILLER, (P.) ; FORTEAU, (M.) ; PELLET, (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ 2009, « Section 1 – Les éléments constitutifs de l'État ; §2 – Un territoire », p.454. Il n'est ainsi pas surprenant de lire aujourd'hui que « sur le plan de l'existence de l'État », le territoire a un « caractère nécessaire » : ZABALZA, (A.), *La Terre et le Droit*, Bordeaux, Editions Bière 2007, p.169. Pour la jurisprudence, voir, généralement cité et cité par les auteurs ci-dessus, Commission d'Arbitrage pour la paix en Yougoslavie, avis n°1 du 29 novembre 1991, *R.G.D.I.P.* 1992, p.264 : « L'État est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé ». L'une des critiques les plus efficaces de la théorie du territoire comme élément constitutif de l'État est celle qu'a proposé, dès le début du XXe siècle, Donati : voir DONATI, (D.), *Stato e territorio*, Roma, Athenaeum 1924, not. pp.28-42.

²³³ BASSETT, (W.W.), « The Myth of the Nomad in Property Law », *Journal of Law and Religion*, vol.4, n°1 (1986), p.134. Pour le développement de cet argument, et de son lien avec l'acquisition d'un titre par occupation, cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²³⁴ Voir par exemple ADAMS, (J.Q.), *An Oration, delivered at Plymouth, December 22, 1802*, Boston, Russel and Cutler 1802, pp.22-25 : « Shall he forbid the wilderness to blossom like the rose? Shall he forbid the oaks of the forest to fall before the ax of industry and rise again transformed into the habitations of ease and elegance? Shall he doom an immense region of the globe to perpetual desolation, and to hear the howlings of the tiger and the wolf silence forever the voice of human gladness? Shall the fields and the valleys which a beneficent God has framed to teem with the life of innumerable multitudes be condemned to everlasting barrenness? Shall the mighty rivers, poured out by the hands of nature as channels of communication between numerous Nations, roll their waters in sullen silence and eternal solitude to the deep? Have hundreds of commodious harbors, a thousand leagues of coast, and a boundless ocean been spread in the front of this land, and shall every purpose of utility to which they could apply be prohibited by the tenant of the woods ? ».

²³⁵ Voir par exemple JEFFERSON, (T.), « Inaugural Address, March 4, 1805 » in BERGH, (A.E.), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson...*, précité, vol.3, p.378 : « The aboriginal inhabitants of these countries I have regarded with the commiseration their history inspires. Endowed with the faculties and the rights of men, breathing an ardent love of liberty and independence, and occupying a country which left them no desire but to be undisturbed, the stream of overflowing population from other regions directed itself on these shores. Without power to divert or habits to contend against, they have been overwhelmed by the current or driven before it. Now reduced within limits too narrow for the hunter's state, humanity enjoins us to teach them agriculture and the domestic arts, to encourage them to that industry which alone can enable them to maintain their place in existence and to prepare them in time for that state of society which to bodily comforts adds the improvement of the mind and morals ».

²³⁶ Voir par exemple MONROE, (J.), « Special Message to the Congress, Dec.2, 1817 », *House Journal, 15th Cong., 1st. Sess.*, pp.13-14 : « The hunter state can exist only in the vast uncultivated desert. It yields to the more dense and compact form and greater force of civilized population, and of right it ought to yield, for the earth was given to mankind to support the greatest number of which it is capable, and no

figurant sans doute parmi leurs plus illustres représentants – cet argument ne sert pas, comme ce sera le cas dans la doctrine internationaliste postérieure, à exclure les communautés indiennes du rang des sujets du droit des gens, mais – et pour certains seulement – à refuser de reconnaître à ces dernières des droits sur le sol qu’elles occupent²³⁷. *Aucun arrêt de la Cour Suprême ne lie ainsi à l’absence de nomadisme la qualité de sujet du droit des gens* : à l’inverse, le juge Marshall dans l’arrêt *Johnson v. McIntosh*, rendu en 1823 et dont on a pu écrire qu’il a fourni à l’ensemble du monde occidental un discours rationnel sur la question des droits des peuples indigènes²³⁸, écrivait expressément qu’il ne se « pencherait pas » sur la question des conséquences juridiques de la qualité de « chasseur » des Nations indiennes, qualité qui, en tout état de cause, n’empêchait pas Marshall de reconnaître que ces dernières étaient les « occupants en droit du sol, disposant d’une revendication fondée en droit et en Justice d’en retenir la possession et de l’utiliser à leur discrétion »²³⁹.

Le juge Thompson a magistralement exposé cet argument dans son opinion sur l’affaire *Cherokee Nation v. Georgia*, en notant à propos des entités formées par les Indiens que « c’est leur condition politique qui constitue leur caractère étranger » ajoutant que « cela n’a rien à voir avec leur position locale, géographique ou territoriale », et précisant enfin que « c’est la nature de la relation politique entre un gouvernement ou un pays et celui d’un autre qui constitue son caractère étranger. Que le territoire Cherokee soit inclus dans les limites de la Géorgie ne change rien à la question. Quand on parle de la Géorgie comme d’un État, c’est à son caractère

tribe or people have a right to withhold from the wants of others more than is necessary for their own support and comfort ».

²³⁷ Sur ce point important, cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²³⁸ WILLIAMS, (R.A.), *The American Indians in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, New York, Oxford, Oxford UP 1990, p.289 : « ...Chief Justice John Marshall’s influential discourse of conquest in *Johnson v. McIntosh* provided Western legal thought and discourse with its single most important textual interpretation of the law governing the rights of indigenous tribal peoples in the territories they occupied. Marshall’s influential discourse of conquest in *Johnson*, accepted as the settled law on indigenous peoples’ rights and status in all the European-derived settler-colonialist states of the West, merely provided a *post hoc* rationalization for the Revolutionary-era political compromise on the frontier lands question ».

²³⁹ *Johnson & Graham’s Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 574 : « They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion ». Cet arrêt fait l’objet d’une étude approfondie *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

politique que l'on fait référence, et non à ses frontières »²⁴⁰. Le critère territorial n'est ainsi pas considéré comme un critère d'identification d'une communauté humaine : ce n'est qu'un élément « annexe », une « vicissitude » qui ne participe pas à l'essence de l'« étaticité »²⁴¹. La Cour Suprême reprendra cet argument en 1884, dans son arrêt *Elk v. Wilkins*, où elle juge que « les tribus indiennes », quoique situées « dans les limites des États-Unis » sont des « Nations étrangères, des communautés politiques distinctes »²⁴². L'identification d'un groupe humain sujet du droit des gens sur un critère purement communautaire, et non territorial, permet ainsi de comprendre que « les Nations indiennes, quoique situées dans un État, ne font pas partie de sa population »²⁴³, et

²⁴⁰ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 55 : « it is their political condition that constitutes their foreign character, and in that sense must the term "foreign" be understood as used in the Constitution. It can have no relation to local, geographical, or territorial position. It cannot mean a country beyond sea. Mexico or Canada is certainly to be considered a foreign country in reference to the United States. It is the political relation in which one government or country stands to another which constitutes it foreign to the other. The Cherokee territory being within the chartered limits of Georgia does not affect the question. When Georgia is spoken of as a State, reference is had to its political character, and not to boundary, and it is not perceived that any absurdity or inconsistency grows out of the circumstance that the jurisdiction and territory of the State of Georgia surround or extend on every side of the Cherokee territory. It may be inconvenient to the State, and very desirable that the Cherokees should be removed, but it does not at all affect the political relation between Georgia and those Indians ». On notera cependant, et c'est un point important, que la Cour Suprême *n'a pas* suivi cette opinion, et a refusé – sans paraître toutefois très convaincue – de reconnaître aux Nations indiennes la qualité de « Nation étrangère » : *Id.* 30, U.S. 1, 2 : « It may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign Nations ». Ce refus n'est pas pour autant une absence de reconnaissance de la qualité de « Nation » de ces entités : l'¹ « étranger » ici a pour seul fonction de fonder ou non la compétence de la Cour. Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²⁴¹ Ainsi que le fait remarquer Webster : « The name of a body politic, whatever the name may be, can have nothing to do with the extent of the territory subject to the body politic, which depends on the vicissitudes of its affairs » : voir SHIPMAN, (P.R.), « Webster on Territories », *Yale L.J.*, vol.9, n°5 (1900), p.188. Dans le même sens, voir CRANE, (R.T.), *The State in Constitutional and International Law*, Baltimore, The Johns Hopkins Press 1907, p.69 : « international law arbitrarily conditions its enjoyment upon the possession of a territory, but that condition is not an inherent necessity. It must be concluded, therefore, that territory is another occasional element that is found in the Nation without being found in all political communities ».

²⁴² *Elk v. Wilkins* (1884), 112 U.S. 94, 99 : « The Indian tribes, being within the territorial limits of the United States, were not, strictly speaking, foreign states, but they were alien Nations, distinct political communities ».

²⁴³ ROBBINS, (A.), « Speech to the Senate of the United States, Apr.21, 1830 » in *Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.74. Voir aussi la lettre de J.Monroe à J.Madison du 15 Nov. 1784, in HAMILTON, (S.M.), (ed.), *The Writings of James Monroe, including a Collection of his Public and Private Papers and Correspondence now for the First Time printed*, New York, G.P.Putnam's Sons 1898, vol.1, pp.46-47 : « The questions which appear to me to arise upon the subjects of variance are 1. whether these Indians are to be consider'd as members of the State of New York, or whether the living simply within the bounds of a State, in the exclusion only of an European power, while they acknowledge no obedience to its laws but hold a country over which they do not extend, nor enjoy the protection nor any of the rights of citizenship within it, is a situation which will even in the most qualified sense, admit their being held as members of a State? » et la réponse de Madison : « By Indian[s] not members of a State, must be meant those, I conceive who do not live within the body of the

qu'elles bénéficient de la souveraineté reconnue par le droit des gens à toute communauté humaine : ce fut l'objet même de l'arrêt *Worcester* que de consacrer cette position²⁴⁴.

Il faut attendre la toute fin du XIXe siècle pour que nomadisme supposé²⁴⁵ et qualité d'État soient considérés comme antinomiques – ainsi, par exemple, dans ce débat au Congrès en 1869, où l'on peut lire que « ces bandes d'Indiens errants sont à présent si faibles, qu'ils ne peuvent plus être considérés comme des Nations indépendantes » ou encore sous la plume de Whipple qui écrit en 1864 dans la *North American Review* que « reconnaître une tribu nomade comme une Nation souveraine et indépendante », c'est « traiter comme une Nation indépendante un peuple qui n'a pas un seul des éléments nécessaires à l'existence souveraine »²⁴⁶ – mais l'argument joue un rôle marginal dans l'adoption, en 1871, d'une loi par laquelle la qualification des entités indiennes de « Nation » est définitivement écartée²⁴⁷. La Cour dans l'affaire *Texas v. White* n'avait-elle pas, en 1868 encore, affirmé, comme nous l'avons rappelé plus haut, que le terme d'État désigne « un peuple habitant *de manière permanente ou temporaire* un pays »²⁴⁸ ?

Society, or whose Persons or property form no objects of its laws » in HUNT, (G.), *The Writings of James Madison...*, précité, vol.2, p.91.

²⁴⁴ *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 590 : « The residence of Indians, governed by their own laws, within the limits of a State has never been deemed incompatible with State sovereignty, until recently. And yet, this has been the condition of many distinct tribes of Indians since the foundation of the Federal Government ».

²⁴⁵ Sur la véracité de l'affirmation voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2 et, de manière générale BASSETT, (W.W.), « The Myth of the Nomad in Property Law », précité et BANNER, (S.), *How the Indians lost their land. Law and Power on the Frontier*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard UP 2005, pp.150-190.

²⁴⁶ WHIPPLE, (H.B.), « The Indian System », *North American Review*, vol.99, n°205 (1864), p.450 : « We recognize a wandering tribe as an independent and sovereign Nation. We send ambassadors to make a treaty as with our equals, knowing that every provision of that treaty will be our own, that those with whom we make it cannot compel us to observe it, that they are to live within our territory, yet not subject to our laws, that they have no government of their own, and are to receive none from us; in a word, we treat as an independent Nation a people whom we will not permit to exercise one single element of that sovereign power which is necessary to a Nation's existence ».

²⁴⁷ « Act of March 8, 1871 », 16 Stat. 566 : « Provided, that hereafter 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 ».

²⁴⁸ *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 » (c'est nous qui soulignons).

De même qu’un « État de nomade » est, selon la conception américaine de l’État telle qu’elle prévaut dans cette frange de la doctrine et de la pratique, tout à fait concevable²⁴⁹, un « État de chasseur » l’est tout également, et corrélativement : il suffit pour s’en convaincre de consulter le recueil d’articles que J.Everts, avocat bostonien, a consacré à la question à la fin des années 1820²⁵⁰.

« Les tribus indiennes, qui résident à notre voisinage en tant que communautés séparées des blancs », s’interroge Evarts au début du recueil, « ont-elles un titre permanent au territoire qu’elles ont hérité de leurs ancêtres, qu’elles n’ont jamais abandonné ni vendu, et qu’elles occupent à présent ? »²⁵¹. Sa réponse démontre que l’existence d’un « titre permanent » est indifférente à l’utilisation de l’espace concerné : la qualification juridique du titre Indien de « titre permanent au territoire » découle pour Evarts de ce que ce titre, n’a, d’une part, « aucune limitation de temps, ni ne comporte aucune disposition quant à la possibilité qu’il s’affaiblisse au cours des années »²⁵² ; et est constitutif, d’autre part, d’un intérêt complet au territoire car, « puisque les Indiens vivent principalement de la chasse, il est normal de désigner leur pays par la phrase “terrain de chasse”, et cela est une appellation tout aussi valable, du point de vue de la validité du titre, que n’importe quelle autre phrase qui aurait pu être choisie. Elle contient l’idée de propriété, et celle d’usage permanent »²⁵³. Le Sénateur Frelinghuysen abonde dans le même sens lorsqu’il démontre, dans un discours de 1830, que le titre

²⁴⁹ Cette conception de l’État est, en cela, proche de celle qu’en proposera...Kelsen. Voir KELSEN, (H.), « Aperçu d’une théorie générale de l’État », *R.D.P.* n°43 (1926), p.591 : « Toutes les caractéristiques de l’organisation étatique peuvent se rencontrer aussi bien chez les ‘peuples migrants’, c'est-à-dire quand même les limites du territoire pour lequel vaut l’ordre étatique se déplacent, peu à peu ou soudain ». Cette caractéristique de la théorie kelsienne de l’État a notamment été relevée par BEAUD, (O.), « La notion d’État », *A.P.D.* t.35 (1990), p.129. La relativité de l’association État / territoire fixe est également mise en avant par JELLINEK, (G.), *L’État moderne*..., précité, vol.2, p.18 : « La nécessité d’un territoire délimité pour l’existence de l’État n'a été reconnue que de nos jours. L’ancien enseignement de la science politique conçoit l’État comme un groupement de citoyens dont l’identité n'est pas liée à la résidence des dits citoyens. Aucune des définitions de l’État que nous a transmises l’Antiquité ne mentionne le territoire ». Voir aussi p.32 : « Aux yeux des partisans du Droit naturel, l’État (...) n'était qu'un groupe de personnes ; dans aucune des définitions connues de l’État de Bodin à Kant, il n'est fait mention du territoire (...) ».

²⁵⁰ EVARTS, (J.), *Essays on the Present Crisis*..., précité, 113 p.

²⁵¹ *Id.*, p.6 : « Have the Indian tribes, residing as separate communities in the neighborhood of the whites *a permanent title to the territory, which they inherited from their fathers, which they have neither forfeited nor sold, and which they now occupied ?* » (c'est nous qui soulignons).

²⁵² *Id.*, p.17 : « it has no limitation of time, nor is there the slightest intimation that it was to become weaker by the lapse of years » (c'est nous qui soulignons).

²⁵³ *Ibid.* : « as the Indians gained their principal support by hunting, it was natural to designate their country by the phrase ‘hunting grounds’, and this is as good a designation, in regard to the validity of a title, as any other phrase that could be chosen. *It contains the idea of property, and has superadded the idea of constant use* » (c'est nous qui soulignons).

Indien est indépendant de celui des États-Unis parce qu' « à la lumière du droit naturel », il n'y a aucune raison « de distinguer quant au mode de détention » d'une terre²⁵⁴.

Il suffit par conséquent, selon cette perspective, « qu'une tribu existe et demeure en possession de ses terres » pour que « son titre et sa possession so[ie]nt souverains et exclusifs » et qu' « aucune autorité » ne puisse alors, « pénétrer sur ses terres, pour quelque but que ce soit, sans son consentement »²⁵⁵. Soutenue par l'*attorney general* des États-Unis en 1821, reprise par l'une des monographies consacrées à la question à la fin du XVIIIe siècle²⁵⁶, cette opinion n'est que la formulation officielle et théorisée de la

²⁵⁴ « Speech to the Senate, Apr.30, 1830 », *Reg. Deb. (Senate), 21st Cong., 1st Sess.*, p.313 : « for a distinction (...) in the mode of enjoying that which is my own (...). If I use it for hunting, may another take it because he needs it for agriculture ? ». Voir, dans le même sens, l'argument d'Adams, avocat de Peck dans l'affaire *Fletcher v. Peck*, (1810), 10 U.S. 87, 121 : « What is the Indian title? It is a mere occupancy for the purpose of hunting. It is not like our tenures; they have no idea of a title to the soil itself. It is overrun by them, rather than inhabited. It is not a true and legal possession. Vattel, b. 1. § 81. p. 37. and § 209. b. 2. § 97. Montesquieu, b. 18. c. 12. Smith's Wealth of Nations, b. 5. c. 1. It is a right not to be transferred but extinguished. It a right regulated by treaties, not by deeds of conveyance. It depends upon the law of Nations, not upon municipal right ». Il faut noter qu'une telle interprétation de l'origine du titre Indien était également celle des autochtones eux-mêmes. Voir WEEKS, (P.C.) *The United States and the Search for the Solution to the "Indian Problem"*, Ph.D. Thesis, Case Western University 1989, p.192 : cite le Chef des Nez-Percés : « The country was made without lines of demarcation, and it is no man's business to divide it...Perhaps you think the Creator sent you here to dispose of us as you might be induced to think you had a right to dispose of me. Do not misunderstand me, but understand me fully with reference to my affection for the land. I never said the land was mine to do with it as I chose. The one who has the right to dispose of it is the one who had created it. I claim a right to live on my land, and accord you the privilege to live on yours ».

²⁵⁵ *Opinion of Hon. William Wirt, Attorney General* – « The Seneca Lands » (April 26, 1821 – 1 U.S. Op. Att'y. Gen. 465) : « The answer to this question depends on the character of the title which the Indians retain in these lands. The practical admission of the European conquerors of this country renders it unnecessary for us to speculate on the extent of that right which they might have asserted from conquest, and from the migratory habits and hunter state of its aboriginal occupants. - (See the authorities cited in *Fletcher and Peck*, 6 Cranch, 121.) The conquerors have never claimed more than the exclusive right of purchase from the Indians, and the right of succession to a tribe which shall have removed *voluntarily, or become extinguished by death*. So long as a tribe exists and remains in possession of its lands, its title and possession are sovereign and exclusive; and there exists no authority to enter upon their lands, for any purpose whatever, without their consent. Of the admission of this principle, the treaty above referred to furnishes a proof » (c'est nous qui soulignons).

²⁵⁶ WHARTON, (S.), *Plain facts : being an Examination into the Rights of the Indian Nations of America, to their Respective Countries, and a Vindication of the Grant from the Six United Nations of Indians, to the Proprietors of Indiana against the Decision of the Legislature of Virginia, together with Authentic Documents proving that the Territory, Westward of the Allegany Mountain, never belonged to Virginia, etc.*, Philadelphia, R.Aitken 1781. Voir not. pp.16-17 : « These authorities (though abundance of others might be cited) will sufficiently prove, that *occupancy* has been universally admitted, as sufficient to vest the property of a country, or district in a Nation, or tribe occupying the same, and consequently, that the aborigines of America have an absolute exclusive right to the countries they possesses ; they, by the immemorial, uninterrupted exercise of every act, which is necessary to constitute occupancy, either by the laws of nature, or of Nations, must have acquired a valid title to their territories, if even the possession had been at first unjustly gained. But surely this was not the case, for whether we

pratique du gouvernement fédéral depuis l’Indépendance : les nombreux traités de cession territoriale conclus entre ce dernier et les tribus indiennes²⁵⁷ apportent la preuve pratique de la réalité juridique de ce titre²⁵⁸.

§2 – Nature civilisée de la communauté étatique

La définition de l’organisation politique que nous venons d’exposer peut être qualifiée d’« objective » dans la mesure où elle s’appuie sur l’existence factuelle d’une communauté d’individus, dotée d’une forme d’organisation – quelle qu’elle soit. Une telle définition correspond tout à fait à celle qui prévaut plus largement dans la doctrine internationaliste de la fin du XVIIIe siècle : comme l’a noté le Pr. Anaya à propos de la définition vattelienne des sujets du droit des gens le juriste suisse « définit vaguement l’État » si bien que « certains peuples aborigènes non-Européens » peuvent, selon cette acception, être qualifiés comme tels, « et jouir des droits » attachés à ce statut²⁵⁹. Les arrêts *Cherokee Nation* et *Worcester*, de même que les traités conclus avec des tribus dont nous avons exposé ci-

consider them as having been, by divine providence, first transplanted to America, or as having been (according to their own belief), created there » (c'est nous qui soulignons).

²⁵⁷ Y compris avec celles d’entre elles dont il est établi qu’elles vivaient de chasse plutôt que d’agriculture. Tel était notamment le cas des « Indiens de plaines », parmi lesquels les tribus Cheyenne, Comanche, Nez Perces ou Osage : voir CARLSON, (P.H.), *Les Indiens des plaines. Histoire, culture et société*, Paris, Albin Michel 2004, p.308 et TAYLOR, (C.F.), *The Plains Indians : a Cultural and Historical View of the North American Plains Tribes of the Pre-Reservation Period*, New York, Crescent Book 1994 : Carlson écrit ainsi que « ne se livrant pas à l’agriculture, ces peuples nomades chassaient à cheval le grand gibier et dépendaient du bison pour leur subsistance et l’essentiel de leur culture matérielle. Ils appartenaient à des sociétés guerrières, vivaient sous des tipis et pratiquaient la quête de vision » (p.14).

²⁵⁸ Voir notamment : « Treaty of Fort Laramie with Sioux, etc. Sept.17, 1851 », *11 Stat. 149*, dont l’article 5 définit les frontières des Nations indiennes : « The aforesaid Indian Nations do hereby recognize and acknowledge the following tracts of country, included within the metes and boundaries hereinafter designated, as their respective territories, viz (...) » ; « Treaty with the Comanche, etc., Aug.24, 1835 », *7 Stat. 474*, dont l’article 5 prévoit un droit de passage pour les citoyens américains, sur les terres des Comanches : « There shall be a free and friendly intercourse between all the contracting parties hereto, and it is distinctly understood and agreed by the Comanche and Witchetaw Nations and their associated bands or tribes of Indians, that the citizens of the United States are freely permitted to pass and repass through their settlements or hunting ground without molestation or injury on their way to any of the provinces of the Republic of Mexico, or returning therefrom, and that each of the Nations or tribes named in this article, further agree to pay the full value for any injury their people may do to the goods or property of the citizens of the United States taken or destroyed, when peaceably passing through the country they inhabit, or hunt in, or elsewhere. And the United States hereby guaranty to any Indian or Indians of either of the said Comanche or Witchetaw Nations, and their associated bands or tribes of Indians, a full indemnification for any horses or other property which may be stolen from them: Provided, that the property so stolen cannot be recovered, and that sufficient proof is produced that it was actually stolen by a citizen of the United States, and within the limits thereof ».

²⁵⁹ ANAYA, (S.J.), *Indigenous Peoples...*, précité, p.15.

dessus les formes d'organisation, très différentes des formes occidentales d'organisation politique, fournissent la preuve pratique de ce constat théorique.

Une autre frange de la doctrine propose cependant une construction différente du droit international, caractéristique du positivisme²⁶⁰, et déjà manifeste chez Wheaton. Selon ce dernier en effet il n'y a pas « de droit des gens universel et immuable obligeant l'ensemble de la race humaine ». Ce qui devient, dans la suite du paragraphe, le « droit international », n'est donc « qu'un droit particulier, applicable à un ensemble ou famille de Nations, variant à différentes époques en fonction des changements de religions, de mœurs, de gouvernements et d'institutions »²⁶¹. Selon cette approche, seule l'existence d'une communauté *civilisée* manifeste l'existence d'un État (A), la tentative d'une définition des critères de la « civilisation » démontrant leur caractère inévitablement subjectif (B) : car restreindre le « droit des gens » aux « Nations civilisées », c'est bien promouvoir une « doctrine partielle »,

²⁶⁰ ANGHIE, (A.), *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge UP 2007, pp.52-53 : « A further central feature of positivism was the distinction it made between civilized and uncivilized states. The naturalist notion that a single, universally applicable law governed a naturally constituted society of Nations was completely repudiated by jurists of the mid-nineteenth century ».

²⁶¹ *Elements (en)...*, I, I, §9, p.40 : « There is then (...) no universal law of Nations binding upon the whole human race (...). International law is only a particular law, applicable to a distinct set or family of Nations, varying at different times with the change in religion, manners, government, and other institution, among every class of Nations » (assez curieusement, Wheaton n'a pas repris ce passage dans la version française de son ouvrage, dans lequel il se contente d'affirmer que « le droit international, *tel qu'il est compris par les Nations civilisées*, est l'ensemble des règles que la raison déduit, comme étant conformes à la justice, de la nature de la société qui existe parmi les Nations indépendantes (...) » : *Eléments (fr)...*, t.1, I, I, §11, pp.24-25 (c'est nous qui soulignons). Un certain nombre d'arrêts de la Cour Suprême ou de Cours fédérales – principales sources doctrinales sur ce point, dans la mesure où les ouvrages publiés aux États-Unis par des auteurs américains et définissant le droit des gens sont rares jusqu'à Wheaton – font également de telles références avant la publication des *Elements...* : voir ainsi, par exemple : *Thirty Hogshead of Sugar v. Boyle* (1815), 13 U.S. 191 « The law of Nations is the great source from which we derive those rules, respecting belligerent and neutral rights, *which are recognized by all civilized and commercial states* throughout Europe and America. This law is in part unwritten, and in part conventional » (c'est nous qui soulignons) ; *Johnson et al. v. Twenty-One Bales, Etc.* (1814) 13 Fed. Cas. 855, No. 7417 (C.C., N.Y. 1814) : « In examining the points which have been stated, it will be necessary to advert to some general principles of the law of Nations. In doing this, it will not be requisite to notice particularly its divisions into necessary, voluntary, conventional, customary or positive. The law of Nations, without defining or developing its divisions more minutely, may be stated to be the law of nature, rendered applicable to political societies, and modified, in progress of time, by the tacit or express consent, by the long-established usages and written compacts of Nations : usages and compacts become so general that *every civilized people* ought to recognize and adopt their principles » (c'est nous qui soulignons) ; *United States v. Le Jeune Eugenie* (1822) 26 Fed. Cas. 832, No.15,551 (D. Mass., 1822) : « Now the law of Nations may be deduced, *first*, from the general principles of right and justice, applied to the concerns of individuals, and thence to the relations and duties of Nations ; or, *secondly*, in things indifferent or questionable, from the customary observance and recognitions of *civilized Nations* ; or, *lastly*, from the conventional or positive law, that regulates the intercourse between states » (c'est nous qui soulignons).

conçue par les « Nations éclairées » pour satisfaire leurs propres intérêts²⁶² - mais dont le droit international contemporain est encore largement tributaire²⁶³.

A. Existence d'une communauté civilisée

L'expérience américaine démontre que le critère de la civilisation joue, dans la définition de l'organisation politique, un rôle important mais évolutif : contrairement à l'opinion diffusée par la doctrine internationaliste à partir de la fin du XIXe siècle, l'absence de civilisation n'est pas, dans un premier temps, un critère d'exclusion mais bien au contraire de sujétion à ce droit (1). Seule une certaine partie de la doctrine et de la pratique, d'abord marginale mais bientôt dominante, considère la

²⁶² FRELINGHUYSEN, (T.), « Speech to the Senate... », in *Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.6 : « The plain matter of fact is, that all these partial doctrines have resulted from the selfish plans and pursuits of more enlightened Nations ; and it is not matter for any great wonder, that they should so largely partake of a mercenary and encroaching spirit in regard to the claims of the Indians ». Voir, dans le même sens, THOMSON, (J.S.), « Federal Indian Policy : a Violation of International Treaty Law », *W. St. U. L. Review* vol.4, n°2 (1977), p.232 : « How does one Nation determine whether or not another is civilized ? Whose values and standard are employed to make such an assessment ? Both questions present serious problems as civilization is a subjective concept and realistically any test utilized to determine civilization is fraught with racial, religious and cultural prejudices ».

²⁶³ Il suffit pour s'en convaincre de voir avec quelle résistance les tentatives actuelles, menées notamment par les Nations Unies, de reconnaître aux peuples autochtones un statut en droit international, sont rejetées par certains sujets de ce droit – au premier rang desquels les États-Unis – au motif que cela viole la conception traditionnelle du droit international : voir notamment ce passage des observations officielles des États-Unis sur la Déclaration relative aux droits des peuples indigènes : « Explanation of vote by Robert Hagen, U.S. Advisor, on the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, to the UN General Assembly, September 13, 2007 », United States Mission to the U.N., Press Release #204(07), September 13, 2007, http://www.usun-ny.us/press_releases/20070913_204.html (consulté le 2 mai 2011) : « We find such an approach on a topic that involves the foundation of international relations and stability (i.e., the political unity and territorial integrity of Nation-states) to be ill advised and likely to result in confusion and disputes. Simply put, given that the clear intent of the States in the Working Group was to develop aspirational principles dealing with the concept of self-government *within the framework of the Nation-state*, the declaration should have used clear and understandable language to express that goal and to avoid confusion with the common Article 1 right. We also note that preambular paragraphs 2 and 16 as well as Article 2 were not intended to imply that the existing right of self-determination is automatically applicable to indigenous peoples per se or to indicate that indigenous peoples automatically qualify as "peoples" for purposes of common Article 1 » (c'est nous qui soulignons). De manière plus générale, les États-Unis ont constamment réaffirmé que la question des droits des peuples autochtones présents sur leur territoire est purement interne : voir en ce sens ALLEN, (S.), « The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project », in ALLEN, (S.), XANTHAKI, (A.), (ed.), *Reflections on the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford and Portland, Hart Publishing 2011, pp.228-229. On notera toutefois que le Président Obama, élu en novembre 2008, a déclaré avoir l'intention de signer cette déclaration lors de la *White House Tribal Nation Conference* du 16 décembre 2010 : voir THOMPSON, (K.), « U.S. will sign Declaration on Rights of Native People, Obama tells Tribes », *The Washington Post*, December 16, 2010.

civilisation comme un critère de soumission du peuple considéré aux États civilisés, au motif que sa « sauvagerie » le prive de toute souveraineté (2).

1. *L'absence de civilisation, critère d'exclusion du droit national*

Cette idée que l'absence de « civilisation » est, d'abord, facteur de sujétion au droit des gens plutôt que de soumission au pouvoir d'une Nation civilisée se retrouve, notamment, dans les écrits de Jefferson relatifs à la question des Indiens, et dans les traités conclus avec ces derniers. Un épisode, peu connu mais révélateur, illustre particulièrement bien l'opinion de Jefferson sur la question alors qu'il était Président des États-Unis. En 1808 en effet, un groupe de chefs Cherokee sollicita Jefferson pour acquérir la qualité de citoyen des États-Unis²⁶⁴; ce à quoi le Président répondit : « vous proposez, mes enfants, que votre Nation soit divisée en deux, et que vous soyez, pour votre part, placés sous le gouvernement des États-Unis, que vous en deveniez les citoyens, et que vous soyez gouvernés par ses lois ; d'être, finalement, nos frères plutôt que nos enfants. Mes enfants, je devrais me réjouir si je pouvais voir le jour où les hommes rouges, nos voisins, ne feront plus avec nous qu'un seul peuple, et jouiront des droits et priviléges qui sont les nôtres. Mais êtes vous prêts pour cela ? » Jefferson ajouta qu'il fallait, d'abord et au moins, que les Indiens « pratiquent l'agriculture et adoptent la propriété privée » - critères de la civilisation – pour que les lois américaines « leurs soient applicables et d'une quelconque utilité »²⁶⁵.

²⁶⁴ La seule trace de cette demande est la réponse qu'y a faite Jefferson : voir sur ce point McLOUGHLIN, (W.G.), « Thomas Jefferson and the Beginning of Cherokee Nationalisme », *W.M.Q.* vol.32, n°4 (1975), p.564.

²⁶⁵ JEFFERSON, (T.), « Letter to the Upper Cherokee Chiefs, 4 May 1808 », in BERGH, (A.E.), *The Writings of Thomas Jefferson...*, précité, vol.16, pp.432-434 : « You propose, my children, that your Nation shall be divided into two, and that your part, the upper Cherokees, shall be separated from the lower by a fixed boundary, shall be placed under the government of the United States, become citizens thereof, and be ruled by our laws; in fine, to be our brothers instead of our children. My children, I shall rejoice to see the day when the red men, our neighbors, become truly one peoples with us enjoying all the rights and privileges we do. But are you ready for this ? Have you a resolution to leave off hunting for your living, to lay off a farm for each family to itself, to live by industry, the men working that farm with their hands, raising stock or learning trades as we do, and the women spinning and weaving clothes for their husbands and children? ». Est également très illustrative de ce lien entre absence de civilisation et sujétion au droit des gens cette lettre que Jefferson adresse en 1803 à Benjamin Hawkins, l'Agent Indien auprès des tribus situées au sud de la rivière Ohio, et qui est considérée comme un texte « essentiel » de Jefferson : « I consider the business of hunting as already become insufficient to furnish clothing and subsistence to the Indians. The promotion of agriculture, therefore, and household manufacture, are essential in their preservation, and I am disposed to aid and encourage it liberally. This will enable them to live on much smaller portions of land, and indeed will render their vast forests useless but for the range of cattle; for which purpose, also, as they become better farmers, they will be

Or, cette reconnaissance de l'absence de civilisation des Nations indiennes²⁶⁶, s'accompagne très clairement chez Jefferson d'une reconnaissance de leur droit au territoire en leur qualité d'organisation politique remplissant les critères de l'État : le gouvernement des États-Unis, écrit Jefferson en 1791, doit reconnaître « que les Indiens ont un droit d'occuper leurs terres qui est indépendant des États à l'intérieur des frontières desquels ils se trouvent être » ; dès lors aucun acte d'un État ne pourrait conférer un droit à ces terres, « tant qu'elles n'auront pas été cédées par traité ou par une transaction équivalente »²⁶⁷.

found useless, and even disadvantageous. While they are learning to do better on less land, our increasing numbers will be calling for more land, and thus a coincidence of interests will be produced between those who have lands to spare, and want other necessities, and those who have such necessities to spare, and want lands. This commerce, then, will be for the good of both, and those who are friends to both ought to encourage it. You are in the station peculiarly charged with this interchange, and who have it peculiarly in your power to promote among the Indians a sense of the superior value of a little land, well cultivated, over a great deal, unimproved, and to encourage them to make this estimate truly. The wisdom of the animal which amputates and abandons to the hunter the parts for which he is pursued should be theirs, with this difference, that the former sacrifices what is useful, the latter what is not. In truth, the ultimate point of rest and happiness for them is to let our settlements and theirs meet and blend together, to intermix, and become one people. Incorporating themselves with us as citizens of the U.S., this is what the natural progress of things will of course bring on, and it will be better to promote than to retard it. Surely it will be better for them to be identified with us, and preserved in the occupation of their lands, than be exposed to *the many casualties which may endanger them while a separate people*. I have little doubt but that your reflections must have led you to view the various ways in which their history may terminate, and to see that this is the one most for their happiness. And we have already had an application from a settlement of Indians to become citizens of the U.S. It is possible, perhaps probable, that this idea may be so novel as that it might shock the Indians, were it even hinted to them. Of course, you will keep it for your own reflection; but, convinced of its soundness, I feel it consistent with pure morality to lead them towards it, to familiarize them to the idea that it is for their interest to cede lands at times to the U.S., and for us thus to procure gratifications to our citizens, from time to time, by new acquisitions of land » : voir YARBROUGH, (J.M.), *The Essential Jefferson*, Indianapolis, Hackett Publishing 2006, pp.201-202.

²⁶⁶ Voir plus largement sur ce point WALLACE, (A.F.C.), *Jefferson and the Indians : the Tragic Fate of the First Americans*, Cambridge Bleknap Press 1999, not. pp.161-205.

²⁶⁷ JEFFERSON, (T.), « Letter to Henry Knox, 10 august 1791 » in BERGH, (A.E.), (ed.), *The writings of Thomas Jefferson...*, précité, vol.8, pp.226-277 : « I am of opinion that government should firmly maintain this ground : *that the Indians have a right to the occupation of their lands, independent of the States within whose chartered lines they happen to be ; that until they cede them by treaty or other transaction equivalent to a treaty, no act of a State can give a right to such lands*; that neither under the present constitution, nor the ancient confederation, had any State or person a right to treat with the Indians, without the consent of the General Government ; that the government is determined to exert all its energy for the patronage and protection of the rights of the Indians, and the preservation of peace between the United States and them; and that if any settlements are made on lands not ceded by them, without the previous consent of the United States, the government will think itself bound, not only to declare to the Indians that such settlements are without the authority or protection of the United States, but to remove them also by the public force » (c'est nous qui soulignons).

Mais c'est également la pratique des traités – et notamment de traités conclus en vue de la civilisation des Indiens – qui confirme qu'absence de civilisation et sujexion au droit des gens ne sont pas, ici, considérées comme antinomiques. Ainsi par exemple, en 1790, un traité conclu avec la Nation Creek établit, en premier lieu, une frontière entre les États-Unis et cette dernière²⁶⁸, à l'intérieur de laquelle les Creek seront souverains²⁶⁹ – avant de stipuler, en second lieu, que la Nation Creek « pourra être conduite à un plus grand degré de civilisation » et que les États-Unis, afin que les membres de la Nation « deviennent des bergers et des cultivateurs », pourront « de temps à autre, fournir gracieusement à la dite Nation des animaux domestiques et le matériel nécessaire à l'élevage »²⁷⁰. Le traité le plus explicite sur le lien entre civilisation et reconnaissance comme Nation – l'absence de l'une n'excluant pas l'autre – est toutefois celui signé en 1820 avec la Nation Choctaw, dont le préambule précise que « c'est un objectif important du Président des États-Unis de promouvoir la civilisation des Indiens Choctaw, en établissant parmi eux des écoles » mais également de « préserver leur existence en tant que Nation »²⁷¹.

L'ensemble de cette approche démontre que le « droit des gens » est ici construit non comme le « droit des Nations civilisées », mais bien comme le « droit des peuples », des relations entre « sociétés », la notion de « civilisation » n'étant pas suffisante pour écarter de ce droit les peuples qui n'en seraient pas dotés. La Cour Suprême a confirmé cette conception. Parce qu'ils constituent un « peuple » au sens où nous l'avons décrit ci-dessus, la Cour

²⁶⁸ « Treaty with the Creeks, Aug.7, 1790 », 7 Stat. 35, article 4.

²⁶⁹ *Id.*, article 6 : « If any citizen of the United States, or other person not being an Indian, shall attempt to settle on any of the Creeks lands, such person shall forfeit the protection of the United States, and the Creeks may punish him or not, as they please ».

²⁷⁰ *Id.*, article 12 : « That the Creek Nation may be led to a greater degree of civilization, and to become herdsmen and cultivators, instead of remaining in a state of hunters, the United States will from time to time furnish gratuitously the said Nation with useful domestic animals and implements of husbandry »

²⁷¹ « Treaty with the Choctaw, Oct.18, 1820 » 7 Stat. 210, Preamble : « Whereas it is an important object with the President of the United States, to promote the civilization of the Choctaw Indians, by the establishment of schools amongst them; and to perpetuate them as a Nation ». La logique est la même dans un acte du Congrès adopté en 1819, qui rappelle l'importance de la civilisation et crée à cette fin un fond spécial – tout en rappelant l'importance du consentement des Nations indiennes : voir 3 Stats 516-517 : « for the purpose of providing against the further decline and final extinction of the Indian tribes adjoining to the frontier settlements of the United States, and for introducing among them the habits and arts of civilization, the President of the United States shall be, and he is hereby, authorized, in every case where he shall judge improvement in the habits and condition of such Indians practicable, and that *the means of instruction can be introduced with their own consent*, to employ capable persons of good moral character to instruct them in the mode of agriculture suited to their situation, and for teaching their children in reading, writing and arithmetic, and for performing such other duties as may be enjoined, according to such instructions and rules as the President may give and prescribe for the regulation of their conduct in the discharge of their duties » (c'est nous qui soulignons).

Suprême des États-Unis a en effet jugé en 1830 et 1832 que les Cherokee sont des sujets du droit international qui, pour cela, jouissent au sein de leur territoire de la souveraineté réservée aux entités possédant cette qualité. Dans larrêt *Worcester* de 1832, la question de la civilisation comme critère de sujétion au droit des gens est certes soulevée – « ne doit-on pas distinguer », se demande le juge Marshall, « entre un peuple civilisé et un peuple sauvage ? Nos Indiens doivent ils être placés sur le même pied que les Nations européennes, avec qui nous avons conclu des traités ? » - mais pour être écartée : « nous avons conclu des traités avec eux : ces traités devraient-ils être violés, au motif qu'ils ont été passés avec un peuple non civilisé ? cela réduit-il le caractère obligatoire de ces traités ? En les concluant, n'avons-nous pas admis le pouvoir de ce peuple de se lier lui-même, et de nous imposer certaines obligations ? »²⁷². Ainsi, et comme le fait remarquer Wilson, « il est vrai que certains hommes et que certaines Nations sont sauvages et brutaux » ; cependant, « même chez le plus informe des sauvages, on trouve les notions communes et les principes pratiques de la vertu », propres à la race humaine, et qui les distingue des « hideux troupeaux de brutes »²⁷³. Dès lors, complète Robbins au Congrès, « qu'a la civilisation à voir avec la compétence d'une Nation pour conclure un traité ? Le droit d'un Indien est-il moins un droit parce que l'Indien est un sauvage ? ou bien notre civilisation nous confère-t-elle un titre à son droit ? – un droit qui est, pour lui comme pour nous, un cadeau de la nature, de la nature créée

²⁷² *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 582 : « The question may be asked, is no distinction to be made between a civilized and savage people? Are our Indians to be placed upon a footing with the Nations of Europe, with whom we have made treaties? (...) We have made treaties with them; and are those treaties to be disregarded on our part because they were entered into with an uncivilized people? Does this lessen the obligation of such treaties? By entering into them, have we not admitted the power of this people to bind themselves, and to impose obligations on us? ». Aussi, et comme l'a noté E. Mertz, « Marshall's is a rueful history that insists on the conquerors' rights while at the same time admitting and giving some legal force to indigenous peoples' history and claims to land. Marshall was unable to stop the removal of the Cherokees from their land, because in the end all he had done was to reserve to the federal government the right to accomplish the decimation attempted by the state of Georgia. But in insisting on some measure of sovereign rights to land for Native Americans, and on a trust relationship between them and the federal government, Marshall set the stage for later Native American court victories » : MERTZ, (E.), « The Uses of History : Language, Ideology and Law in the United States and South Africa », *L. & Soc'y Rev.* vol.22, n°4 (1988), p.676.

²⁷³ In in McCLOSKEY, (R.G.), (ed.), *The Works of James Wilson*, Cambridge, Belknap Press of the Harvard UP 1967, vol.1, pp.139-140 : « True it is, that some men and some Nations are savage and brutish; but is that a reason why their manners and their practices should be generally and reproachfully charged to the - account of the human nature ? It may, perhaps, be somewhat to our purpose to observe, that in many of these representations, the picture, if compared with the original, will be found to be overcharged. For, in truth, between mankind, considered even in their rudest state, and the *mutum et turpe pecus*, a very wide difference will be easily discovered. In the most uninformed savages, we find the *communes notitiae*, the common notions and practical principles of virtue, though the application of them is often extremely unnatural and absurd ». L'expression de *mutum et turpe pecus* est implicitement tirée des *Satires* d'Horace, Livre I, Satire III.

par Dieu ? »²⁷⁴. « On a dit que les Indiens, étant un peuple non civilisé, ne peuvent être qualifiés de Nation », rappelle également Evarts, avant de préciser qu'il « y a aussi peu de raison que de vérité dans cet argument. Dieu n'a-t-il pas reconnu des droits à toutes les communautés ? »²⁷⁵.

2. *La civilisation, critère de définition des sujets du droit des gens*

C'est une toute autre définition des liens entre civilisation et critères de l'organisation politique au sens du droit international que promeut une autre partie de la doctrine et de la pratique américaine, essentiellement à partir de la seconde moitié du XIXe siècle. La civilisation devient en effet un critère de définition de l'État : la meilleure illustration des conséquences pratiques de cette construction du droit des gens est fournie par un arrêt rendu par la Cour Suprême d'Alabama en 1832, certes peu connu mais dont tant les faits, que le « contexte judiciaire » et la solution, démontrent bien la construction du droit des gens grâce à laquelle l'extension du pouvoir des États membres de la Fédération sur les terres indiennes a été justifiée²⁷⁶.

²⁷⁴ ROBBINS, (A.), « Speech to the Senate... », in *Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.74 : « It is said, for instance (...) that the Indian is an inveterate savage, and incapable of civilization. Admitting this to be the fact – which I by no means do admit – what has it to do with the question, whether his Nation is *sui juris*, and competent to make a treaty ? Is the Indian right less a right because the Indian is a savage ? or does our civilization give us a title to his right ? – a right which he inherits equally with us, from the gift of nature, and nature's God ».

²⁷⁵ EVARTS, (J.), *Essay on the Present Crisis...*, précité, p.21 : « It has been said, indeed, that the Indians, being an uncivilized people, are not to be ranked among Nations. But this is said gratuitously, and without the least shadow of proof (...). There is as little reason as truth in the objection. Has not God endowed every community with some rights ? and are not these rights to be regarded by every honest man, and by every fair-minded and honourable ruler ? ». Voir aussi, dans le même sens, WHARTON, (S.), *Plain Facts...*, précité, p.7 : « The right of territory in a community is, however, founded on the great natural law of self-preservation and arises neither from the perfection of our religious opinions, nor from our progress in the refinements of civilization ; being antecedent to all these adventitious circumstances ». Voir dans le même sens un passage oublié du pourtant célèbre *Scott v. Sandford* (1856), 60 U.S. 393, 403 : « The situation of [the black race] was altogether unlike that of the Indian race. The latter, it is true, formed no part of the colonial communities, and never amalgamated with them in social connections or in government. But although they were uncivilized, they were yet a free and independent people, associated together in Nations or tribes and governed by their own laws » (c'est nous qui soulignons).

²⁷⁶ Comme le note HARRING, (S.L.), *Crow Dog's Case ...*, précité, p.17, cet arrêt « is the most detailed pronouncement of the states' position on Indian rights in the nineteenth century ».

Rendu en 1832, l'arrêt *Caldwell v. Alabama*²⁷⁷ s'inscrit entre les décisions *Cherokee Nation* et *Worcester v. Georgia* de la Cour Suprême. Quasiment similaire dans les trois affaires, la question centrale consiste à juger de l'applicabilité des lois d'un État de l'Union sur le territoire d'une Nation indienne. Alors cependant que l'arrêt *Worcester* écarte la civilisation comme critère de définition des sujets du droit international, l'arrêt *Caldwell*, rendu quelques mois auparavant, fait au contraire de la civilisation le critère central de cette sujexion : fondée sur une théorie « datant de la conquête espagnole » et sur les théories « racistes et pseudo-scientifiques des déterministes de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècles »²⁷⁸, l'opinion des trois juges annonce, surtout, le positivisme de Wheaton : pour « déterminer la condition politique des Indiens » et leurs « droits en tant que communauté », c'est sur la « pratique reconnue des Nations civilisées » qu'il faut se baser. Or, des « lois des Nations civilisées », il ressort que, pour traiter avec « cette sorte de population »²⁷⁹ - où l'on notera le passage du « *people* » à celui de « *population* » - « un traité est aussi adapté que s'il était conclu avec l'une des bêtes des forêts dans lesquelles ils habitent »²⁸⁰. Parce que les Indiens n'ont ni « gouvernement établi », ni « frontières géographiques déterminées », ni « demeures permanentes, fondées sur l'agriculture », ils n'ont pas de « mode de vie civilisé »²⁸¹. Or, 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 » : il n'y a pas, pour le dire autrement, de « souveraineté sauvage »²⁸².

²⁷⁷ Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), *1 Stew. & P.* 327. Un extrait de l'arrêt est reproduit en Annexe.

²⁷⁸ GARRISON, (T.A.), « Beyond Worcester : the Alabama Supreme Court and the Sovereignty of the Creek Nation », *Journal of the Early Republic*, vol.19, n°3 (1999), p.437.

²⁷⁹ Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), *1 Stew. & P.* 327, p.23, §28 : « I will first endeavor to determine upon the political condition of the Indians generally, and their rights as communities, as recognized by civilized Nations. On order to do this in a satisfactory mannyer, it will be necessary to take an extensive range, touching upon the peculiar laws of civilized countries in reference to individual Indians (...) in order that the opinion which has been entertained with regard to this kind of population, may be the more clearly understood ».

²⁸⁰ *Ibid.*, p.3, §3 : « In what way is he to be treated with? As well might a treaty, on terms of equality, be attempted with the beast of the same forest that he inhabits ».

²⁸¹ Nous reprenons ici les principaux termes du résumé de cet arrêt proposé par ROSEN, (D.A.), « Colonization through Law : the Judicial Defense of State Indian Legislation, 1790 - 1880 », *Am. Jour. L. Hist.* Vol.46, n°1 (Jan., 2004), pp.48-49.

²⁸² Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), *1 Stew. & P.* 327, p.3, §3 : « We will examine this high pretension to savage sovereignty. If a people are found in the possession of a territory, in the practice of the arts of civilization; employed in the cultivation of the soil, and with an organized government, no matter what may be its form, they form an independent community; their rights should be respected, and their territorial limits not encroached on. From such a people,

L’argumentation a une conséquence pratique immédiate : la légalité de l’extension des lois criminelles de l’État d’Alabama sur le territoire de la Nation Creeks. La qualité de sujet du droit des gens de cette dernière est niée. Le traité qu’elle venait de signer avec le gouvernement fédéral, et dont l’article 13 reconnaît le titre territorial²⁸³, est réputé inexistant juridiquement, car conclu avec une partie incapable du point de vue du droit international. « Si l’on estime que le gouvernement des États-Unis a reconnu les tribus indiennes comme des États, ou des Nations, en signant des traités avec eux » écrit le juge Saffold, alors c’est que l’on a appelé « traité » des instruments qui n’en sont pas : les « tribus ne sont pas des États », si bien que rien de tel que des « traités » n’ont pu être conclus avec ces dernières²⁸⁴. Ce sont, comme le dira beaucoup plus tard le Sénateur du Nevada Mr Stewart, « des soi-disant traités », qui ne sont conclus qu’avec « des tribus irresponsables », voire avec « aucune tribu du tout »²⁸⁵.

territory can only be acquired consistently with good faith, and national law, peaceably by treaty; by conquest, in open war ».

²⁸³ « Treaty with the Creeks, Jan.24, 1826 », 7 Stat. 288, article 13 : « The United States agree to guarantee to the Creeks all the country, not herein ceded, to which they have a just claim, and to make good to them any losses they may incur in consequence of the illegal conduct of any citizen of the United States within the Creek country ». Le traité est reproduit dans son intégralité en Annexe.

²⁸⁴ Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), 1 Stew. & P. 327, p.19, §23 : « If it be suggested, that the United States government has recognized the Indian tribes as states, or Nations, by holding various treaties with them, my reply is, that names may, or may not, be very material. If the government should enter into any legal agreement, or compact, with an individual, corporation, or voluntary association of persons, and should entitle it a treaty, instead of agreement, compact, grant, or charter, and no undue privileges were claimed under it, by virtue of the name, no injury could result from the misnomer. So, with the Indian treaties-they must have effect according to their legitimate nature, regardless of their title; and if the opinion be correct, that the tribes are not such Nations, or states, as were contemplated by the Constitution; not such as the United States are authorised to form “treaties” with, in the diplomatic sense of the term, (and which may become a part of the supreme law of the land,) the title with which they have been dignified, cannot give them that virtue, nor prove that the government could not, rightfully, make such compacts as they have done, to answer other purposes as therein expressed ».

²⁸⁵ « Debate on the Indian Appropriation Bill, Feb.10, 1871 », Cong. Globe, 41st Cong., 3d Sess., p.1112 : « I regard all these Indian treaties as a shame, and I want them to be spoken of as “so-called treaties”...The whole Indian policy of feeding drunken, worthless, vagabond Indians, giving them money to squander between them and their Indian agents, has been a growing disgrace to this country for years. Many of these treaties are made with irresponsible tribes or with no tribes at all ». Dans le même sens, voir Mr YATES lors du « Debate on the Indian Appropriation Bill, Apr.1, 1869 » Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess., p.421 : « Our whole Indian policy is wrong from beginning to end. The Indian is a savage. He never had any right whatever to this soil. It did not belong to him. He was a roving savage. The Government, instead of treating the aborigines as roving savages, has pretended to treat with them as though they were the owners of the land, and in that negotiation has cheated them out of everything they owned, if they really owned anything (...). The Indian had no title. He was a savage ». Voir encore cet argument du représentant de la Géorgie, mentionné par EVARTS, (J.), *Essays on the Present Crisis...*, précité, p.71 : « A representative from Georgia said in his place last winter that these “agreements with

B. Critères de la civilisation

La recherche des critères retenus pour qualifier une entité de « civilisée » le démontre : tout en étant fondée sur une définition de l'organisation politique dont la capacité intellectuelle des individus est le principal critère de la souveraineté (1), l'individualité des membres des communautés dont la qualité d'État est recherchée est subsumée par son appartenance à une « race »²⁸⁶ prétendument inférieure à la « race blanche » (2).

1. Capacité intellectuelle des individus

Citée à près de quarante reprises en moins de cinquante pages, la notion de « civilisation » par laquelle les trois juges de la Cour Suprême d'Alabama sont parvenus à la solution de l'arrêt *Caldwell* ne trouve dans le texte de la décision aucune définition précise. Le juge Lipscomb reconnaît lui-même que « le code du droit

the Indians has improperly been called treaties” (...). In a subsequent part of his speech, he spoke of the “bad faith” of the Greeks, in not observing the stipulations, which they had made in these “agreements”; and to this alleged bad faith, he gave the additional hard names of “fraud and perfidy”. We may gather, therefore, the conclusion, that savages are bound by their agreements, though these agreements must not be called treaties. It is contended, however, that the United States are *not* bound by *their* agreements with the Cherokee, because the United States cannot, in their federal capacity, make agreements with savages, although the general government has the exclusive power of making treaties with civilized Nations ». Voir aussi, pour une reprise de cet argument par la Cour Suprême : *Ex Parte Crow Dog* (1883), 9 U.S. 556, 568-569 : « They were nevertheless to be subject to the laws of the United States, not in the sense of citizens, but, as they had always been, as wards, subject to a guardian; not as individuals, constituted members of the political community of the United States, with a voice in the selection of representatives and the framing of the laws, but as a dependent community who were in a state of pupilage, advancing from the condition of a savage tribe to that of a people who, through the discipline of labor, and by education, it was hoped might become a self-supporting and self-governed society ».

²⁸⁶ Le terme est alors très fréquemment employé. L'exemple le plus illustratif est peut être celui fourni par Tocqueville : TOCQUEVILLE, (A. de), *De la démocratie...,* précité, t.1, p.427 : « Quelques considérations sur l'état actuel et l'avenir probable des trois races qui habitent le territoire des États-Unis » : « Le territoire occupé de nos jours, ou réclamé par l'Union américaine, s'étend depuis l'océan Atlantique jusqu'aux rivages de la mer du Sud. À l'est ou à l'Ouest, ses limites sont donc celles mêmes du continent; il s'avance au midi sur le bord des Tropiques, et remonte ensuite au milieu des glaces du Nord. Les hommes répandus dans cet espace ne forment point, comme en Europe, autant de rejetons d'une même famille. On découvre en eux, dès le premier abord, trois races naturellement distinctes, et je pourrais presque dire ennemis. L'éducation, la loi, l'origine, et jusqu'à la forme extérieure des traits, avaient élevé entre elles une barrière presque insurmontable; la fortune les a rassemblées sur le même sol, mais elle les a mêlées sans pouvoir les confondre, et chacune poursuit à part sa destinée ». Sur cette question voir, plus largement, HORSMAN, (R.), *Race and Manifest Destiny: The Origins of American Racial Anglo-Saxonism*, Cambridge, Harvard UP 1981, 380 p.

national par lequel les sociétés politiques devraient être jugées, afin que soit établie leur qualité de Nation, n'a pas été expressément édicté, ni n'est le résultat d'une convention entre les Nations assemblées »²⁸⁷.

C'est alors par les illustrations fournies par les juges que l'on peut tenter d'approcher le contenu de cette notion : parmi les « arts de la civilisation » sont ainsi cités la « culture du sol » et l'existence d'un « gouvernement organisé »²⁸⁸ ; le « code » dont il est question est un « code de principes élémentaires influencés par la moralité et la propriété »²⁸⁹. A l'inverse, l'absence de civilisation se manifeste, toujours selon cet arrêt, par le nomadisme, le fait d'être « gouverné par la passion », de « donner de l'importance à tout appétit », sans « égard pour les conséquences »²⁹⁰ ; il est nécessaire, pour être civilisé, d' « abandonner la chasse, et de se tourner vers l'agriculture »²⁹¹, mais également ces « danses secrètes » dont les « blancs sont exclus » et qui ne sont rien d'autres que des « moments de débauche »²⁹². Pour être une « Nation civilisée », il faut en outre être capable de se soumettre à des lois ; ce qui ne semble pas être le cas de

²⁸⁷ Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), *I Stew. & P.* 327, p.3, §3 : « The code of national law, by which political societies should be tried, to establish their national rank, is not one of express enactment; nor the result of any convention of assembled Nations ».

²⁸⁸ *Ibid.* : « We will examine this high pretension to savage sovereignty. If a people are found in the possession of a territory, in the practice of the arts of civilization; employed in the cultivation of the soil, and with an organized government ». Voir aussi, dans le même sens quoique beaucoup plus tardivement : *Montoya v. United States* (1900), 180 U.S. 261, 265 : « The North American Indians do not, and never have, constituted "Nations" as that word is used by writers upon international law, although in a great number of treaties they are designated as "Nations" as well as tribes. Indeed, in negotiating with the Indians, the terms "Nation," "tribe" and "band" are used almost interchangeably. The word "Nation" as ordinarily used presupposes or implies an independence of any other sovereign power more or less absolute, an organized government, recognized officials, a system of laws, definite boundaries, and the power to enter into negotiations with other Nations ».

²⁸⁹ Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832), *I Stew. & P.* 327, p.3, §3 : « it is a system of elementary principles, to which, the influence of morality and propriety ».

²⁹⁰ *Id.*, p.30, §35 : « They were found roving bands of savages by our ancestors, who first settled the American wilderness, governed entirely by their passions, and giving a full sweep to every appetite without regard to consequences. They could not be induced to forbearance from those gratifications of the animal appetite, so destructive in their consequences, by the incentives usually addressed to the civilized man ».

²⁹¹ *Id.*, p.31, §37 : « the great objects in view to be the christianizing and civilizing the sons of the forest, and to induce them to give up the chase and turn their attention to agriculture ».

²⁹² *U.S. v. Sandoval* (1913), 231 U.S. 28, 42 : « Until the old customs and Indian practices are broken among this people, we cannot hope for a great amount of progress. The secret dance, from which all whites are excluded, is perhaps one of the greatest evils. What goes on at this time I will not attempt to say, but I firmly believe that it is little less than a ribald system of debauchery ».

l'Indien qui « est incapable de ressentir ou même de craindre la disgrâce », et que seul le « châtiment corporel »²⁹³ peut dès lors contraindre.

Les nombreuses clauses contenues dans les traités signés avec les Nations indiennes et relatives à la civilisation de ces dernières le confirment : la « civilisation » n'est rien d'autre qu'un mode de vie similaire au mode de vie anglo-saxon. Ainsi, par exemple, tous les traités passés avec les Nations indiennes à la fin des années 1860 se devaient de contenir la clause suivante : « afin d'assurer la civilisation des Indiens parties à ce traité, l'éducation est reconnue comme nécessaire, notamment pour ceux qui sont établis dans des réserves destinées à l'agriculture, et ils s'engagent dès lors à obliger leurs enfants, garçons et filles, âgés de six à seize ans, d'aller à l'école », les États-Unis s'engageant pour leur part à fournir un « instituteur compétent pour enseigner les matières élémentaires d'une éducation anglaise »²⁹⁴.

Ces quelques illustrations suffisent à s'en convaincre : la preuve de la civilisation est, tant dans la doctrine que dans la pratique américaines, recherchée chez les *individus* qui composent une communauté plutôt que dans l'organisation politique de cette dernière. Influencée par les termes dans lesquels la question du droit des autochtones à voir leur occupation territoriale respectée a été posée dès les « grandes découvertes », par les penseurs espagnols notamment, la réponse est envisagée sous l'angle de la capacité individuelle des habitants de détenir un titre sur l'espace considéré : la doctrine espagnole fait figure de véritable terreau doctrinal, à tel point que l'on a pu écrire que le langage et la rhétorique de la génération jeffersonienne relatifs au statut juridique des Indiens étaient le résultat de « trois cent ans de précédents »²⁹⁵.

²⁹³ *Id.*, p.30, §36 : « but the Indian neither felt nor feared the disgrace, the bodily pain alone was the object of terror to him »

²⁹⁴ Cité par PRUCHA, (P.S.), *American Indian Treaty...*, précité, p.13 : « In order to insure the civilization of the tribe entering into this treaty, the necessity of education is admitted, especially by such of them as are, or may be, settled on said agricultural reservation; and they therefore pledge themselves to compel their children, male and female, between the ages of six and sixteen years, to attend school (...) and the United States agrees that for every thirty children, between said ages, who can be induced or compelled to attend school, a house shall be provided, and a teacher, competent to teach the elementary branches of an English education ». Voir par exemple « Treaty with the Crows, May 7 ; 1868 », *15 Stat. 649*, article 7.

²⁹⁵ BRAGAW, (S.G.), « Thomas Jefferson and the American Indian Nations : Native Americans Sovereignty and the Marshall Court », *Journal of the Supreme Court History*, vol.31, n°2 (2006), p.161. Il faut noter cependant, ainsi que nous l'avons vu plus haut, que l'opinion de Jefferson sur la civilisation des Indiens ne le conduit pas à leur refuser la détention d'un titre territorial.

Le débat sur la question de la capacité juridique des peuples habitant l’Amérique au moment de sa découverte par les Nations européennes se situe en effet, temporellement, avant la mise en place de l’ordre westphalien et la « territorialisation » consécutive du droit international : ce débat conduit Vitoria, et Las Casas²⁹⁶ avec lui, à refuser que la découverte puisse constituer un titre valable au territoire. Dans le *De Indis*, Vitoria estime en effet que les habitants des terres « découvertes » par les Européens en sont propriétaires, tant d’un point de vue public que privé²⁹⁷. L’argument est fondé sur les prescriptions du droit naturel, auxquelles sont soumis les Indigènes car ils sont doués de raison. Ils ont donc bien, contrairement à ce qu’affirmait par un exemple un Sepulveda soucieux de justifier la pratique espagnole²⁹⁸, la capacité de détenir un titre territorial car ils ont la capacité de « comprendre » le droit naturel, qui accorde un droit à celui qui occupe une terre. Consécutivement, la reconnaissance de ce droit au territoire des Indiens par Vitoria lui permet d’affirmer que la découverte ne pouvait conférer à l’Espagne un titre au territoire des Indiens, « pas plus que si c’étaient eux qui avaient découvert » l’Espagne²⁹⁹.

Cette réflexion est ainsi, et tout d’abord, une réflexion sur la personne : comme le note Marks, « dans ce débat, les qualités individuelles des Indigènes ainsi que leurs droits personnels et libertés définissent en même temps leurs droits collectifs de se gouverner eux-mêmes et d’être libres de tout contrôle extérieur ». Dans un tel contexte, « séparer les droits humains individuels des Indigènes de leurs droits collectifs en tant que peuple crée une dichotomie qui n’existe pas chez Vitoria ou Las Casas »³⁰⁰.

²⁹⁶ Sur ce point, voir notamment SCOTT, (J.B.), *The Spanish Origin of International Law : Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press 1934 ; MARKS, (G.C.), « Indigenous Peoples in International Law : The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolome de las Casas », *A.Y.B.I.L.* vol.13 (1992), pp. 1 – 51 ; COHEN, (M.R.), « The Spanish Origins of Indian Rights in the Law of the United States », *Georgetown L.J.* vol.31, n°1 (1942), pp. 1 – 21.

²⁹⁷ VITORIA, (F. de), *De Indis et de iure belli relectiones* (1696), Washington, Carnegie Institution 1917, pp.127-128 : « [Indians] are the true owners of their lands, with dominion in both public and private matters ».

²⁹⁸ PEREZ, (J.), « Vitoria, Sepulveda, Las Casas et les problèmes de la conquête et de la colonisation espagnoles au XVIe siècle », *Travaux de l’institut d’études ibériques et latino-américaines (Strasbourg)*, vol.12 (1972), pp.9-27.

²⁹⁹ VITORIA, (F. de), *De Indis...*, précité, p.139.

³⁰⁰ MARKS, (C.), « Indigenous Peoples in International Law ... », précité, p.28 : « in this contention, the individual qualities of indigenous persons and their personal rights and liberties at the same time define their collective rights to self-government and freedom from external control. To separate out the individual human rights of the indigenous persons from the collective political rights of indigenous

Or, c'est la même logique que l'on retrouve aux États-Unis lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le droit au territoire des Nations indiennes³⁰¹ : ce sont toujours, d'abord, les individus des entités formées par les Indiens qui sont décrits comme « féroces », « guerriers », « rustres et incivilisés ». Ces individus sont des « fils de la forêt » qui ne sont pas assez « intelligents » pour revendiquer un titre à l'espace qu'ils occupent³⁰² : il existe entre « la condition morale des sauvages et celle des chrétiens » une « barrière infranchissable » établie par le droit naturel, si bien que leurs institutions politiques et juridiques ne méritent aucune reconnaissance³⁰³.

2. *Construction raciste de la sujétion au droit international*

La particularité de l'argument de la civilisation comme critère de définition des sujets du droit des gens est cependant de reposer sur une réflexion dont l'individu est l'objet, mais dont l'individualité est, paradoxalement, niée. Déjà, les *Articles de la Confédération*, tout comme la constitution de 1789, confèrent au gouvernement fédéral des pouvoirs pour traiter « avec les Indiens »³⁰⁴. Adoptée la même année, l'ordonnance du Nord-Ouest recommande que « les Indiens » soient traités « avec la plus grande bonne foi »³⁰⁵. Dans tous ces textes, les « Indiens » sont considérés

peoples creates a dichotomy which would appear to be largely lacking in the thinking of Las Casas (and Vitoria) » Il faut noter, de plus, que Vitoria écrivait à une période où « sacred and profaned truth and knowledge had not yet been completely differentiated » : WILLIAMS, (R.) *The American Indian ...*, précité, p.97.

³⁰¹ Pour une étude précise des liens de filiation entre la doctrine espagnole du XVe siècle et la construction américaine du statut juridique des Nations indiennes, voir COHEN, F.S., « The Spanish origins... », précité, pp.1-21 et WILLIAMS, (R.A. Jr.), « The Medieval and Renaissance Origins of the Status of the American Indian in Western Legal Thought », *S.Cal.L.Rev.* vol.57, n°1 (1983), pp.1-99.

³⁰² GARRISON, (T.A.), « Beyond Worcester... », précité, p.437.

³⁰³ HARRING, (S.L.), *Crow Dog's Case...*, précité, p.17 : « Many nineteenth-century whites did not regard agreements with Indians as serious undertakings to be respected because they believed that Indians were not the same kind of human beings and that their political and legal institutions merited no recognition ».

³⁰⁴ Voir Article IX des Articles de la Confédération : « Les États-Unis assemblés en Congrès auront le droit de réglementer le commerce et de gérer les relations avec les Indiens » ; Article I, Section 8 de la Constitution de 1789 : « [le Congrès aura le pouvoir] de réglementer le commerce et de gérer les relations avec les Indiens ».

³⁰⁵ « An Ordinance for the government of the Territory of the United States northwest of the River Ohio, July 13, 1787 » in HOSEN, (F.E.), *Unfolding Westward in Treaty and Law. Land Documents in United States History from the Appalachians to the Pacific, 1783 – 1934*, Jefferson, London, McFarland &

comme une catégorie juridique unique – alors même que leur seul trait commun est celui d'une prétendue « race indienne ». Comme c'était déjà le cas au temps de la Seconde Scolastique espagnole et des débats consécutifs à la découverte du Nouveau Monde par les Nations européennes, user de ce « vocabulaire général englobant ”les Indiens” dans une vaste tribu homogène » évitait « d'avoir à faire d'embarrassantes distinctions »³⁰⁶.

Déjà cité, l'arrêt *Johnson v. McIntosh* est particulièrement illustratif de cette construction raciste du droit, qui voit le droit des « Indiens » à leurs terres exclu au motif qu'ils forment un groupe unique, *un* « peuple » non-civilisé et ne cultivant pas la terre. Ainsi, alors que l'arrêt concernait les Indiens Illinois et Piankeshaw en tant que Nations distinctes – dont les caractéristiques politiques et la nature du rapport à la terre sont décrites par la Cour dans l'exposé des motifs³⁰⁷ – Marshall en vient très rapidement à évoquer les « Indiens » comme une catégorie juridique unique, dont le titre territorial a été éteint³⁰⁸. En groupant ainsi l'ensemble des peuples occupant le territoire des États-Unis dans une seule et même catégorie, celle des « Indiens », Marshall privait toute autre tribu que celles parties à l'affaire de revendications similaires³⁰⁹. Et la Cour reprendra souvent l'argument : en 1877, les Indiens sont décrits comme constituant une « race dépendante et ignorante », dont la question des droits sur leurs terres est, pour

Company 1988, p.39 : « The utmost good faith shall always be observed towards the Indians ». Nous reproduisons également ce document en Annexe.

³⁰⁶ ALLAND, (D.), « Conquête espagnole des Indiens, jugements sur les Indiens d'Amérique et doctrine de la guerre juste », *Droits* n°46 (2007), p.31. Le Pr. Alland ajoute, s'appuyant sur les propos de Las Casas, qui vécut plusieurs décennies en Amérique, que « parler ”des” Indiens n'a aucun sens : épidermes, idiomes, rites, théogonies voient leur diversité fondue dans ce mot ”Indiens” qui ne voulait rien dire pour ceux qu'ils visent ».

³⁰⁷ *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 548-549 : « That among the tribes of Indians thus holding and inhabiting the territory north and northwest of the Ohio, east of the Mississippi, and west of the Great Miami, within the limits of Virginia, as described in the letters patent of May 23, 1609, were certain independent tribes or Nations called the Illinois or Kaskaskias and the Piankeshaw or Wabash Indians, the first of which consisted of three several tribes united into one and called the Kaskaskias, the Pewarias, and the Cahoquias; that the Illinois owned, held, and inhabited, as their absolute and separate property, a large tract of country within the last mentioned limits and situated on the Mississippi, Illinois, and Kaskaskias Rivers and on the Ohio below the mouth of the Wabash, and the Piankeshaws another large tract of country within the same limits, and as their absolute and separate property, on the Wabash and Ohio Rivers, and that these Indians remained in the sole and absolute ownership and possession of the country in question until the sales made by them in the manner herein after set forth ».

³⁰⁸ *Ibid.*, 574 : « While the different Nations of Europe respected the right of the natives as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves, and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy »

³⁰⁹ THOMSON, (J.S.), « Federal Indian Policy... », précité, pp.235-236.

cela, laissée au « sens de la Justice » de la « Nation chrétienne » que constitue les États-Unis³¹⁰; en 1913, la Cour juge encore que les Indiens Pueblos, « quoiqu’ayant une inclination pour la sédentarité plutôt que pour le nomadisme, et étant disposés à la paix et à l’industrie », sont néanmoins « Indiens par la race, les coutumes, et la forme de gouvernement ». Ils « adhèrent à des modes de vie primitifs, influencés par le fétichisme et la superstition », ils se « gouvernent par de cruelles coutumes héritées de leurs ancêtres » si bien qu’ils sont « un peuple simple, inférieur et amorphe »³¹¹.

Une telle argumentation permet ainsi d’affirmer que n’importe lequel des « Indiens » n’a pas la capacité de comprendre le concept de « titre territorial ». Leurs terres, explique le Sénateur Forsyth, sont ouvertes à l’occupation et à l’établissement des colons, car les Indiens sont « une race qui n’est pas considérée comme l’égale du reste de la communauté », composée d’hommes « qui ne sont pas libres », et dont les droits civils et politiques n’ont jamais, et ne seront jamais, reconnus³¹². Certains s’étonnent de

³¹⁰ *Beecher v. Wetherby* (1877), 95 U.S. 517, 525 : « It is to be presumed that in this matter the United States would be governed by such considerations of justice as would control a Christian people in their treatment of an ignorant and dependent race. Be that as it may, the propriety or justice of their action towards the Indians with respect to their lands is a question of governmental policy, and is not a matter open to discussion in a controversy between third parties, neither of whom derives title from the Indians ».

³¹¹ *U.S. v. Sandoval* (1913), 231 U.S. 28, 39 : « The people of the pueblos, although sedentary, rather than nomadic, in their inclinations, and disposed to peace and industry, are nevertheless Indians in race, customs, and domestic government. Always living in separate and isolated communities, adhering to primitive modes of life, largely influenced by superstition and fetichism, and chiefly governed according to the crude customs inherited from their ancestors, they are essentially a simple, uninformed, and inferior people ». On notera que quelques années auparavant, la Cour Suprême du Territoire de New Mexico [qui constituait alors un « Territoire fédéral »] : sur cette notion, voir *infra*, Seconde Partie, Titre 2] avait adopté sur les Indiens Pueblos une toute autre vue : voir *U.S. v. Lucero* (1869), 1 N.M. 422, 444 : « This court has known the conduct and habits of these Indians for eighteen or twenty years, and we say, without the fear of successful contradiction, that you may pick out one thousand of the best Americans in New Mexico, and one thousand of the best Mexicans in New Mexico, and one thousand of the worst pueblo Indians, and there will be found less, vastly less, murder, robbery, theft, or other crimes among the thousand of the worst pueblo Indians than among the thousand of the best Mexicans or Americans in New Mexico ». La contradiction entre cet arrêt et l’arrêt de 1913 est soulevée par GETCHES, (D.H.) ; WILKINSON, (C.F.), *Cases and Material on Federal Indian Law*, Saint Paul, West Publishers Co. 1986, p.199.

³¹² *Reg. Deb. (Senate)*, 21st Cong., 1st Sess., p.328 : « The lands occupied by them will be immediately subject to survey, sale, and settlement. For the old and for the new States, this important object will be gained : a race not admitted to be equal to the rest of the community ; not governed as completely dependent ; treated somewhat like human beings, but not admitted to be freemen ; not yet entitled, and probably never to be entitled, to equal civil and political rights, will be humanely provided for ». L’argument est en cela tout à fait similaire à celui qui est exposé dès le XVI^e siècle, lors de la découverte de l’Amérique par les Européens : voir ALLAND, (D.), « L’esclave par nature d’Aristote au temps de la seconde scolastique espagnole », *Droits* n°50 (2010), p.84 : « La radicalisation de l’esclave par nature a été accentuée par l’attribution collective des caractéristiques naturelles prêtées aux Indiens (...). [L]es auteurs du XVI^e siècle espagnol qui cherchent à légitimer non seulement la guerre mais

l’argument – « les obligations de la Justice changent-elles avec la couleur de la peau ? »³¹³ - mais il sera pourtant constant au cours du XIXe siècle américain.

*

* * *

Lorsqu’ils se penchent, aujourd’hui, sur la question de savoir si les entités formées par les habitants originels du continent nord-américain pouvaient être qualifiées d’État – une qualification importante, notamment dans la recherche de l’applicabilité à ces entités des normes du droit international relatives au droit à l’auto-détermination³¹⁴ – certains auteurs, à l’image de J.S.Thomson, font application de critères anachroniques : rechercher si l’entité considérée est constituée d’un gouvernement exerçant un pouvoir souverain effectif sur une population stable et un territoire fixe³¹⁵, c’est méconnaître l’évolution des critères de définition de l’État au cours de la période qui nous intéresse.

encore l’exploitation forcée des Indiens procèdent par voie collective, qu’il s’agisse du déficit de rationalité ou de tout jugement sur les Indiens, encore une fois considérés comme un ensemble homogène, comme si tout ce qui peuple le Nouveau Monde était un “peuple”. Sepùlveda en réfère constamment au peuple indien barbare et esclave par nature qu’il est juste de voir soumis au peuple espagnol. Oviedo imagine que Dieu va anéantir très promptement ce peuple. L’approche collective de la servilité naturelle se conjugue dès lors parfaitement avec les grandes enquêtes généalogiques qui vont parcourir ce siècle ».

³¹³ FRELINGHUYSEN, (T.), « Speech in the Senate... », in *Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.5 : « Do the obligations of justice change with the color of skin ? Is it one of the prerogative of the white man, that he may disregard the dictates of moral principle, when an Indian shall be concerned ? The question has ceased to be - What our duties ? An inquiry much more embarrassing is forced upon us : How shall we most plausibly, and with the least possible violence, break our faith ? ».

³¹⁴ Voir ANDRESS, (J.L.) ; FALKOWSKI, (J.E.), « Self-Determination : Indians and the United Nations – The Anomalous Status of America’s Domestic Dependent Nations », *Am. Ind. L. Rev.*, vol.8, n°1 (1980), pp.97-116. Voir notamment p.115 : « The domestic trust relationship between Indians and the United States, like those that have previously existed throughout the world, has repeatedly proven itself unable to protect the rights of native inhabitants. 'The Indians' right to real self-determination has been denied.' Under domestic law, Indian land can be taken without consent' or even compensation.' The federal government as trustee remains unaccountable for acknowledged breaches of trust duties. The international trust exists to remedy problems inherent indomestic trust relationships. It recognizes the native inhabitants' right to develop self-government. The international trust also promotes accountability ».

³¹⁵ THOMSON, (J.S.), « Federal Indian Policy... », précité, p.236 : « Each native American tribe claiming status as a sovereign Nation must show : a population, sufficient in number to maintain and perpetuate itself ; occupation of a fixed territory, held in such a manner as to indicate its separateness ; organized government, exercising control over and maintaining justice within its territory ; and the capacity to enter into relations with other sovereign Nations ».

Pendant la première moitié du XIXe siècle au moins, les caractéristiques que doit réunir une entité pour être qualifiée de « titulaire possible » de la souveraineté territoriale sont définies de telle manière à y inclure les Nations indiennes – alors même que leur organisation interne est peu institutionnalisée et leurs terres seulement temporairement occupées. Leur qualité de « peuple distinct » du peuple des États-Unis suffit alors à les qualifier d’État et à leur reconnaître les droits attachés par le droit international à ce statut. Ce n’est que par l’introduction d’un critère de civilisation – premier acte d’une construction coloniale du droit international et invention *destinée à contourner l’effectivité de la souveraineté des Nations indiennes* – que les États-Unis ont pu refuser à ces Nations cette qualité, et justifier ce faisant le déploiement unilatéral de leur pouvoir sur leurs terres et leurs habitants.

Section 2 – Le gouvernement fédéral et la question de l’étendue des pouvoirs constitutionnels de l’État

Les définitions de l’État exposées ci-dessus ont ceci de particulier qu’elles ne distinguent pas entre une approche « constitutionnaliste » et une approche « internationaliste » de cette notion. Alors que l’on admet généralement que le « concept d’État est composé d’éléments différents selon qu’il est un concept de droit constitutionnel ou de droit international »³¹⁶, l’État est défini, lorsque c’est la qualité des entités autochtones qui est recherchée, de manière uniforme. L’État est, pour le dire vite, un « corps politique », le jeu définitionnel s’opérant autour des critères du politique et non du champ d’étude considéré.

La question de la possibilité, pour les États-Unis cette fois, de détenir un titre territorial va cependant obliger la doctrine et la jurisprudence américaines à revoir cette définition, et à opérer une distinction entre les définitions constitutionnelle et internationale de l’État.

³¹⁶ CRANE, (R.T.), *The State in Constitutional...*, précité, p.10.

Le principe selon lequel toute Nation détient du droit naturel un titre territorial opposable aux autres Nations rencontre en effet, lorsque la « Nation » considérée est celle que forment les États-Unis, une difficulté d’application tenant à la nature particulière du système juridique et politique américain. Il est fréquemment affirmé que les États-Unis forment une communauté humaine, un « peuple », qui, de ce fait et comme nous l’avons vu, peut être qualifié de « sujet du droit des gens ». « Pour tous les sujets généraux nous formons un peuple, tous les citoyens individuels jouissant partout des mêmes droits nationaux, des mêmes priviléges et de la même protection » écrit ainsi Jay dans les *Federalist Papers*, ajoutant qu’« en tant que Nation, nous avons fait la paix et la guerre, en tant que Nation, nous avons vaincu nos ennemis communs, en tant que Nation, nous avons formé des alliances, conclu des traités, et sommes entrés dans des contrats et conventions divers avec les États étrangers »³¹⁷.

Cette unité cependant, que représente juridiquement le gouvernement fédéral auprès des autres Nations en vertu de l’article I, Section 2³¹⁸ de la constitution de 1789, n’est pas synonyme d’une unité et d’une plénitude de compétence de ce gouvernement : ses compétences sont exclusivement fondées sur une constitution qui les « restreint et [les] définit »³¹⁹. Il existe, pour le dire autrement, une « contrainte constitutionnelle » à la détention d’un titre territorial : l’existence de dispositions constitutionnelles qui fondent et limitent les pouvoirs du gouvernement qu’elles instituent. Il semble dès lors que la définition d’une entité comme « Nation » ne saurait suffire à la définir comme

³¹⁷ *The Federalist*, n°2, p.5 : « To all general purposes we have uniformly been one people each individual citizen everywhere enjoying the same national rights, privileges, and protection. As a Nation we have made peace and war; as a Nation we have vanquished our common enemies; as a Nation we have formed alliances, and made treaties, and entered into various compacts and conventions with foreign states ». Quoiqu’il existe une traduction française du *Federalist*, les traductions, sauf mention contraire, sont de nous. Pour la version française, voir HAMILTON, (A.) ; MADISON, (J.) ; JAY, (J.) [« PUBLIUS »], *Le Fédéraliste*, Paris, Economica 1988 (traduit de l’anglais par G.Jèze). Notons enfin que l’on trouve une version en ligne de *The Feralist*, proposée par la *Library of Congress* à l’adresse <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html> (consultée le 2 mai 2011).

³¹⁸ « Le président sera commandant en chef de l’armée et de la marine des États-Unis (...). Il aura le pouvoir, sur l’avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, sous réserve de l’approbation des deux tiers des sénateurs présents. Il proposera au Sénat et, sur l’avis et avec le consentement de ce dernier, nommera les ambassadeurs, les autres ministres plénipotentiaires et les consuls (...) ».

³¹⁹ *The Federalist*, n°45, p.227 : « The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite ».

entité pouvant détenir un titre territorial : encore faudrait-il qu'aucune « contrainte constitutionnelle » ne s'oppose à cette détention (§1). Tel n'est pas, cependant, la conclusion à laquelle la doctrine américaine et la Cour Suprême parviennent au milieu du XIXe siècle : reléguant les dispositions constitutionnelles dans un « ordre interne » qui s'invente pour l'occasion, et se fondant exclusivement sur la qualité de « Nation » des États-Unis, cet argument proclame l'inopposabilité internationale du texte constitutionnel, qui ne peut plus alors être pensé comme une condition de détention d'un titre (§2).

Construit de telle manière à *exclure* les Nations indiennes du rang des titulaires possibles de la souveraineté territoriale, au motif de leur absence de civilisation, le droit international est construit, cette fois, de telle manière à *inclure* les États-Unis dans cette catégorie, en dépit de la spécificité de leur organisation constitutionnelle. Il n'y a pas ici, comme la doctrine internationaliste le laisse généralement entendre, un « problème de droit interne »³²⁰. Car écarter des conditions de détention d'un titre territorial l'existence de pouvoirs constitutionnels correspondant, c'est définir l'État comme une notion propre au droit international, dont l'étendue des pouvoirs n'est pas nécessairement la même selon qu'ils sont envisagés sous un angle ou l'autre.

³²⁰ En témoigne la façon dont la question de l'acquisition du titre territorial sur la Louisiane – à l'occasion de laquelle le débat quant à la possibilité pour le gouvernement fédéral d'acquérir un titre territorial s'est cristallisé – est traité dans les manuels de droit international, qui n'évoquent que les questions soulevées par le tracé exact de la frontière entre les États-Unis et l'Espagne et la liberté de navigation après l'acquisition (pour les principaux développements : *Elements (en)...*, II, IV, §18, pp.248-252 ; PHILLIMORE, (R.), *Commentaries...*, précité, vol.1, p.204 ; HALL, (W.E.), *A Treatise on International Law*, Oxford, Clarendon Press 1884, p.103 ; TWISS, (T.), *The Law of Nations, considered as Independent Political Communities*, Oxford, Clarendon Press 1884, §125, p.205 ; HYDE, (C.C.), *International Law, chiefly as Interpreted by the United States*, Boston, Little, Brown 1922, vol.1, §101, pp.169-170) ou y voit simplement un exemple d'application pratique des « modes d'acquisition du territoire » (not. PHILLIMORE, (R.), *Commentaries...*, précité, vol.1, pp.229-230). De manière un peu plus intéressante dans la mesure où elle ne s'arrête pas à la valeur illustrative de l'achat de la Louisiane, l'étude récente de S.Beaulac, consacrée à la question de l'obtention du consentement des habitants de la Louisiane au transfert de souveraineté (BEAULAC, (S.), « Le transfert de territoire en droit international selon Vattel ... », précité, pp.1361-1395), laisse toutefois entièrement de côté le débat américain, pour étudier uniquement dans quelle mesure les habitants de la Louisiane avaient effectivement consenti au transfert. L'analyse du consentement du peuple américain à ce transfert aurait sans doute été beaucoup plus fructueuse, dans la mesure où il a donné lieu aux États-Unis à un débat quasi-absent du côté français. Mais comme le reste de la doctrine internationaliste, l'auteur juge que le débat américain n'a soulevé aucune question de droit international (voir p.1393 : « Au Congrès, on a pas considéré Vattel pertinent en raison de la nature des questions qu'on croyait soulever par l'achat de la Louisiane, qui n'avait rien à voir avec la validité de la cession en droit international »). Comme nous le verrons dans les développements qui suivent, l'affirmation est factuellement fausse : Vattel a été invoqué à plusieurs reprises à ce propos).

§1 – Contraintes constitutionnelles relatives à la détention d'un titre territorial

Le débat relatif à l’acquisition du titre sur la Louisiane, qui survient en 1803, interroge pour la première fois la constitutionnalité de l’acquisition d’un titre territorial par les États-Unis. Il en ressort une impossibilité constitutionnelle pour le gouvernement fédéral d’acquérir un titre territorial : parce que la détention d’un tel titre n’est pas compatible avec toute forme d’organisation politique (A), et parce que la constitution américaine limite matériellement les pouvoirs de ce gouvernement (B), la « confédération » américaine est « certainement confinée aux limites établies par la Révolution »³²¹.

A. Contraintes relatives à la nature de la constitution

Une constitution instituant non un État, mais le gouvernement d’une Union d’États existants – et qui n’entendent pas disparaître – prive ce gouvernement de toute compétence que la constitution ne lui reconnaît pas expressément.

En effet, si une constitution est la « loi fondamentale d’un État » constituée de l’« ensemble de règles et de maximes en vertu desquelles les pouvoirs souverains sont habituellement exercés »³²², celle des États-Unis tire sa spécificité, d’une part, de la nature du système qu’elle instaure et, d’autre part et conséquemment, des limitations qu’elle impose au pouvoir qu’elle institue.

³²¹ JEFFERSON, (T.), « *Letter to Dickinson*, August 9, 1803 », in FORD, (P.L), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, New York, G.P. Putnam & Sons 1892 - 1899, vol.10, p.510 : « Our Confederation is certainly confined to the limits established by the revolution. The general government has no powers but such as the constitution has given it ; and it has not given it a power of holding foreign territory, and still less of incorporating it into the Union ». La « confédération » dont il est question ici est bien entendu la « Fédération » d’après le vocabulaire actuel.

³²² COOLEY, (T.M.), *A Treatise on the Constitutional Limitations which rests upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown & Co. 1868, p.2 : « A constitution is sometimes defined as the fundamental law of a state, containing the principles upon which the government is founded, regulating the division of the sovereign powers, and directing to what persons each these powers is to be confided, and the manner in which it is to be exercised. Perhaps an equally complete definition would be, that body of rules and maxims in accordance with which the powers of sovereignty are habitually exercised ».

Décrivant la formation du système américain, Tracy écrit ainsi qu'un « certain nombre d'États, ou souverains indépendants, forment une association volontaire ». Considérée comme une « association d'États », comme un « *partnership* » - Scott parlera plus tard d' « organisation internationale »³²³ – l'Union américaine ne peut par définition acquérir un titre territorial, puisqu'elle a été pensée pour unir juridiquement et politiquement non un espace, mais des États. Ce qui paraîtrait « absurde » du point de vue des Nations européennes – l'impossibilité pour une Nation d'acquérir un titre territorial – ne l'est plus dès lors que cette question est posée au sein d'une « Union d'États », d'une « société interétatique »³²⁴. Car l'acquisition d'un titre territorial ferait « entrer » dans l'Union un autre « type » d'espace, puisque non-étatique. Les tenants de cet argument font donc valoir que le gouvernement fédéral ne peut étendre sa compétence par l'acquisition d'un titre sur un espace dont les habitants ne forment pas, en tant que tels, un État. Parce que la « confédération » instituée par la constitution de 1789 crée une « association d'États » le gouvernement fédéral ne peut être qu'un gouvernement d'États, et non d'un peuple dépourvu d'organisation étatique³²⁵.

De plus, l'acquisition d'un titre territorial par le gouvernement fédéral pose un second problème : à la différence du gouvernement d'un État unitaire, le gouvernement américain ne peut intervenir que dans les domaines énumérés par la constitution³²⁶. Comme le précisera le Xe amendement, « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux

³²³ SCOTT, (J.B.), *The United States of America : a Study in International Organization*, New York, Oxford UP 1920, 605 p.

³²⁴ Intervention de Mr Nicholson, « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann. Cong. (House of Representatives)*, 8 Cong., 1st Sess. p.467 : « Whether the United States, as a sovereign and independent empire, had a right to acquire territory, was one question, but whether they could admit that territory into the Union, upon an equal footing with the other States, was a question of a very different nature (...) But, sir, said Mr. N., had I been asked anywhere but in this House, whether a sovereign Nation had a right to acquire new territory, I should have thought the question a absurd one » (c'est nous qui soulignons).

³²⁵ Voir BROWN, (E.S.), *The Constitutional History of the Louisiana Purchase, 1803 – 1812*, Berkley, California UP 1920, p.19 : « If the opinion is correct, that the General government when formed, was predicated on the then existing *United States*, and such as could grow out of *them* and out of *them* only, and that its authority, is, constitutionnaly, limited to the people composing the several political State Societies in that union, and such as might be formed out of them ; would not a direct independent purchase, be extending the executive power further, and be more alarming and [illegible] by the opposition and the Eastern States, than the proposed indirect mode ? ».

³²⁶ Voir en ce sens WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional System...*, précité, p.32 : « This being so, we are, as a consequence, almost forced to say that the adoption of the Constitution and the establishment of a government according to its provisions was not a demonstration of the fact that a truly sovereign, national State had come into being ».

États-Unis par cette constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement, ou par le peuple ». La constitution est « la mesure des pouvoirs que [les États] déléguent au gouvernement fédéral », les États se réservant « pour eux-mêmes, tous les pouvoirs qui n'ont pas été délégués »³²⁷. C'est un argument similaire qu'avance Jefferson, selon qui « le gouvernement général n'a d'autres pouvoirs que ceux que la constitution lui a donnés »³²⁸. L'argument participe, plus largement, de la théorie des « *State rights* »³²⁹, déjà exprimée par Jefferson, Madison et Breckenridge dans les *Kentucky and Virginian Resolutions*³³⁰ adoptées quelques années avant le traité sur la Louisiane en réaction aux *Alien and Sedition Acts*³³¹. Selon cette théorie en effet, « les différents États qui composent les États-Unis d'Amérique ne sont pas unis par le principe d'une soumission illimitée à leur gouvernement général ; mais en vertu d'un contrat qui, sous la forme et le titre d'une constitution pour les États-Unis et de ses amendements, institue un gouvernement général pour la réalisation de certains buts – déléguant à ce gouvernement certains pouvoirs définis et chaque État réservant pour lui-même, la masse restante de droits à son propre gouvernement »³³². Dès lors, et dans le cas où le gouvernement devrait intervenir dans cette « masse de droits » réservés aux États, ceux-ci seraient autorisés à ne pas tenir compte des conséquences de cet acte :

³²⁷ Internvention de Mr Tracy, « On the Louisiana Treaty, Nov.3, 1803 », *Ann. Cong. (Senate)*, 8 Cong., 1 Sess., pp.54-55 : « A number of State, or independent sovereignties, enter into a voluntary association, or, to familiarize the subject, it may be called a partnership, and the Constitution was agreed to as the measure of power delegated by them to the Federal Governement, reserving to themselves every other power not by them delegated. In this Constitution they have restricted the powers of Congress, or the Federal Governement, in a number of instances ».

³²⁸ Cité par TUCKER, (R.W.) ; HENDRICKSON, (D.C.), *Empire of Liberty : the Statecraft of Thomas Jefferson*, New York, Oxford, Oxford UP 1990, p.164.

³²⁹ Sur les liens entre cette théorie et l'achat de la Louisiane, voir FARNHAM, (T.J.), « The Federal-State Issue and the Louisiana Purchase », *Louisiana History : the Journal of the Louisiana Historical Association*, vol.6, n°1 (1965), pp.5-25.

³³⁰ « Resolutions of Kentucky of 10th November 1798 », in RANDOLPH, (J.W.) (ed.), *The Virginia Report of 1799-1800 touching the Alien and Sedition Laws together with the Virginia Resolutions of December 21, 1798, The Debate and Proceedings thereon in the House of Delegates of Virginia, and Several other Documents illustrative of the Report of Resolutions*, Richmond 1850, pp.162-167 et « Resolutions of Virginia of 21st December 1798 » in *id.*, pp.22-23.

³³¹ Lois sur les étrangers et la sédition, adoptées en 1798 et jugées par les Républicains comme inconstitutionnelles en raison des pouvoirs qu'elles conféraient au gouvernement fédéral : voir « An Act to Establish a Uniform Rule of Naturalization », 1 Stat. 566 ; « An Act Concerning Aliens », 1 Stat. 570 ; « An Act Respecting Alien Enemies », 1 Stat. 577 ; « An Act for the Punishment of Certain Crimes against the United States », 2 Stat. 596.

³³² « Resolutions of Kentucky of 10th November 1798 », in RANDOLPH, (J.W.), (ed.), *The Virginia Report of 1799-1800* . . . , précité, p.163 : « the several States composing, the United States of America, are not united on the principle of unlimited submission to their general government; but that, by a compact under the style and title of a Constitution for the United States, and of amendments thereto, they constituted a general government for special purposes — delegated to that government certain definite powers, reserving, each State to itself, the residuary mass of right to their own self-government ».

« lorsque des pouvoirs sont exercés qui n'ont pas été délégués, la nullification de cet acte est un remède juridiquement valable. Tout État a un droit naturel, pour tous les cas qui outrepassent le pacte, de nullifier de leur propre autorité toute exercice d'un pouvoir à l'intérieur de leurs limites » car les États seraient, sans cela, « sous la domination, absolue et illimitée, de celui qui exerce ce droit »³³³. Présenté comme l'expression de la « passion » de Jefferson pour les droits des États, dont la protection est jugée meilleure garantie du républicanisme³³⁴, cet argument est ainsi fondé sur l'idée que constitution fédérale et détention d'un titre territorial sont deux propositions antinomiques, car reconnaître la possibilité de la seconde, c'est méconnaître la nature de la première³³⁵. A la différences des « monarques européens », dont les pouvoirs ne sont pas limités matériellement, les États-Unis ne peuvent ni acquérir un titre territorial, ni céder un titre qu'ils ne détiennent pas, car la constitution est muette sur ce point³³⁶.

³³³ *Ibid.* : « where powers are assumed which have not been delegated, a nullification of the act is the rightful remedy: that every State has a natural right in cases not within the compact, (*casus non federis*) to nullify of their own authority all assumptions of power by others within their limits: that without this right, they would be under the dominion, absolute and unlimited, of whosoever might exercise this right of judgment for them ».

³³⁴ *Contra* : sur l'interprétation de l'achat de la Louisiane par Jefferson comme une remise en cause de son idéologie Républicaine, voir FRIED, (A.), *The Essential Jefferson*, New York, Collier Books 1963, p.400 : « ...if Jefferson succeeded in Republicanizing the Federalists, he succeeded even more in Federalizing the Republicans. Hamilton had anticipated this possibility in 1800 when, in supporting Jefferson over Burr, he wrote : "it is a fact which I have frequently mentioned that while we were in the administration together, he [Jefferson] was generally for a large construction of the Executive authority ». B.J.Balleck s'est attaché à critiquer cette interprétation, démontrant au contraire que l'achat de la Louisiane peut s'analyser comme un acte visant à sauvegarder la nature républicaine des États-Unis en ajoutant à l'Union de nouveaux États – permettant ainsi d'éviter la centralisation du gouvernement : BALLECK, (B.J.), « When the Ends justify the Means : Thomas Jefferson and the Louisiana Purchase », *Presidential Studies Quarterly*, vol.22, n°4 (1992), p.681.

³³⁵ Voir McDONALD, (F.), *States' Rights and the Union. Imperium in Imperio, 1776-1876*, Lawrence, Kansas UP 2000, p.59 : « Jefferson had doubts about the constitutionality of the acquisition. Earlier, when thinking of buying just New Orleans, he had expressed misgivings about acquiring territory, since that power was not granted in the Constitution, but his cabinet members had more or less convinced him that the power inhered in nationhood – a doctrine of inherent powers that Hamiltonian Federalists had advanced and Republicans had denounced. When Jefferson learned of the magnitude of the purchase, his doubts returned. He reluctantly accepted the idea that the government had the authority to acquire territory (...) ».

³³⁶ La comparaison entre les Nations Européenne et la Nation Américaine est proposée notamment par Mr Tracy, dans son intervention déjà citée « On the Louisiana Treaty, Nov.3, 1803 », *Ann. Cong. (Senate)*, 8 Cong., 1 Sess., pp.54-55 : « It is well known that, in Europe, any part of a country may be ceded by treaty, and the transfer is considered valid, without the consent of the inhabitants of the part thus transferred. Will it be said that the President and Senate can transfer Connecticut by treaty to France or to any other country ? I know that a Nation may be in war, and reduced to such necessitous circumstances, as that giving up a part or half the territory, to save the remainder, may be inevitable : the United States may be in this condition ; but necessity knows no law nor constitution either ; such a case might be the result of extreme necessity, but it would never make it constitutional ; it is a state of things which cannot, in its own nature, be governed by law or constitution. But if the President and Senate should, in ordinary peaceable times, transfer Connecticut, against her consent, would the Government be bound to make laws to carry such a treaty into effect ? Such a transfer of territory can certainly be

Enfin, la possession d'un titre territorial par le Congrès ferait de cette instance une instance souveraine, car le titre territorial est constitutif d'une compétence exclusive et absolue sur l'espace considéré³³⁷ – contrairement à la nature pour laquelle elle a été pensée : « reconnaître au gouvernement national des pouvoirs qui ne lui ont été ni explicitement, ni implicitement attribués, mais qui seraient fondés simplement sur sa souveraineté », c'est faire de ce gouvernement un gouvernement aux pouvoirs « non énumérés », alors que le gouvernement des États-Unis est un gouvernement « auquel les pouvoirs ont été délégués »³³⁸.

Selon cette description, l'Union américaine s'apparente donc à ce que la doctrine et la jurisprudence internationales contemporaines appelleraient un « sujet dérivé, ou second du droit international » parce que « créé par les États »³³⁹, et limitée pour cela par un « principe de spécialité »³⁴⁰ d'après lequel elle ne peut agir que dans les domaines

made by the monarchs in Europe, under the head of the treaty-making power. I am convinced, sir, that only a cursory view of this subject will be sufficient to show every reasonable man that the treaty-making power in the United States cannot be the same that it is in the European Governements ».

³³⁷ Cf. *infra*, Seconde Partie, Titre 1.

³³⁸ WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional System...*, précité, p.194 : « To concede to the national government powers neither expressly granted nor implied from those expressly granted, but as founded simply upon its sovereignty, is, in effect, to make of that government a government of unenumerated instead of enumrated powers (...). The government of the United States is one of delegated and limited powers. It derives its existence and authority altogether from the Constitution, and neither of its branches can exercise any of the powers of government beyond those specified and granted ».

³³⁹ Voir DUPUY, (R.-J.), (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Boston, Lancaster 1988, p.14 : « (...) [L'] organisation internationale, fortement amarrée aux souverainetés des États (...) tend à demeurer sinon à un niveau inférieur au leur, du moins à un plan latéral. Avec cette particularité que même l'organisation la plus évoluée et la mieux pourvue en compétences à elle transférées par les États n'a rien d'un prince souverain. Précisément la souveraineté, principe inhérent à l'État, lui fait défaut : sa naissance ne peut être décidée que par des États et, de ce point de vue, l'organisation apparaît comme un phénomène secondaire par rapport au phénomène étatique ; elle est la créature ; les États sont les créateurs. Or ceux-ci ne lui confient que des compétences limitées au domaine propre qu'ils lui ont assigné ».

³⁴⁰ Voir DIEZ DE VELASCO VALLEJO, (M.), *Les organisations internationales*, Paris, Economica 2002, p.24 : « (...) [L]a personnalité des organisations est affectée par le principe de la spécialité qui inspire tout leur régime juridique ; en d'autres termes, leur personnalité est limitée aux fonctions et aux objectifs qui leur ont été confiés ».

mentionnés dans sa charte constitutive³⁴¹ - ce qui exclut par définition toute compétence territoriale³⁴². Seuls deux moyens d’expansion de l’Union sont alors envisageables.

Le premier, c’est celui de l’acquisition par les *États de l’Union* d’un titre territorial : c’est en ce sens que l’*attorney general des États-Unis*, Levi Lincoln, proposa à Jefferson un « mode indirect » d’acquisition du territoire par lequel la France « accepterait que le territoire de l’État de Géorgie soit étendu » - évitant ainsi au gouvernement fédéral « des complications constitutionnelles et politiques »³⁴³. Mais Gallatin, à qui Jefferson demanda son avis sur cette proposition, vit bien qu’elle était intenable : les États étant privés de toute relation avec l’extérieur³⁴⁴, le gouvernement fédéral demeure la seule autorité à laquelle il *serait possible* de reconnaître la compétence d’acquérir un titre territorial auprès d’une Nation étrangère³⁴⁵.

Moins original et anecdotique, l’autre procédé juridique par lequel l’Union pourrait s’agrandir serait celui de l’admission d’États existants - à la condition toutefois

³⁴¹ Voir C.I.J., *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *C.I.J. Recueil* 1949, not.pp.174-188 et C.I.J., *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil* 1996, p.78.

³⁴² ALLAND, (D.), *Droit international...*, précité, p.200. Toute introduction d’une dimension territoriale du pouvoir d’une organisation internationale perturbe la théorie habituelle de leur statut juridique : un bon exemple des difficultés théoriques posées est ce passage – très confus – dans lequel Schmitt tente de donner une explication du régime des mandats dans le cadre de la S.D.N. : voir SCHMITT, (C.), *Théorie de la Constitution* (1989), Paris, PUF 2008 (traduit de l’allemand par L.Deroche), p.532 : Schmitt oppose la S.D.N. à une fédération pour démontrer qu’il n’est pas possible de considérer les territoires sous mandat comme des territoires *de la S.D.N.*.

³⁴³ Cité par BROWN, (E.S.), *The Constitutional History...*, précité, p.18 : « The idea is that for the common advantage of having great, fixed, and natural boundaries between the territory of France and the United States, and to secure to the latter, the full and unimpeded navigation of, maritime & commercial rights important, and naturally appurtenance to a country bordering on navigable rivers, in the neighborhood of a sea coast, and from the interior of which country, navigable rivers empty themselves into a neighboring sea, France agrees to extend the boundaries of the Mississippi Territory, and of the State of Georgia (...). By this indirect mode, if it is feasible, would not the General Government avoid some constitutional, and some political embarrassments, which a direct acquisition of a foreign territory by the Government of the United States might occasion ? ».

³⁴⁴ Cf. *infra*, Chapitre 2, Section 1.

³⁴⁵ Cité par *id.*, p.20 : « It is not necessary to point out the obvious weakness in Lincoln’s plan. The best possible reply is that of Gallatin, to whom Jefferson submitted Lincoln’s letter. Gallatin laid down a clear statement of broad construction of the Constitution. He could see no difference “between a power to acquire territory for the United States and the power to extend by treaty the territory of the United States”. Annexation of new territory to a state was no more acceptable than the plan to extend the boundaries. If the Legislature and Executive could not acquire territory under the Constitution for the use of the Union, certainly, contended Gallatin, they could not acquire it for the use of one state ».

que soit obtenu le consentement des « partenaires » de l’Union³⁴⁶ : sans cette restriction, c’est la nature de l’Union qui change, et les Pères fondateurs n’auraient pu imaginer conférer au gouvernement fédéral un tel pouvoir car il est, « par sa nature », « dangereux pour la liberté », et « susceptible de mener à la dissolution de l’Union ». En effet, poursuit Story, l’auteur de ces lignes, si le Congrès avait ce pouvoir, « il pourrait unir le propre territoire [des États-Unis] à celui d’une Nation étrangère, quelle que soit sa situation, sa population, et sa puissance » ; si le gouvernement fédéral pouvait « admettre un État étranger dans l’Union », alors la « balance établie par la constitution serait détruite » et les « États originaires pourraient devenir insignifiants »³⁴⁷. J.Q.Adams lui, fit valoir qu’admettre ce pouvoir, ce serait donner force obligatoire, au sein de l’Union à « des lois espagnoles ou françaises », jugées « incompatibles » avec « l’esprit » et le « caractère » de l’Union américaine³⁴⁸.

³⁴⁶ Intervention de Mr Thatcher, « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann. Cong. (House of Representatives)*, 8th Cong. 1st Sess., p.454 : « The Confederation under which we now live is a partnership of States, and it is not competent to it to admit a new partner but with the consent of all the partners. If such a power exist, it does not reside in the President and Senate ». Voir aussi l’opinion de Pickering, citée par ADAMS, (H.), *History of the United States during the Administrations of Thomas Jefferson* (1889), New York, Literary Classics of the United States 1986, p.373 : « I believe the assent of each individual State to be necessary for the admission of a foreign country as an associate in the Union, in like manner as in a commercial house the consent of each member would be necessary to admit a new partner into the company ».

³⁴⁷ STORY, (J.), *Commentaries...*, précité, vol.3, p.157 : « There is no pretence, that the purchase, or cession of any foreign territory is within any of the powers expressly enumerated in the constitution. It is no where in that instrument said, that congress, or any other department of the national government, shall have a right to purchase, or accept of any cession of foreign territory. The power itself (it has been said) could scarcely have been in the contemplation of the framers of it. It is, in its own nature, as dangerous to liberty, as susceptible of abuse in its actual application, and as likely as any, which could be imagined, to lead to a dissolution of the Union. If congress has the power, it may unite any foreign territory whatsoever to our own however distant, however populous, and however powerful. Under the form of a cession, we may become united to a more powerful neighbour or rival ; and be involved in European, or other foreign interests, and contests, to an interminable extent. And if there may be a stipulation for the admission of foreign states into the Union, the whole balance of the constitution may be destroyed, and the old states sunk into utter insignificance. It is incredible, that it should have been contemplated, that any such overwhelming authority should be confided to the national government with the consent of the people of the old states. If it exists at all, it is unforeseen, and the result of a sovereignty, intended to be limited, and yet not sufficiently guarded ». Sur l’argument de la « balance du pouvoir », avancé par les Républicains des États de Nouvelle Angleterre – qui craignaient que l’achat de la Louisiane ne favorise le « Sud » au profit du « Nord », voir FARNHAM, (T.J.), « The Federal-State Issue and the Louisiana Purchase », précité, pp.5-25.

³⁴⁸ ADAMS, (J.Q.), « The Department of State – First term » in ADAMS, (C.F.), (ed.), *Memoirs of John Quincy Adams*, Philadelphia, J.B.Lippincott & Co. 1875, vol.5, p.401 : « It made a Union totally different from that for which the Constitution had been formed. It gives despotic powers over the territories purchased. It naturalizes foreign Nations in a mass. It makes French and Spanish laws a part of the laws of the Union. It introduces whole systems of legislation abhorrent to the spirit and character of our institutions, and all this done by an Administration which came in blowing a trumpet against implied powers. After this, to nibble at a bank, a road, a canal, the mere mint and cummin of the law, was but glorious inconsistency ». Voir *contra* la remarque du Père de J.Q.Adams, John Adams : ADAMS, (J.), « Letter to Josiah Quincy Adams, February 9, 1811 », in ADAMS, (C.F.), (ed.), *The Works of John*

Cette argumentation oppose ainsi à la possibilité de la détention d'un titre territorial la nature de l'entité sujet du droit international qui y prétend : toute « Nation » ne peut compter parmi les détenteurs possibles de la souveraineté territoriale, car à la qualité de « Nation » s'ajoute une autre condition : celle de l'absence de contraintes constitutionnelles à la détention d'un tel titre.

B. Contraintes relatives à l'étendue matérielle du pouvoir de conclure des traités et de faire la guerre

Conclure de la spécificité de la constitution américaine qu'elle prohibe la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral conduit à conclure à l'inconstitutionnalité de nombreux actes de cessions territoriales adoptés ou conclus dès après l'indépendance des anciennes colonies.

Ainsi, par exemple, du traité de cession du titre sur la Louisiane, qui stipule que « le Premier Consul de la République, désireux de donner ici témoignage remarquable de son amitié aux États-Unis, il leur fait, au nom de la République française, cession à toujours et en pleine souveraineté dudit territoire en tous ses droits et appartenances, ainsi et de la manière qu'ils ont été acquis par la République française en vertu du traité susdit conclu avec Sa Majesté Catholique »³⁴⁹. Dès avant cette date, le Congrès fédéral

Adams, *Second President of the United States: with a Life of the Author, Notes and Illustrations, by his Grandson Charles Francis Adams*, Boston, Little, Brown & Co. 1856, vol.9 : « You appear to be fully convinced that the Convention had it not in contemplation to admit any State or States into our Confederation, then situated without the limits of the thirteen States. In this point I am not so clear. The Constitution, it is true, must speak for itself, and be interpreted by its own phraseology ; yet the history and state of things at the time may be consulted to elucidate the meaning of words, and determine the *bona fide* intention of the Convention. Suppose we should admit for argument's sake, that no member of the Convention foresaw the purchase of Louisiana ! It will not follow that many of them did not foresee the necessity of conquering, some time or other, the Floridas and New Orleans, and other territories on this side of the Mississippi ; the state of things between this country and Spain in 1787, was such as to render the apprehensions of a war with that power by no means improbable, the boundaries were not settled, the navigation of the river was threatened, and Spain was known to be tampering and England to ».

³⁴⁹ « Treaty between the United States of America and the French Republic, April 30, 1803 », in MILLER, (H.), *Treaties and others International Acts...*, précité, vol.2, p.500, article I : « And whereas in pursuance of the Treaty and particularly of the third article the French Republic has an incontestible title to the domain and to the possession of the said Territory-The First Consul of the French Republic desiring to give to the United States a strong proof of his friendship doth hereby cede to the United

avait accepté la cession, par certains des États nouvellement indépendants, du titre qu’ils revendiquaient, sur le fondement de leurs chartes coloniales, sur les « terres de l’Ouest » : parmi ces actes de cession³⁵⁰, celui de Caroline du Nord, accepté par le Congrès en 1790³⁵¹, dispose par exemple que cet État « cède tous les droit, titre et revendication à la souveraineté et au territoire sur les terres comprises dans les limites définies par la charte coloniale » de l’État aux États-Unis³⁵². On se souvient, enfin, que les traités conclus par le gouvernement fédéral avec les Nations indiennes, par lesquelles ces dernières cèdent au premier leur titre territorial, sont nombreux : les Sioux en 1805 cèdent aux États-Unis « la souveraineté et le pouvoir pleins et entiers »³⁵³ sur un pan de leurs terres, de même que de nombreuses autres tribus l’avaient fait avant eux et le referont par la suite.

Le gouvernement fédéral est ainsi, dès les premières années de son existence, détenteur d’un titre territorial sur un vaste espace. C’est pour confirmer la constitutionnalité de ces actes qu’une autre frange de la doctrine américaine, dont John Adams et Randolph sont les plus célèbres représentants, adopte sur la question des rapports entre la constitution et la détention d’un titre territorial un autre point de vue que celui étudié plus haut. Selon Randolph, la constitution contient des dispositions qui

States in the name of the French Republic for ever and in full Sovereignty the said territory with all its rights and appurtenances as fully and in the Same manner as they have been acquired by the French Republic in virtue of the above mentioned Treaty concluded with his Catholic Majesty ».

³⁵⁰ Pour une étude de ces actes voir *infra*, Seconde Partie, Titre 2.

³⁵¹ « An act to accept a cession of the claims of the State of North Carolina to a certain district of Western Territory, Apr.2, 1790 », 1 *Stat.* 106.

³⁵² *Id.*, pp.106-107 : « Be it enacted by the General Assembly of the State of North Carolina, and it is hereby enacted by the authority of the same, that the Senators of this state, in the Congress of the United States, or one of the Senators and any two of the representatives of this state in the Congress of the United States, are hereby authorized, empowered and required to execute a deed or deeds on the part and behalf of this state, conveying to the United States of America, all right, title and claim which this state has to the sovereignty and territory of the lands situated within the chartered limits of this state, west of a line [suit la description des frontières concernées] ». Les actes des autres États sont rédigés de manière similaire : voir par exemple celui de la Géorgie : « Articles of agreement and cession, entered into on the twenty-fourth day of April, one thousand eight hundred and two between the commissioners appointed on the part of the United States (...) on the one part, and the commissioners appointed on the part of the State of Georgia (...) on the other part », April 26, 1803, *A.S.P.P.L.*, vol.1, p.114 : « Article I – The State of Georgia cedes to the United States all the right, title, and claim, which the said State has to the jurisdiction and soil of the lands situated within the boundaries of the United States ».

³⁵³ « Treaty with the Sioux, Sept.23, 1805 », in KAPPLER, (C.J.), *Indian Affairs : Laws and Treaties*, Washington, Government Printing Office 1904, vol.1, p.1031, article 1 : « the Sioux Nation grants to the United States, the full sovereignty and power over said districts forever, without any let or hindrance whatsoever ».

fondent le pouvoir du gouvernement fédéral d’acquérir un tel titre – une argumentation que fera sienne, dans un premier temps, la Cour Suprême. Cependant, comme nous le montrerons, les dispositions avancées ne peuvent, à moins de confondre les notions de pouvoir et de compétence, fonder la compétence du gouvernement fédéral américain de détenir un titre territorial. *Du point de vue de la constitution, c'est un point que la réalité de l'expansion territoriale a tout à fait masqué, les États-Unis, représentés par le gouvernement central, sont ainsi juridiquement incompétents pour détenir un tel titre.*

A la stricte lecture de la constitution américaine que nous avons exposée ci-dessus s’opposa en effet une lecture extensive de celle-ci, dont les démocrates-républicains furent les principaux partisans³⁵⁴. Selon cette interprétation, si le pouvoir du gouvernement reste fondé sur le texte constitutionnel, ce texte est interprété comme conférant au gouvernement le pouvoir d’acquérir et de détenir un titre territorial. Plusieurs arguments sont invoqués en ce sens. Deux d’entre eux sont trop libéraux pour qu’un réel intérêt leur soit porté : il s’agit de celui selon lequel, en prévoyant, en son article I, section 8, que l’objet des pouvoirs du Congrès est le bien-être général des États, la constitution confère au gouvernement le pouvoir d’acquérir un titre territorial, si cette acquisition est réalisée à cette fin³⁵⁵. Un second argument consiste à soutenir que le gouvernement détenant le pouvoir de régler les conflits qui s’élèveraient à propos des limites des États-Unis avec les autres Nations, il a également le pouvoir d’étendre ces limites. Soutenu par Randolph, l’argument souffre toutefois de ne pouvoir s’appuyer sur aucune disposition explicite de la constitution, car on ne voit pas quelle disposition constitutionnelle confère au gouvernement la compétence en matière de règlement des conflits territoriaux internationaux³⁵⁶.

³⁵⁴ BROWN, (E.S.), *The Constitutional History ...*, précité, p.63.

³⁵⁵ Intervention de Mr Rodney, « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann.Cong.(House of Representatives)*, p.472 : « By the Constitution Congress have power to ‘lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defence and general welfare of the United States’». To provide for the general welfare ! The import of these terms is very comprehensive indeed. If this general delegation of authority be not at variance with other particular power specially granted, nor restricted by them ; if it be not in any degree comprehended in those subsequently delegated, I cannot perceive why, within the fair meaning of this general provision is not included the power of increasing our territory, if necessary for the general welfare or common defence ».

³⁵⁶ Intervention de Mr Randolph, « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann.Cong.(House of Representatives)*, 8 Cong., 1st Sess. p.435 : « among the powers which the Government possesses under the Constitution there exists that of settling disputes concerning our limits with the neighboring Nations (...). The existence of this power will not be denied : it has been exercised in ascertaining our

Deux autres arguments sont plus convaincants et, surtout, ont été repris par la Cour Suprême pour fonder le pouvoir du gouvernement fédéral d’acquérir un titre territorial.

Il est alors bien établi, dans la doctrine internationaliste existante au jour de l’acquisition du titre territorial sur la Louisiane, qu’un tel titre peut être acquis par une transaction conventionnelle ou par une conquête³⁵⁷. Aussi voit-on alors dans l’article II, Section 2 de la constitution, selon lequel le Président des États-Unis a le pouvoir, après avis et accord du Sénat, de conclure des traités, le fondement d’un pouvoir constitutionnel d’acquisition d’un titre territorial. La pratique des États-Unis vient en outre à l’appui de cette hypothèse, puisqu’au jour de l’acquisition de la Louisiane, le Président et le Sénat ont déjà signé, nous l’avons vu, de nombreux traités avec les Nations indiennes : « nous recevons constamment, en pratique, du territoire par cession des hommes rouges de l’Ouest » rappelle ainsi Mitchill au cours du débat, et considérer que le gouvernement ne pourrait constitutionnellement acquérir un tel titre, reviendrait à considérer comme inconstitutionnelles l’ensemble de ces conventions³⁵⁸. Selon cette construction de la constitution, le Président et le Sénat sont « les deux autorités désignées par la constitution » pour « acquérir un territoire »³⁵⁹ par traité. Le second argument repose pour sa part sur Article I, Section 8, d’après lequel le Congrès a le pouvoir de déclarer la guerre. La constitution conférerait donc au gouvernement le

northeastern and southern frontier, and it involves in it the power of extending the limits of the Confederacy ».

³⁵⁷ VERZIJL, (J.H.W.), « Acquisition and Loss of Territory », in *International Law in Historical Perspective...*, précité, vol.3, pp.297-330.

³⁵⁸ « On the Louisiana Treaty, Oct. 25, 1803 », *Ann.Cong.(House of Representatives)*, 8 Cong., 1st Sess., pp.477-478 : « We are constantly in the practice of receiving territory by cession from the red men of the West, the aborigines of our country. The very treaty mentioned in the President's Message, with the Kaskaskias Indians, whereby we have acquired a large extent of land, would, according to this doctrine, be unconstitutional ; and so would all the treaties which add to the size of our statute book, with the numerous tribes of the natives on our frontiers. According to this construction, all our negotiations so happily concluded with those people, whom we ever have uniformly acknowledged as the sovereigns of the soil, are nugatory, and to be holden for naught ».

³⁵⁹ GALLATIN, (A.), « Letter to T.Jefferson, January 13, 1803 » in ADAMS, (H.), (ed.), *The Writings of Albert Gallatin*, Philadelphia, J.B.Lippincott 1879, vol.1, p.111 : « the general power given to the President and Senate of making treaties designates the organ through which the acquisition may be made, whilst this section provides the proper authority (viz. Congress) for either admitting in the Union or governing as subjects the territory thus acquired ».

pouvoir d’acquérir un titre territorial par conquête : c’est ce que juge notamment Mr Rodney, selon qui « *parmi les jura bella est clairement reconnu le droit d’annexer un territoire* »³⁶⁰.

La Cour Suprême a repris à son compte ces deux arguments lors de l’affaire *American Insurance & Co. v. Canter*³⁶¹, rendue en 1828.

Dans cette espèce, le plaignant, une compagnie qui avait assuré un navire dont la cargaison, après qu’il ait fait naufrage, avait été revendue conformément à une décision d’une cour territoriale de Floride, faisait notamment valoir l’incompétence de cette Cour en raison de l’illégalité constitutionnelle de l’acquisition de la Floride par les États-Unis en 1819³⁶². A cet argument, la Cour Suprême, unanime, devait répondre par la voix du Juge Marshall que « la constitution confère sans réserve au gouvernement le pouvoir de déclarer la guerre et de conclure des traités. Par conséquent, le gouvernement possède le pouvoir d’acquérir un territoire, tant par conquête que par traité »³⁶³. La possibilité pour le gouvernement d’acquérir et de détenir un titre territorial était ainsi confirmée sur la base de la constitution, et ne sera jamais remis en cause par la suite³⁶⁴.

La Cour Suprême entérinait ainsi, d’une part, le principe selon lequel c’est la constitution qui fonde le pouvoir du gouvernement fédéral d’acquérir un titre territorial et, d’autre part, que cette constitution contient les dispositions conférant effectivement au gouvernement fédéral un tel pouvoir. Or, une telle interprétation pose un sérieux problème, relatif au rapport entre le pouvoir de conclure des traités, et le domaine dans lesquels ce pouvoir peut être exercé.

³⁶⁰ « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann.Cong.(House of Representatives)*, 8 Cong., 1st Sess. p.473 : « (...) in the Constitution, it is expressly said that Congress shall have power to “declare war, grant letters of marque and reprisal, and make rules concerning captures on land and water” ; and among the *jura bella* was clearly recognised the right of annexing territory ».

³⁶¹ *American Insurance & Co. v. Canter* (1828) , 26 U.S. 511.

³⁶² *Id.*, 26 U.S. 511, 541-542.

³⁶³ *Ibid.* : « The Constitution confers absolutely on the government of the Union the power of making war and of making treaties. Consequently, that government possesses the power of acquiring territory either by conquest or by treaty ».

³⁶⁴ La solution sera notamment confirmée par *U.S. v. Huckabee* (1872), 83 U.S. 414, 434 et *Mormon Church v. United States*. (1890), 136 U.S. 1, 42.

La question que pose cette interprétation est en effet celle de savoir si le *pouvoir* de conclure des traités, entraîne nécessairement la *compétence* d'acquérir un titre territorial. Or, comme l'a noté Crandall, « la tendance de la Cour Suprême a été d'inclure dans le *pouvoir* de conclure des traités relevant du gouvernement central *tous les sujets* qui appellent une régulation internationale et sont spécifiquement l'objet de négociations avec des puissances étrangères »³⁶⁵. Tous les arrêts dont la solution supposait de résoudre cette question abondent en effet en ce sens³⁶⁶, et Calhoun reconnaîtra tout également que « le *pouvoir* de conclure des traités a été considéré comme si large qu'il embrasse, à de rares exceptions près, *toutes les questions* qui surviennent entre nous et d'autres Nations »³⁶⁷.

A cette question, pourtant, les Républicains faisaient une toute autre réponse : car, comme l'a noté Jefferson en interprétant la « *treaty-clause* », la constitution « *spécifie et délimite les opérations* que peut entreprendre le gouvernement fédéral, et lui confère *tous les pouvoirs* nécessaires à leur exécution. Si la loi est pour cela le moyen le plus adapté, le Congrès peut adopter une loi ; si c'est le traité qui est le plus adapté, le Président et le Sénat peuvent conclure un traité ; et si c'est une sentence qui

³⁶⁵ CRANDALL, (S.B.), *Treaties, their Making and Enforcement*, New York, Columbia UP 1904, p.111 : « the tendency of the Supreme Court has been to recognize as *within the treaty-making power* of the central government *all those subjects* which demand international regulation and are most properly the subject of negotiation with foreign powers » (c'est nous qui soulignons).

³⁶⁶ Voir *Ware v. Hylton* (1796), 3 U.S. 199, 236-237 : « There can be no limitation on the power of the people of the United States. By their authority, the state constitutions were made, and by their authority the Constitution of the United States was established, and they had the power to change or abolish the state constitutions or to make them yield to the general government and to treaties made by their authority. A treaty cannot be the supreme law of the land, that is of all the United States, if any act of a state legislature can stand in its way. If the constitution of a state (which is the fundamental law of the state, and paramount to its legislature) must give way to a treaty and fall before it, can it be questioned whether the less power, an act of the state legislature, must not be prostrate? It is the declared will of the people of the United States that every treaty made by the authority of the United States shall be superior to the constitution and laws of any individual state, and their will alone is to decide. If a law of a state, contrary to a treaty, is not void, but voidable only by a repeal or nullification by a state legislature, this certain consequence follows - that the will of a small part of the United States may control or defeat the will of the whole. The people of America have been pleased to declare that all treaties made before the establishment of the national Constitution or laws of any of the states contrary to a treaty shall be disregarded » ; *Chirac v. Lessee of Chirac* (1817), 15 U.S. 259, 276 : « The general power to dispose "without limitation" which is given by the treaty controls the particular power to enfeoff within ten years which is given by the act of Maryland » ; *Orr v. Hodgeson* (1819), 17 U.S. 453, 464 ; *Hauenstein v. Lynham* (1879), 100 U.S. 483, 488-490.

³⁶⁷ Cité par WHARTON, (F.), *A Digest of the International Law of the United States*, Washington Government Printing Office 1886, vol.2, p.67 : « The *treaty-making power* has, indeed, been regarded to be so comprehensive as to embrace, with few exceptions, *all questions* that can possibly arise between us and other Nations, and which can only be adjusted by their mutual consent, whether the subject-matter be comprised among the delegated or the reserved powers » (c'est nous qui soulignons).

doit être rendue, le juge peut rendre cette sentence »³⁶⁸. Pour le dire autrement, on ne saurait confondre avec *les compétences* que la constitution attribue au gouvernement fédéral *les pouvoirs* qu’elle lui reconnaît pour les mettre en œuvre. En effet, si l’on admet que « la compétence, quand on veut bien la distinguer du pouvoir avec lequel elle fait couple, est une notion purement négative, qui suggère une idée de limite : une autorité détient un pouvoir, qu’elle peut exercer dans la limite de sa compétence »³⁶⁹, on s’aperçoit que l’interprétation des fédéralistes méconnaît cette distinction, pourtant essentielle à la nature fédérale de l’Union. Le point est d’autant plus important qu’il concerne l’acquisition d’un titre territorial.

En effet, à la différence des compétences qui peuvent être accordées au gouvernement fédéral par le biais de traités internationaux – qu’il s’agisse, comme dans les cas mentionnés ci-dessus, de questions d’admissions d’étrangers ou de propriété privée de non-nationaux sur le territoire américain – l’acquisition d’un titre territorial a pour conséquence juridique l’acquisition d’une compétence *générale et illimitée*, puisqu’unique fondée sur la situation des choses et des faits qu’elle autorisera de réglementer³⁷⁰. Autrement dit, en acquérant un titre, le gouvernement fédéral dispose d’un *nouveau fondement à son pouvoir* – et un fondement illimité : c’est en cela que plusieurs auteurs ont souligné l’incompatibilité de cette compétence avec la nature de l’Union américaine. Admettre la compétence du gouvernement fédéral pour acquérir un titre territorial, ce serait en effet lui conférer « un pouvoir despote sur les territoires achetés »³⁷¹, car son pouvoir serait fondé sur ce titre, et non sur la constitution. Selon une opinion souvent citée de J.Q.Adams, reconnaître la possibilité pour le gouvernement fédéral d’acquérir un titre territorial par traité conduit à construire « une Union totalement différente de celle pour laquelle la constitution a été créée »³⁷². *L’acquisition d’un titre territorial est ainsi nécessairement contraire à la nature de la constitution*

³⁶⁸ Cité par LAWSON, (G.), et SEIDMAN, (G.), « The First “Incorporation” Debate », in LEVINSON, (S.), SPARROW, (B.H.), (ed.), *The Louisiana Purchase and American Expansion, 1803-1898*, Rowman & Littlefield Publishers 2005, p.22 (c'est nous qui soulignons).

³⁶⁹ COMBACAU, (J.), « Conclusions générales » in S.F.D.I. *Les compétences de l’État en Droit International Public*, Actes du Colloque de Rennes de la Société Française de Droit International, Paris, Pedone 2006, p.306.

³⁷⁰ Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

³⁷¹ ADAMS, (J.Q.), « The department of State – First term » in ADAMS, (C.F.), (ed.), *Memoirs of John Quincy Adams...*, précité, vol.5, p.401.

³⁷² *Ibid.*

dans la mesure où elle n'a pas pour conséquence la simple acquisition par le gouvernement fédéral d'une nouvelle compétence. Elle constitue, au contraire, *un nouveau fondement*, concurrent à la constitution, du pouvoir du gouvernement fédéral.

La Cour Suprême a totalement méconnu cette distinction, pourtant fondamentale³⁷³, dans son interprétation des dispositions constitutionnelles permettant au gouvernement d'acquérir un titre territorial. Plusieurs auteurs, pourtant, posaient à l'exercice du pouvoir de conclure des traités certaines limites. Le constitutionnaliste Cooley explique ainsi que le pouvoir de conclure des traités « est limité par la restriction implicite d'après laquelle rien ne peut être fait qui change la constitution du pays ou qui prive l'un des départements du gouvernement ou l'un des États de leurs compétences constitutionnelles »³⁷⁴. Mais c'est Calhoun qui a sans doute exprimé cette opinion avec le plus de conviction : reconnaissant que « lorsque deux ou plusieurs États forment une constitution et un gouvernement commun, l'autorité de ces derniers doit, dans la limite des pouvoirs délégués, être suprême », Calhoun précise que « cette suprématie n'est pas une suprématie absolue » parce qu'elle est « limitée en degré et en étendue » : elle ne peut « aller au-delà des pouvoirs délégués – les autres étant réservés aux États ou aux peuples des États »³⁷⁵. Cet argument n'a jamais été opposé par la Cour Suprême au gouvernement fédéral lorsqu'il a mis en œuvre son pouvoir de traiter avec l'extérieur pour acquérir un titre territorial.

³⁷³ Pour une critique plus approfondie de ce point, démontrant que le titre territorial international est insusceptible de justifier, dans un système constitutionnel, le pouvoir de son détenteur *à l'intérieur* des frontières concernées par le titre, voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2.

³⁷⁴ COOLEY, (T.M.), *A Treatise on the Constitutional Limitations ...*, précité, p.123 : « It is subject to the implied restriction that nothing can be done under it which changes the Constitution of the country or robs a department of the government or of any of the States of their constitutional authority ».

³⁷⁵ Cité par CRALLE, (R.K.), (ed.), *The Works of J.C.Calhoun*, New York, D.Appleton and Co. 1888, vol.1, p.252 : « Where two or more States form a common constitution and government, the authority of these, within the limits of the delegated powers, must, of necessity, be supreme, in eference to their respective separate constitutions and governments. Without this, there would be neither a common constitution and government, nor even a confederacy. The whole would be, in fact, a mere nullity. But this supremacy is not an absolute supremacy. It is limited in extent and degree. It does not extend beyond the delegated powers ; — all others being reserved to the States and the people of the States. Beyond these the constitution is as destitute of authority and as powerless as a blank piece of paper; and the measures of the government mere acts of assumption. And, hence, the supremacy of laws and treaties is expressly restricted to such as are made in pursuance of the constitution, or under the authority of the United States; which can, in no case, extend beyond the delegated powers ».

La Cour a, au contraire, renforcé la légalité de ce pouvoir en mettant en avant la qualité de « Nation » des États-Unis, et en déduisant le droit, fondé sur le droit international, qu'ont ces entités d'acquérir un titre territorial³⁷⁶.

§2 – Inopposabilité des contraintes constitutionnelles relatives à la détention d'un titre territorial

En réponse au doute quant au fondement constitutionnel de la compétence du gouvernement fédéral pour acquérir un titre territorial, Jefferson proposa d'adopter un amendement à la constitution, selon lequel « la Louisiane, telle que cédée par la France, est intégrée aux États-Unis »³⁷⁷. C'est pourtant une autre solution qui fut acceptée au fur et à mesure de l'expansion territoriale américaine³⁷⁸ - et qui va bien au-delà de l'affirmation par la Cour Suprême, en 1828, de la possibilité pour le gouvernement d'acquérir un titre en vertu de son pouvoir de conclure des traités et de faire la guerre. Selon cette nouvelle solution, la constitution est un instrument inopposable en l'espèce, le fondement du pouvoir d'acquérir un titre territorial ne trouvant pas son origine dans la constitution mais dans un « ordre international », dont les États-Unis sont les sujets en leur qualité de « Nation » (A). La solution est ainsi fondée sur une dissociation des conditions de détention du titre territorial selon le droit interne et selon le droit international (B).

³⁷⁶ Alors même que la Cour a parfois repris à son compte cette limite au pouvoir de conclure des traités : voir *De Geofroy v. Riggs*, (1890), 133 U.S. 258, 267 : « The treaty power, as expressed in the Constitution, is in terms unlimited except by those restraints which are found in that instrument against the action of the government or its departments, and those arising from the nature of the government itself and of that of the States ».

³⁷⁷ JEFFERSON, (T.), « Drafts of an Amendment to the Constitution, July 1803 » in FORD, (P.L), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson...*, précité, vol.8, pp.241-245 « Louisiana, as ceded by France to the U.S. is made a part of the U.S. Its white inhabitants shall be citizens, and stand, as to their rights and obligations, on the same footing with other citizens of the U.S. in analogous situations. Save only that as to the portion thereof lying North of an East and West line drawn through the mouth of the Arkansas river, no new State shall be established, nor any grants of land made, other than to Indians in exchange for equivalent portions of land occupied by them, until authorised by further subsequent amendment to the Constitution shall be made for these purposes ». A noter que le paragraphe suivant prévoyait la même disposition en cas d'acquisition future de la Floride.

³⁷⁸ Sur l'importance croissante de l'argument internationaliste face à l'argument constitutionnaliste, voir BROWN, (E.S.) *The Constitutional History...*, précité, p.16 : « with the expansion of the United States this last interpretation has come more and more to be generally accepted ».

A. Fondement de l'inopposabilité

Elliott, le jeune représentant du Vermont au Congrès, avait prévenu : la question de l'acquisition du territoire « ...ne doit pas être envisagée du seul point de vue de la constitution elle-même, quoiqu'il puisse être considéré comme admis qu'elle n'interdise pas en terme exprès l'acquisition du territoire. C'est une règle du droit, qu'en vue de constater les apports d'un contrat, c'est vers l'intention évidente des parties, au moment de sa formation, qu'il faut principalement se tourner (...). Avant l'adoption de cette constitution existaient certains principes du droit de la nature et des gens, consacrés par le temps et l'expérience, et la constitution a été adoptée en conformité avec ces principes. La question qui nous intéresse aujourd'hui, ainsi que je l'ai toujours cru, doit être envisagée du point de vue du droit des gens »³⁷⁹. Avec cette opinion, s'amorce un renversement total de perspective : la question de la possibilité pour le gouvernement fédéral d'être détenteur d'un titre territorial est traitée du point de vue du droit des gens, et non plus de la constitution.

Certes, l'opinion d'Elliot est assez ambivalente, car elle hésite entre le droit des gens et la constitution : il semble qu'Elliot souhaite davantage analyser la constitution à *la lumière du droit des gens*, que fonder le pouvoir du gouvernement fédéral directement sur ce dernier – au motif que la constitution incorpore les principes du droit international³⁸⁰, ce qui est une interprétation fréquente au cours et jusqu'à la fin du XIXe siècle : pour Shipman par exemple, qui écrit en 1900, « il suffit de noter que les droits de découverte et d'occupation relèvent du droit des gens », et que « le droit des gens est incorporé à la constitution de tout gouvernement », pour en déduire que le gouvernement fédéral est juridiquement fondé à acquérir un titre territorial³⁸¹. La remarque surprend –

³⁷⁹ « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann.Cong.*, (House of Representatives), 8 Cong., I Sess., pp.447-448 : « This question is not to be determined from a mere view of the Constitution itself, although it may be considered as admitted that it does not prohibit in express terms, the acquisition of territory. It is a rule of law, that in order to ascertain the import of a contract, the evident intention of the parties, at the time of forming it, is principally to be regarded (...). Previous to the formation of this Constitution there existed certain principles of the law of nature and Nations, consecrated by time and experience, in conformity to which the Constitution was formed. The question before us, I have always believed, must be decided upon the laws of Nations alone ».

³⁸⁰ Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

³⁸¹ SHIPMAN, (P.R.), « Webster on Territories », précité, p.194 : « Concerning this view it will suffice to point out that the right of discovery and occupation exists by the law of Nations, which is incorporated

elle semble confondre le droit international comme ordre juridique duquel les États tirent certains droits du seul fait de leur qualité d’État, et le droit international matériel et conventionnel dont le respect suppose l’intégration au droit interne – mais elle montre bien, ce faisant, la difficulté qui demeure dans la doctrine américaine, jusqu’à la fin de notre période, à reconnaître que les « États-Unis » forment une entité dotée de droits internationaux du fait de leur (hypothétique) qualité d’« État ». Certains auteurs, pourtant, vont aller plus loin, et rechercher le fondement du pouvoir fédéral directement dans les prescriptions du droit international.

Comme nous l’avons vu plus haut, il est en effet admis que les « Nations souveraines » possèdent, du seul fait de cette qualification, le pouvoir d’acquérir et de détenir un titre territorial³⁸². C’est ce principe qui va être appliqué aux États-Unis. Ainsi, selon Nahum Mitchell, l’un des membres du parti fédéraliste favorable à l’acquisition de la Louisiane et représentant du Massachusetts, affirmer que l’Union, par l’intermédiaire du Président et du Sénat, n’auraient pas le pouvoir d’acquérir un titre territorial serait « une affirmation directement contraire au pouvoir inhérent des Nations indépendantes, et au recours récurrent et autorisé à ce pouvoir par notre propre Nation »³⁸³. « L’existence des États-Unis comme Nation presuppose le pouvoir dont jouit toute Nation d’étendre son territoire par traité », rappelle également Gallatin, ajoutant « le pouvoir général conféré au Président et au Sénat de faire des traités désigne les organes par lesquels l’acquisition peut être faite »³⁸⁴.

L’opinion doctrinale sera reprise par la Cour Suprême : alors que l’arrêt *American Insurance* se contentait d’affirmer que le gouvernement fédéral pouvait, *sur le*

in the Constitution (written or unwritten) of every government and is expressly made a part of our own Constitution by the eighth section of the first article. Hence, the right, so far as concerns our government, is a delegated right as much so as the right to borrow money or to coin it ».

³⁸² Cf. *supra*, Section 1, §1.

³⁸³ « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann.Cong.* (House of Representatives), 8 Cong. 1 Sess., pp.477-478 : « This is an assertion directly contrary to the powers inherent in independent Nations, and contradictory to the frequent and allowed exercise of that power in our own Nation ».

³⁸⁴ GALLATIN, (A.), « Letter to T.Jefferson, January 13, 1803 » in ADAMS, (H.), (ed.), *The Writings of Albert Gallatin*, précité, vol.5, p.411 : « The existence of the United States as Nation presupposes the power enjoyed by every Nation of extending their territory by treaties, and the general power given to the President and Senate of making treaties designates the organ through which the acquisition may be made, whilst this section provides the proper authority (viz. Congress) for either admitting in the Union or governing as subjects the territory thus acquired ».

fondement de la constitution, acquérir un titre territorial par traité ou par conquête – laissant ce faisant de côté la question de l’acquisition par occupation et par découverte – la Cour va suivre l’argument internationaliste à la fin du XIXe siècle, et affirmer ainsi que le droit international est au fondement du pouvoir du gouvernement fédéral d’acquérir un titre : dans l’arrêt *Jones v. United States* rendu en 1890, la Cour affirme ainsi qu’ « *en vertu du droit des gens*, lorsque les citoyens ou les sujets d’une Nation, en son nom et en son autorité, prennent et maintiennent la possession continue et utile (...) d’un territoire inoccupé par un autre gouvernement ou par ses citoyens, la Nation à qui ils appartiennent peut exercer la compétence qu’elle souhaite, pendant la durée qu’elle souhaite, sur le territoire ainsi acquis »³⁸⁵. C’est ce même raisonnement que l’on retrouve, quelques années plus tard, sous la plume du juge White. Dans son opinion concordante dans l’affaire *Downes v. Bidwell*, ce dernier affirme ainsi qu’ « il ne fait pas de doute *qu’en vertu des principes généraux du droit international*, tout gouvernement souverain dans sa sphère d’action possède comme attribut inhérent le pouvoir d’acquérir un territoire par découverte, par traité, et par conquête »³⁸⁶.

Pour appuyer sa démonstration, le juge White se réfère à Grotius et Vattel, mais c’est essentiellement l’internationaliste américain Wheaton qu’il cite. Selon ce dernier en effet, « un État peut acquérir la propriété ou le domaine de plusieurs manières – son titre peut être acquis originellement par occupation, confirmée par la présomption qui découle du passage du temps ou par la découverte et la possession légale, ou par la conquête, confirmée par traité ou par consentement tacite, ou par le don, la cession,

³⁸⁵ *Jones v. United States* (1890), 137 U.S. 202, 212 : « *By the law of Nations*, recognized by all civilized states, dominion of new territory may be acquired by discovery and occupation as well as by cession or conquest, and when citizens or subjects of one Nation, in its name and by its authority or with its assent, take and hold actual, continuous, and useful possession (although only for the purpose of carrying on a particular business, such as catching and curing fish, or working mines) of territory unoccupied by any other government or its citizens, the Nation to which they belong may exercise such jurisdiction and for such period as it sees fit over territory so acquired. This principle affords ample warrant for the legislation of Congress concerning guano islands. Vattel, lib. 1, c. 18; Wheaton on International Law (8th ed.) §§ 161, 165, 176, note 104; Halleck on International Law, c. 6, §§ 7, 15; 1 Phillimore on International Law (3d ed.) §§ 227, 229, 230, 232, 242; 1 Calvo Droit International (4th ed.) §§ 266, 277, 300 » (c'est nous qui soulignons) ; voir aussi, cité par la Cour en l'espèce, *Whiton v. Albany Ins. Co.* (1891) 109 Mass. 24, 31.

³⁸⁶ *Downes v. Bidwell* (1901), 182 U.S. 244 : « It may not be doubted that *by the general principles of the law of Nations* every government which is sovereign within its sphere of action possesses as an inherent attribute the power to acquire territory by discovery, by agreement of treaty, and by conquest » (c'est nous qui soulignons).

l’achat ou l’échange ; *in fine*, par tout moyen reconnu comme moyen d’acquisition de la propriété privée par les individus »³⁸⁷.

C’est ainsi le droit des gens lui-même, et non la constitution, qui fonde la compétence du gouvernement fédéral d’acquérir un titre territorial. Les États-Unis, comme le montre bien la citation de Wheaton à l’appui de la démonstration du juge White, sont qualifiés de « Nation » au sens du droit international et acquièrent de ce seul fait, les droits attachés par cet ordre juridique aux entités ayant cette qualité : les contraintes constitutionnelles cessent d’être opposables au pouvoir fédéral – sans qu’il y ait à ce renversement de perspective, par lequel le pouvoir du gouvernement fédéral se trouve fondé sur le droit international plutôt que constitutionnel, aucune explication satisfaisante... si ce n’est la volonté de trouver un fondement juridique à la pratique du gouvernement fédéral. Comme le notait Nicholson, le droit d’acquérir un titre territorial « doit exister quelque part », et à défaut de le trouver dans la constitution, on le dégage alors du droit international – parce que c’est une opinion « évidente et indiscutée » - si bien qu’elle n’appelle « aucune démonstration » – qu’une « Nation » « a le droit d’acquérir un territoire »³⁸⁸. S’il n’est ainsi « pas évident » que le pouvoir du gouvernement fédéral soit constitutionnellement fondé, il l’est en droit international : dans l’épisode de l’achat de la Louisiane, la construction du droit international comme ordre juridique autonome, fondateur de droits, révèle toute son importance pratique – et par conséquent sa relativité.

³⁸⁷ *Id.*, 182 U.S. 244, 300-301. Texte original tel qu’il apparaît sous la plume du juge White, qui ne cite pas Wheaton mais en “agglomère” plusieurs passages : « A state may acquire property or domain in various ways – its title may be acquired originally by mere occupancy, and confirmed by the presumption arising from the laps of time, or by discovery and lawful possession, or by conquest, confirmed by treaty or tacit consent, or by grant, cession, purchase or exchange ; *in fine*, by any of the recognized modes by which private property is acquired by individuals ».

³⁸⁸ « On the Louisiana Treaty, Oct.25, 1803 », *Ann.Cong.* (House of Représentatives), 8 Cong. 1 Sess., p.467.

B. Conséquences de l’inopposabilité sur la nature du détenteur du titre

A propos de l’opinion décrite ci-dessus, selon laquelle la qualité de « Nation » des États-Unis suffit à reconnaître au gouvernement fédéral la compétence pour détenir un titre territorial, quelle que soit par ailleurs l’étendue matérielle de ses compétences constitutionnelles, Willoughby écrit qu’elle est une « théorie invalide » car « concéder au gouvernement national des pouvoirs ni expressément attribués, ni ne découlant implicitement de ceux expressément attribués, mais simplement fondés sur la souveraineté » c’est « faire de ce gouvernement un gouvernement aux pouvoirs illimités plutôt qu’énumérés »³⁸⁹. Ce que met ainsi en avant le constitutionnaliste américain, c’est l’incompatibilité entre les pouvoirs que détient le gouvernement fédéral en vertu de la constitution, et ceux qu’il détient en vertu du droit international – une incompatibilité qui trouve son fondement dans la particularité que la notion de « Nation » acquiert, selon cet argument des « pouvoirs inhérents », en droit international.

Selon les tenants de l’argument des « *implied powers* », la constitution est une norme juridique inopérante du point de vue de la question de la compétence de détention d’un titre territorial : le droit international prévoit des conditions qui lui sont propres, et qui ne se confondent pas avec les normes constitutionnelles, qui relèvent d’un autre ordre. C.A.Gardiner, auteur en 1899 d’un discours consacré au « droit des États-Unis d’acquérir et détenir un territoire étranger », écrit ainsi qu’entre les États « les constitutions nationales sont inopérantes. Dans toutes les relations internationales, les États-Unis sont considérés par les autres souverainetés comme possédant des pouvoirs absolus, non-restrints par les limitations constitutionnelles ». Et, selon l’auteur, « cette affirmation est correcte » car « fondée sur les canons fondamentaux du droit des gens »³⁹⁰. La solution internationaliste au débat sur l’acquisition de la Louisiane – et,

³⁸⁹ WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional System...*, précité, p.194.

³⁹⁰ GARDINER, (C.A.), *Our Right to Acquire and Hold Foreign territory*, New York, London, G.P. Putnam’s Sons 1899, p.1 : l’auteur insiste sur le fait que les Nations ont des droits et des pouvoirs égaux, leur égalité et leur indépendance étant parfaites, avant d’ajouter : « Between them, national constitutions are unknown. In all international relations the United States is assumed by other sovereignties to possess absolute powers unrestrained by constitutional limitations. That assumption is correct, based upon the fundamental canon of the law of Nations » (c’est nous qui soulignons). Confirmée, comme nous allons le

plus largement, sur la compétence du gouvernement fédéral pour acquérir un titre territorial – est ainsi fondée sur l’idée *qu’une même entité politique est susceptible de définitions différentes, et de pouvoirs différents, selon l’ordre juridique considéré*. Comme l’a très bien résumé Gardiner, « pour toutes les relations internes et domestiques, les États possèdent la souveraineté que le peuple détient originellement, exceptée pour la part qui a été conférée au gouvernement fédéral pour la constitution ; là où il n’y a pas un tel transfert, le gouvernement national n’a aucun pouvoir ; l’autorité réside dans les gouvernements des États exclusivement ». Toutefois, « dans les relations externes et internationales, la règle est renversée. Le gouvernement fédéral possède tout pouvoir souverain que la constitution ne lui a pas expressément retiré »³⁹¹ - une précision au demeurant inutile dans la mesure où la constitution ne « retire » aucun pouvoir à un gouvernement dont elle a précisément pour objet d’énumérer positivement les pouvoirs.

La Cour Suprême est venue préciser cette idée dans l’affaire *Downes v. Bidwell* rendue en 1901. Dans cet arrêt en effet, la Cour estime qu’ « en traitant avec les souverainetés étrangères, le terme “États-Unis” a un sens plus large que lorsqu’il est utilisé dans la constitution, et inclut tous les territoires soumis à la juridiction du gouvernement fédéral, où qu’ils soient situés. Dans les traités et conventions avec les Nations étrangères, ce gouvernement est une entité unique. Il n’en va pas ainsi parce que ces territoires relèvent du gouvernement établi par le peuple des États par leur constitution, mais parce que le gouvernement fédéral est le seul organe autorisé de ces territoires, et des États, pour leurs relations étrangères. En vertu de l’article 1, section 10 de la constitution, “aucun État ne pourra conclure un traité, une alliance, ou une

voir, par la Cour Suprême, l’argument souffre d’un problème que nous rencontrerons à nouveau et développerons alors davantage (cf. *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2) : celui d’invoquer une conception internationale de l’État pour fonder un pouvoir interne du gouvernement fédéral. En effet, si les États-Unis forment une Nation *à l’égard des États étrangers*, on comprend mal comment cet argument peut fonder le pouvoir *du gouvernement fédéral* à l’égard *des États membres*. L’argument de Gardiner ne peut normalement être opposé qu’aux États étrangers qui contesteraient la compétence des États-Unis pour acquérir un titre.

³⁹¹ *Ibid.*

confédération ou conclure un contrat ou un accord avec un autre État, ou avec une puissance étrangère »³⁹².

Si le terme d’« États-Unis » désigne ainsi tantôt un « gouvernement fédéral » aux « pouvoirs limités » et tantôt une « entité unique » dotée de « pouvoirs de souveraineté », c’est donc parce que le droit international, selon la construction proposée par la doctrine américaine et la Cour Suprême au cours du XIXe siècle, retient de ses sujets une définition qui lui est propre. L’existence d’un peuple uni par une constitution, qui a pour objet et effet de lui donner un corps juridique – comme c’est le cas des États-Unis : les Pr. Golove et Hulsebosch ont rappelé récemment que l’un des objectifs premiers de la constitution fédérale avait été, certes, de répartir les pouvoirs au niveau « interne »³⁹³, mais également et peut-être surtout de donner aux États une unité internationale facilitant leur reconnaissance par les Nations européennes³⁹⁴ – suffit à lui reconnaître certains droits découlant du droit international. Et ce alors même qu’aucune entité juridique ne serait effectivement habilitée à représenter cette « Nation ». Car si les États-Unis forment « une Nation » pour toutes leurs « relations extérieures »³⁹⁵, ils forment aussi, et surtout, une union d’États souverains : comme le notait Wilson, ce type

³⁹² *Downes v. Bidwell* (1901), 182 U.S. 244, 263 : « in dealing with foreign sovereignties, the term 'United States' has a broader meaning than when used in the Constitution, and includes all territories subject to the jurisdiction of the Federal government, wherever located. In its treaties and conventions with foreign Nations this government is a unit. This is so not because the territories comprised a part of the government established by the people of the States in their Constitution, but because the Federal government is the only authorized organ of the territories, as well as of the States, in their foreign relations. By Art.I, sec.10, of the Constitution, « no State shall enter into any treaty, alliance or confederation,...or enter into any agreement or compact with another State, or with a foreign power »

³⁹³ GOLOVE, (D.M.), et HULSEBOSCH (D.J.), « A Civilized Nation : the Early American Constitution, the Law of Nations, and the Pursuit of International Recognition », *N.Y.U.L.Rev.* vol.85, n°4 (2010), pp.935-936 : « according to the conventional account, the purpose of the Constitution was to establish a republican frame of government that would safeguard the American people from domestic tyranny, promote respect for individual rights, and avoid encroachments on the autonomy of the states. In short, the framers created the Constitution for internal purposes, and its intended audience was the American people ».

³⁹⁴ *Ibid.* : « The fundamental purpose of the Federal Constitution was to create a Nation-state that the European powers would recognize, in the practical and legal sense, as a “civilized state” worthy of equal respect in the international community. For this reason, the framers sought an international audience for their handiwork. They hoped that the document, as a promise conveyed in a script for action, as well as their performance of that script through actual governance, would earn a favorable reception abroad and facilitate the new Nation’s integration into the Atlantic world of commerce and civilization ».

³⁹⁵ *The Federalist*, n°42, p.202 : « If we are to be one Nation in any respect, it clearly ought to be in respect to other Nations ». Voir aussi *Chae Chan Ping v. United States* (1889), 130 U.S. 581, 606 : « For local interests, the several states of the union exist, but for national purposes, embracing our relations with foreign Nations, we are but one people, one Nation, one power ».

d’associations interétatique « forment *sous certains aspects* une seule Nation », quand, *sous d’autres*, elles ne sont qu’un composé d’États « retenant leur capacité politique, leurs caractères, leurs droits et leurs pouvoirs »³⁹⁶. Or, l’acquisition d’un titre territorial se situe précisément au point de basculement entre l’interne et l’externe – dans la mesure où le titre s’acquiert à *l’extérieur*, mais que sa détention a précisément pour conséquence de transformer cet extérieur en intérieur. « Nation » lorsqu’ils acquièrent un titre, les États-Unis n’en sont plus lorsqu’ils l’ont acquis – à la différence d’un État unitaire, dont le propre est d’être l’institution juridique et permanente d’une seule aspiration politique nationale.

En écartant des conditions de détention du titre territorial les limites constitutionnelles propres au système américain, la doctrine américaine puis la Cour Suprême dans l’arrêt *Jones v. United States* dissocient la notion de « Nation » au sens du droit international – peuple uni par une constitution – de la construction juridique américaine de cette notion – peuple uni *dans certains domaines* par une constitution – afin de justifier ce que la constitution ne permettait pas. Il n’est pas étonnant que la construction ait été critiquée en raison du *changement dans la nature de l’Union* qu’elle opère : à la rigueur de sa définition originelle, la Fédération constitue une entité exclue du rang des détenteurs possibles du titre territorial, car la « Nation » n’a pas « déféré la pleine souveraineté à son conducteur »³⁹⁷.

*

* * *

³⁹⁶ WILSON, (J.), « Of Man, as a Member of a Confederation » in McCLOSKEY, (R.G.), (ed.), *The Works of James Wilson...*, précité, vol.1, p.247 : « A number of states or societies may associate or confederate together for their mutual security and advantage. In some respects, such confederacies are to be considered as forming only one Nation : in other respects, they are to be considered as still retaining their separate political capacities, characters, rights, and powers ».

³⁹⁷ Or, telle est précisément la condition que Vattel pose à la possibilité de *réputer remplies* les conditions internes de détention d’un pouvoir du point de vue du droit international *DG*, vol.1, I, XXI, §263, p.229 : « Si la Nation a déféré la pleine Souveraineté à son Conducteur, si elle lui a commis le soin, et donné, sans réserve, le droit de traité et de contracter avec les autres États, elle est censée l’avoir revêtu de tous les pouvoirs nécessaires pour contracter validement ».

A la lumière de l'expérience américaine, la dénomination du « droit international » comme « droit des gens » prend, au début de la période considérée tout au moins, tout son sens : en effet, si l'on se rappelle que le terme de « gens » désigne, en latin, la « race de peuple » ou « le nom de la peuplade, et non pas la race toute entière »³⁹⁸, on comprend que les peuples indiens présents sur le territoire américain aient été qualifiés d'« État », puisque leur unité culturelle et politique – très largement perçue par les américains comme « raciale » - constitue le principal critère de leur qualification comme tels. Cette condition de détention du titre territorial, gênante pour l'expansionnisme des États-Unis, va cependant se voir opposer celle de la civilisation, nouveau critère de soumission à un droit des gens qui devient « droit des Nations civilisées ». La relativité de l'acception de l'« État » en droit international révèle également, ici, son intérêt pratique : s'emparer des terres occupées par les entités que cette définition exclut, et soumettre leurs habitants au pouvoir de celles qu'elle inclut.

Quant à la question de la capacité du gouvernement fédéral de détenir un titre territorial, elle soulevait pour sa part un problème inverse : celle du lien entre l'organisation constitutionnelle d'une Nation civilisée et la capacité de détention du titre. Cette condition constitutionnelle de détention du titre territorial, gênante pour l'expansionnisme des États-Unis, se verra cependant opposer le « droit inhérent » que tirent les Nations du droit international : couplée à la notion de civilisation, cette construction révèle une autonomisation de la définition des sujets du droit international, la mise en forme progressive d'une définition de l'État « au sens du droit international » distincte de celle du droit constitutionnel³⁹⁹, grâce à laquelle se trouve fondé

³⁹⁸ « Gens » in GAFFIOT, (F.), *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire Latin-Français*, Paris, Hachette 2000, p.715 : « 1.- Race, souche, [en part. et surtout] famille [pouvant comprendre plusieurs branches] » ; « 2.- Race de peuple, peuple » ou « le nom de la peuplade, et non pas de la race tout entière ». Gaffiot renvoie ici à une citation de Tacite, particulièrement illustrative si elle comparée aux Nations indiennes : *Germanie*, XXXVIII : XXXVIII, 1 : « Le moment est venu de parler des Suèves. Sans former un peuple unitaire, comme les Chattes et les Tenctères, ils occupent le territoire le plus étendu de la Germanie. Ces tribus distinctes, dont chacune garde encore toujours sa spécificité et son nom, portent néanmoins l'appellation générale de Suèves ».

³⁹⁹ Voir en ce sens CRANE, (R.T.), *The State in Constitutional...*, précité, not.p.69.

juridiquement, bien plus que sur un « titre » positif et identifiable, le pouvoir des États-Unis sur leur territoire.

Définir les critères qu'une entité doit remplir pour détenir un titre territorial n'est, ainsi, pas seulement nécessaire pour identifier les sujets du droit international ; c'est également, et peut-être surtout, une opération nécessaire pour fonder, en pratique, le pouvoir de ces entités sur leur territoire.

Chapitre 2 – Indépendance du détenteur du titre

Il existe entre l' « indépendance » d'une entité et sa sujexion au droit international un lien direct, la première étant une condition fondamentale de la seconde. « Quand les États-Unis cessèrent de faire partie de l'empire britannique, et prirent la forme d'une Nation *indépendante* », écrit par exemple Kent, « ils devinrent sujet de ce système de règles que la raison, la moralité, et la coutume ont établi parmi les États européens comme leur droit public »⁴⁰⁰. La définition de la notion d'indépendance apparaît dès lors centrale pour identifier les titulaires possibles de la souveraineté territoriale : L'indépendance « constitue le pré-requis de l'étaticité » dont la souveraineté territoriale « n'est que la conséquence légale »⁴⁰¹ note ainsi le Pr. Crawford, qui cite comme définition de cette notion l'article 1^{er} de la Convention de Montevideo de 1933, d'après laquelle l'indépendance est « la capacité d'entretenir des relations avec d'autres États »⁴⁰². Une définition qui exclut du rang des « personnes de droit international », ainsi que le précise l'article 2 du même texte, les États membres d'une Fédération⁴⁰³.

L' « indépendance », pourtant, ne se définit pas nécessairement comme « la capacité d'entretenir des relations avec d'autres États » - elle n'est pas, pour le dire autrement, synonyme de « souveraineté externe » : « Un État faible » juge par exemple la Cour Suprême en 1832, se référant par là à une « doctrine bien établie du droit des gens », « afin d'assurer sa sécurité, peut se placer sous la protection d'un autre plus fort,

⁴⁰⁰KENT, (J.) *Commentaries...*, précité, vol.1, p.1 : « When the United States ceased to be a part of the British empire, and assumed the character of *an independent* Nation, they became subject to that system of rules which reason, morality, and custom had established among civilized Nations of Europe, as their public law » (c'est nous qui soulignons).

⁴⁰¹CRAWFORD, (J.), « The Criteria for Statehood in International Law », *B.Y.B.I.L.* vol.48 (1976-1977), pp.139-140 : « The term 'sovereignty' is sometimes used in place of 'independence' as a basic criterion for statehood. However, it has, as has been seen, another more viable meaning as an incident or consequence of statehood, namely, the plenary competence that States *prima facie* possess. Since the two meanings are distinct, it seems preferable to restrict 'independence' to the prerequisite for statehood, and 'sovereignty' to the legal incident »

⁴⁰² « Convention on rights and duties of States, Dec.26 1933 », in BEVANS, (C.I.), (ed.), *Treaties and other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, Washington, Government Printing Office 1969, vol.3.

⁴⁰³ *Id.*, article 2 : « The federal state shall constitute a sole person in the eyes of international law »

sans se dévêtir lui-même de son droit de gouverner et cesser d'être un État »⁴⁰⁴. L'étaticité se manifeste ici par la seule existence d'une organisation politique se gouvernant elle-même – quelle que soit la nature de ses liens avec l'extérieur : Vattel, cité par la Cour à l'appui de sa démonstration, considère en ce sens l'indépendance comme la « souveraineté interne » ou, pour le dire mieux, ne fait pas de distinction entre ces deux notions : être indépendant, c'est « se gouverner par ses propres lois »⁴⁰⁵. Dans cette perspective, la compétence limitée des États membres et des Nations indiennes en matière de « relations extérieures » ne fait pas obstacle à leur reconnaissance comme « État » dont le titre territorial est protégé par le droit international.

C'est pourtant une toute autre position qu'adopte la même Cour à la fin du XIXe siècle. Jugée en 1886, l'affaire *Kagama* donne au juge Miller l'occasion d'écrire que les Nations indiennes peuvent être soumises « aux actes du Congrès fédéral » parce que ces « Nations » constituent des « communautés locales *dépendantes* », qui dès lors ne possèdent pas « les attributs complets de la souveraineté »⁴⁰⁶. De cet arrêt, on a écrit qu'il constitue « un tournant majeur dans les conceptions américaines relatives aux Indiens », parce qu'il « légitime l'affirmation d'une autorité gouvernementale sur des

⁴⁰⁴ *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 520 : « These articles are associated with others recognising their title to self-government. The very fact of repeated treaties with them recognises it, and the settled doctrine of the law of Nations is that *a weaker power does not surrender its independence - its right to self-government - by associating with a stronger and taking protection. A weak state, in order to provide for its safety, may place itself under the protection of one more powerful without stripping itself of the right of government and ceasing to be a state*. Examples of this kind are not wanting in Europe » (c'est nous qui soulignons).

⁴⁰⁵ Cité par *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 53 : « Every Nation that governs itself, under what form soever, without any dependence on a foreign power is a sovereign state. Its rights are naturally the same as those of any other state. Such are moral persons who live together in a natural society under the law of Nations. It is sufficient if it be really sovereign and independent - that is, *it must govern itself by its own authority and laws*. We ought, therefore, to reckon in the number of sovereigns those states that have bound themselves to another more powerful, although by an unequal alliance. The conditions of these unequal alliances may be infinitely varied; but whatever they are, provided the inferior ally reserves to itself the sovereignty or the right to govern its own body, it ought to be considered an independent state. Consequently, a weak state, that, in order to provide for its safety, places itself under the protection of a more powerful one without stripping itself of the right of government and sovereignty, does not cease on this account to be placed among the sovereigns who acknowledge no other power. Tributary and feudatory states do not thereby cease to be sovereign and independent states, so long as self-government and sovereign and independent authority is left in the administration of the state. Vattel, c. 1, pp. 16, 17 » (c'est nous qui soulignons).

⁴⁰⁶ *U.S. v. Kagama* (1886) , 118 U.S. 375, 381 : « they were, and always have been, regarded as having a semi-independent position when they preserved their tribal relations; not as States, not as Nations, not as possessed of the full attributes of sovereignty » ; et 118 U.S. 375, 382 : « they are spoken of as "wards of the Nation;" "pupils;" as "local dependent communities" ».

peuples non-consentants »⁴⁰⁷. Or, ce « tournant majeur », cette « reconceptualisation », c'est celui d'une redéfinition de la notion d'indépendance.

Ce n'est en effet qu'au prix d'une telle redéfinition que la doctrine internationaliste, ainsi que la pratique américaine pour ce qui concerne les Nations indiennes, écartent ces dernières et les États membres du rang des détenteurs possibles d'un titre territorial. Ces entités sont réputées ne détenir aucun titre territorial opposable aux États-Unis, au motif que, privées de « souveraineté externe » (Section 1), elles ne peuvent être ni qualifiées d'« État » ni, par conséquent, jouir des droits attachés à cette qualité (Section 2).

Section 1 – Absence de souveraineté externe des États membres et des Nations indiennes

Les États membres de l'Union américaine, de même que les Nations indiennes, jouissent en matière de relations extérieures d'une compétence dont l'étendue est limitée à certains actes ou à certaines personnes (§1). Mais le critère de l'indépendance, lorsqu'il est utilisé dans la seconde moitié du XIXe siècle pour rechercher la qualité d'« État » d'une entité, repose moins sur l'étendue matérielle des pouvoirs de l'entité considérée, que sur l'existence formelle d'un lien juridique privant cette dernière de mener *souverainement* ses « affaires étrangères » (§2) : c'est sur ce fondement que la doctrine internationaliste, concernant les membres d'une fédération, mais également la Cour Suprême concernant les Nations indiennes, excluront ces deux types d'entités du rang des détenteurs possibles d'un titre territorial.

⁴⁰⁷ CLINTON, (R.N.), « There is no Federal Supremacy... », précité, p.170. Les articles pointant l'importance de l'arrêt *Kagama* sont nombreux. Voir entre autres nombreuses références : « Note – Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law », *Harv. L. Rev.* Vol.98, n°2 (Dec., 1984), p.422 ; CHAMBERS, (R.P.), « Judicial Enforcement of the Federal Trust Responsibility to Indians », *Stan. L. Rev.* vol.27, n°5 (1975), pp.1213-1214 ; CARTER, (N.C.), « Race and Powers Politics as Aspects of Federal Guardianship over American Indians : Lands related Cases, 1887 – 1924 », *Am. Ind. L. Rev.*, vol.4, n°2 (1976), pp.197-248 ; GREEN, (L.C.), « North America's Indian and the Trusteeship Concept », *Anglo-Am. L. Rev.*, vol.4, n°2 (1975), pp.137-162.

§1 – Compétence limitée des États membres et des Nations indiennes en matière de relations extérieures

D'après la constitution fédérale et les traités signés avec les Nations indiennes au cours du XIXe siècle, tant ces dernières que les États membres sont incompétents pour mener librement leurs relations extérieures puisque les membres de l'Union ont renoncé au droit de conclure certains traités (A), et que les Nations indiennes ont renoncé à la possibilité de choisir librement leur « co-contractant » (B).

A. Limites relatives à la compétence de contracter dans certains domaines

D'après la première clause de l'article I, Section 10 de la constitution fédérale « aucun État ne pourra être partie à un traité ou une alliance ou à une Confédération »⁴⁰⁸. De même, selon la dernière clause du même article « aucun État ne pourra, sans le consentement du Congrès, lever des droits de tonnage, entretenir des troupes ou des navires de guerre en temps de paix, conclure des accords ou des pactes avec un autre État ou une puissance étrangère, ni entrer en guerre, à moins qu'il ne soit effectivement envahi ou en danger trop imminent pour permettre le moindre délai »⁴⁰⁹. Une analyse rigoureuse de ces dispositions oblige donc à distinguer, pour mesurer l'étendue de la compétence des États membres en matière de relations extérieures, entre deux types d'actes : ceux qu'il leur est absolument interdit de conclure – traité, alliance, ou confédération – et ceux qu'ils peuvent conclure à la condition d'obtenir le consentement du Congrès – tels que, par exemple, la conclusion d'un pacte.

C'est ainsi, si l'on suit la distinction proposée par Story, que les États ne peuvent en aucun cas conclure des traités de « caractère politique », par lequel ils formeraient un nouveau gouvernement avec un autre État – une interprétation qui sera reprise par la Cour Suprême lorsqu'elle aura à juger de la légalité de l'association juridique des États

⁴⁰⁸ « No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation ».

⁴⁰⁹ Article I, Section 10, clause 3 : « No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay ».

sécessionnistes⁴¹⁰ - ou transféreraient une partie de leur souveraineté – alors même qu’ils peuvent, avec l’autorisation du Congrès, conclure des traités « relatifs aux aspects privés de la souveraineté », ce qui d’après le constitutionnaliste américain fait signe vers des questions d’ajustement de frontière⁴¹¹ ou de « souveraineté privée »⁴¹².

Les États membres ne sont donc *pas incomptents* pour traiter avec d’autres entités : cette compétence relative aux « pactes » a été mise en œuvre, de 1789 à 1914, à vingt-sept reprises, tant pour fixer une frontière, que pour établir des régimes d’utilisation du sous-sol ou pour fixer des règles en matière de coopération criminelle entre États membres de l’Union⁴¹³. Si la compétence des États membres de conclure des traités avec les Nations étrangères n’a jamais été exercée dans les faits, fut-ce avec l’accord du Congrès, durant la période qui nous intéresse, elle est bien demeurée incontestée⁴¹⁴.

La situation des Nations indiennes est différente de ce point de vue : leur pouvoir de conclure des traités n’a, en effet, jamais été remis en cause avant la fin du XIXe siècle. Nous l’avons déjà indirectement montré à plusieurs reprises en citant des traités

⁴¹⁰ *Williams v. Bruffy* (1877), 96 U.S. 176, 1

⁴¹¹ Voir par exemple, à propos d’une convention fixant une frontière entre l’État de Virginie et l’État du Tennessee, *State of Virginia v. State of Tennessee* (1893), 148 U.S. 503.

⁴¹² STORY, (J.), *Commentaries...*, précité, §§1396-1397 : « The first part of this clause, respecting laying a duty on tonnage, has been already considered. The remaining clauses have their origin in the same general policy and reasoning, which forbid any state from entering into any treaty, alliance, or confederation; and from granting letters of marque and reprisal. In regard to treaties, alliances, and confederations, they are wholly prohibited. But a state may, with the consent of congress, enter into an agreement, or compact with another state, or with a foreign power. *What precise distinction is here intended to be taken between treaties, and agreements, and compacts is nowhere explained;* and has never as yet been subjected to any exact judicial, or other examination. (...) Perhaps the language of the former clause may be more plausibly interpreted from the terms used, "treaty, alliance, or confederation," and upon the ground, that the sense of each is best known by its association (*noscitur a sociis*) to apply to treaties of a political character; such as treaties of alliance for purposes of peace and war; and treaties of confederation, in which the parties are leagued for mutual government, political co-operation, and the exercise of political sovereignty; and treaties of cession of sovereignty, or conferring internal political jurisdiction, or external political dependence, or general commercial privileges. The latter clause, "compacts and agreements," might then very properly apply to such, as regarded what might be deemed mere private rights of sovereignty; such as questions of boundary; interests in land, situate in the territory of each other; and other internal regulations for the mutual comfort, and convenience of states, bordering on each other » (c'est nous qui soulignons).

⁴¹³ Pour une liste de ces accords et de leurs sujets, voir FRANKFURTER, (F.), LANDIS, (J.), « The Compact Clause of the Constitution », *Yale L.J.* vol.34, n°7 (1925), pp.685-758. Une liste des accords figure en annexe de l’article, pp.735-743 pour la période 1789-1914.

⁴¹⁴ Voir [Anonyme], « The Power of the States to make Compacts », *Yale L.J.*, vol.31, n°6 (1922) p.638 et, plus largement, BRUCE, (A.A.), « The Compacts and Agreements of States with One another and with Foreign Powers », *Minn. L. Rev.* vol.2, n°7 (1918), pp.500-516.

passés entre certaines de ces Nations et le gouvernement fédéral. Comme la Cour Suprême l'affirmera en 1831 « les nombreux traités conclus avec eux par les États-Unis les reconnaissent comme un peuple capable d'entretenir des relations de guerre et de paix »⁴¹⁵. Ce sont ainsi plus de trois cent traités qui ont été conclus en 1789 et 1871 entre ces deux entités – qu'ils l'aient été pour fixer une frontière⁴¹⁶, reconnaître un titre territorial⁴¹⁷, céder un tel titre⁴¹⁸ ou des droits territoriaux⁴¹⁹, prévoir des régimes d'extradition⁴²⁰, ou enfin, établir ce que l'on définira par la suite comme un « protectorat ».

⁴¹⁵ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1.

⁴¹⁶ C'est le cas d'un très grand nombre de traités. Pour une bonne illustration, voir par exemple, « Treaty with the Wyandots, etc., Aug.3, 1795 », 7 Stat. 49, article 3.

⁴¹⁷ Voir par exemple « Treaty with the Delawares, Sept.17, 1778 » 7 Stat. 13, article 6 : « Whereas the enemies of the United States have endeavored, by every artifice in their power, to possess the Indians in general with an opinion, that it is the design of the States aforesaid, to extirpate the Indians and take possession of their country: to obviate such false suggestion, the United States do engage to guarantee to the aforesaid Nation of Delawares, and their heirs, all their territorial rights in the fullest and most ample manner » ; « Treaty with the Cherokee, July 2, 1791 », 7 Stat. 39, article 7 : « the United States solemnly guarantee to the Cherokee Nation, all their lands not hereby ceded » (le traité est reproduit en Annexe) ; « Treaty with the Wabash and Illinois, Sept.27, 1792 », A.S.P.I.A. vol.1, p.338, article 4 : « The United States solemnly guaranty to the Wabash, and the Illinois Nations, or tribes of Indians, all the land to which they have a just claim; and no part shall ever be taken from them, but by a fair purchase, and to their satisfaction. That the lands originally belonged to the Indians; it is theirs, and theirs only. That they have a right to sell, and a right to refuse to sell. And that the United States will protect them in their said just rights ».

⁴¹⁸ Voir par exemple « Treaty with the Choctaw, Oct.18, 1820 », 7 Stat. 210, article 2 : « for and in consideration of the foregoing cession, on the part of the Choctaw Nation, and in part satisfaction for the same, the Commissioners of the United States, in behalf of said States, do hereby cede to said Nation, a tract of country west of the Mississippi River, situate between the Arkansas and Red River, and bounded as follows (...) ».

⁴¹⁹ Voir par exemple « Treaty with the Wyandot, etc., Aug.3, 1795 », 7 Stat. 49, article 7 : « The said tribes of Indians, parties to this treaty, shall be at liberty to hunt within the territory and lands which they have now ceded to the United States, without hindrance or molestation, so long as they demean themselves peaceably, and offer no injury to the people of the United States ».

⁴²⁰ Voir par exemple « Treaty with the Cherokee, Nov.28, 1785 », 7 Stat. 18, article 6 : « If any Indian or Indians, or person residing among them, or who shall take refuge in their Nation, shall commit a robbery, or murder, or other capital crime, on any citizen of the United States, or person under their protection, the Nation, or the tribe to which such offender or offenders may belong, shall be bound to deliver him or them up to be punished according to the ordinances of the United States; Provided, that the punishment shall not be greater than if the robbery or murder, or other capital crime had been committed by a citizen on a citizen » ; « Treaty with the Cherokee, Jul.2, 1791 », 7 Stat. 39, article 10 (le traité est reproduit en Annexe): « If any Cherokee Indian or Indians or person residing among them, or who shall take refuge in their Nation, shall steal a horse from, or commit a robbery or murder, or other capital crime, on any citizens or inhabitants of the United States, the Cherokee Nation shall be bound to deliver him or them up, to be punished according to the laws of the United States ».

B. Limites relatives au choix du co-contractant

Le début de l'histoire des relations entre les Nations indiennes et les États-Unis est marqué en effet, comme le rappelle le Pr. Clinton, par une « politique d'insularité »⁴²¹ du gouvernement fédéral : ce dernier signe avec les Nations indiennes des traités par lesquels elles renoncent à entretenir des relations juridiques avec d'autres Nations que les États-Unis. Il suffit de lire quelques dispositions de ces conventions, parmi les très nombreuses existantes – on en dénombre, entre 1776 et 1846 près d'une trentaine⁴²² – pour s'en convaincre. Ainsi, par exemple, le traité d'Holston dont les articles organisent les relations des États-Unis avec la Nation Cherokee, stipule-t-il en son article 2 que cette dernière reconnaît « être sous la protection des États-Unis et d'aucun autre souverain », admettant également par là qu'elle « ne conclurait aucun traité avec un pouvoir étranger, l'un des États [de l'Union], ou avec une personne de ces États »⁴²³. Par cette pratique, les États-Unis se protègent des possibilités d'alliances entre les Nations indiennes et les Nations européennes – une pratique encore largement répandue après la révolution américaine et durant le premier quart du XIXe siècle⁴²⁴ – et s'assurent également l'aide des premières afin, d'affirmer, dans la pratique une « indépendance » qui n'avait été déclarée que quelques années plus tôt⁴²⁵. Cette

⁴²¹ CLINTON, (R.N.), « Isolated in their Own Country : a Defense of Federal Protection of Indians Autonomy and Self-Government », *Stan. L. Rev.* vol.33, n°6 (1981), p.1001 : « That insulative role was evident in the treaty and statutory policies adopted in the late eighteenth and early nineteenth centuries ».

⁴²² Il ressort de nos recherches que 26 traités conclus avec 17 tribus différentes contiennent une clause par laquelle ces dernières se placent « sous la protection » des États-Unis. On ne trouve plus de telles dispositions après 1846.

⁴²³ « Treaty with the Cherokee, July 2, 1791 », *7 Stat. 39*, article 2 : « The undersigned Chiefs and Warriors, for themselves and all parts of the Cherokee Nation, do acknowledge themselves and the said Cherokee Nation, to be under the protection of the said United States of America, and of no other sovereign whosoever; and they also stipulate that the said Cherokee Nation will not hold any treaty with any foreign power, individual state, or with individuals of any state » (le traité est reproduit en Annexe).

⁴²⁴ Voir sur ce point « Treaties between Indian Nations and Foreign Nations » in DELORIA, (V. Jr.) ; DEMALLIE, (R.J.), *Documents of American Indians Diplomacy. Treaties, Agreements and Conventions, 1775 – 1979*, Norman, Oklahoma UP 1999, vol.1, pp.103-108. Les auteurs ont listé quarante-quatre traités conclus entre des Nations indiennes et l'Angleterre, l'Espagne et le Mexique entre 1776 et 1850. Les auteurs notent à ce propos (p.104) que « the documents found to date that represent treaties made by other Nations with Indian Nations living within the lands and boundaries claimed by the United States are unique in that they speak of a time when Indian Nations were able to choose the larger sovereign with whom they wished to be associated. Complete political sovereignty for many Indian Nations existed for a much longer time than American courts have thought ».

⁴²⁵ WIESSNER, (S.), « American Indian Treaties and Modern International Law », *St. Thom. L. Rev.*, vol.7, n°3 (1995), p.575 : « The early treaties of the United States with the Indian tribes were concluded for national security purposes to fend off threats against U.S. independence and to enlist the help of Native Americans in this effort (...). Since the "State of the Union" at this point was still precarious,

formulation est, en outre, souvent présente dans des traités de paix, ce qui tend à prouver que l’on cherche bien, alors, à limiter la « souveraineté externe » des Nations indiennes : après la guerre avec l’Angleterre, auquel de nombreuses Nations indiennes s’étaient associées, le gouvernement fédéral signe, entre autres⁴²⁶, un traité avec quatre Nations indiennes qui s’engagent non seulement à être les alliées des États-Unis en cas de nouvelles hostilités, mais se placent également, et par la même occasion, « sous la protection » de ces derniers⁴²⁷.

Les Nations indiennes parties à de tels traités se trouvent ainsi, par rapport aux États membres, dans une situation sensiblement différente quant à leur compétence en matière de relations extérieures. En effet, les seconds ont transféré la quasi-totalité de leur compétence au gouvernement fédéral : la section 2 de l’article II confère ainsi au Président des États-Unis et au Sénat le pouvoir de contracter avec les Nations étrangères⁴²⁸, le Congrès étant, pour sa part et selon l’article I, Section 8, Clause 11, l’autorité compétente pour déclarer la guerre⁴²⁹. La Cour Suprême a, qui plus est, interprété très largement ces articles au cours de la période qui nous intéresse : à la fin du XIXe siècle, la Cour jugera en effet que toute loi étatique portant atteinte, même de manière indirecte, à la compétence du gouvernement fédéral en matière d’affaires étrangères, est pour cela inconstitutionnelle : rendus en matière d’immigration, les arrêts *Chy Lung v. Freeman* et *Chae Chan Ping v. United States* jugent ainsi, d’une part,

the tribes were useful allies, won, by and large, through arm’s length negotiations. They were treated as “relative equals” ».

⁴²⁶ Voir ainsi « Treaty with the Teton, July 19, 1815 » 7 Stat. 125 ; « Treaty with the Sioux of the Lakes, July 19, 1815 », 7 Stat. 126 ; « Treaty with the Makah, July 2, 1815 », 7 Stat. 129 ; « Treaty with the Kansa, Oct.28, 1815 » 7 Stat. 137 ; « Treaty with the Winnebago, June 3, 1816 », 7 Stat. 144 ; « Treaty with the Quapaw, Aug., 24 1818 », 7 Stat. 176.

⁴²⁷ « Treaty with the Wyandot, etc., July 22, 1814 », 7 Stat. 118, article 2 : « The tribes and bands abovementioned, engage to give their aid to the United States in prosecuting the war against Great Britain, and such of the Indian tribes as still continue hostile; and to make no peace with either without the consent of the United States. The assistance herein stipulated for, is to consist of such a number of their warriors from each tribe, as the president of the United States, or any officer having his authority therefor, may require » et article 3 : « The Wyandot tribe, and the Senecas of Sandusky and Stony Creek, the Delaware and Shawanoes tribes, who have preserved their fidelity to the United States throughout the war, again acknowledge themselves to be under the protection of the said states, and of no other power whatever; and agree to aid the United States, in the manner stipulated for in the former article, and to make no peace but with the consent of the said states ».

⁴²⁸ Article II, Section 2 : « [the President] shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur ».

⁴²⁹ Article I, Section 8, clause 11 : « The Congress shall have power to declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water ».

qu'une loi de l'État de Californie, obligeant à s'acquitter d'une taxe pour le débarquement d'immigrés, est inconstitutionnelle⁴³⁰, et, d'autre part, que le système fédéral est ainsi conçu que toute question d'importance nationale ne peut être laissée à la discrétion des États membres⁴³¹. Il en va tout à fait différemment des Nations indiennes, dont le statut mis en place par les traités susmentionnés est un statut de protectorat, « selon lequel un État, dit État protégé, sans perdre son existence ni sa personnalité juridique, confie l'exercice de certaines compétences internes ou internationales à un autre État, qui s'engage en retour à le protéger contre toute agression extérieure »⁴³².

La pratique prouve en effet que la signature de ces traités de protectorat ne mettait pas fin à la conclusion de traités entre les Nations indiennes et le gouvernement fédéral. Ainsi, par exemple, la Nation Cherokee qui, dès 1785, signe avec le gouvernement fédéral un traité par lequel elle se place sous la protection des États-Unis⁴³³, signera-t-elle par la suite pas moins de dix-huit traités avec le gouvernement fédéral ; la Nation Chickasaw, partie à un traité similaire en 1786⁴³⁴, est encore partie par la suite à douze traités ; de même pour les Choctaw, parties à treize traités après la

⁴³⁰ *Chy Lung v. Freeman* (1875), 92 U.S. 275, 279-280.

⁴³¹ *Chae Chan Ping v. United States* (1889), 130 U.S. 581, 605-606. Pour une interprétation critique et plus approfondie de cet arrêt, voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

⁴³² « Protectorat » in CORNU, (G.), *Vocabulaire...*, précité, p.688 ; voir aussi « Protectorat » in SALMON, (J.), *Dictionnaire...*, précité, p.905 : « Relation entre États, établie généralement par traité, par laquelle un État, dit protecteur, s'engage à défendre une autre entité territoriale organisée, dite protégé ou État protégé, contre certains dangers extérieurs ou antérieurs ». Sur cette qualification des relations entre les États-Unis et les Nations indiennes, voir NEWTON, (N.J.), « Federal power over Indians ... », précité, p.222 : « Chief Justice John Marshall had regarded Indian tribes as possessing a "right of self-government" and having a protectorate relationship with the federal government, like "that of a Nation claiming and receiving the protection of one more powerful: not (...) submitting as subjects to the laws of a master » et CLINTON, (R.N.), « Isolated... », précité, p.1001 : « In these cases, the United States was described as the protector of the weak and helpless Indian tribes, which were characterized as domestic dependent Nations. Justice Marshall presumably used this description to describe the political protectorate role which the federal government played in insulating the Indian tribes from intrusions by foreign governments, the states, and non-Indian citizens. That insulative role was evident in the treaty and statutory policies adopted in the late eighteenth and early nineteenth centuries » ; CHAMBERS, (R.P.), « Judicial Enforcement of the Federal Trust ... », précité, p.1220 : « The federal guarantee recognizes a sort of "protectorate" status in the tribes, securing to them the power of managing their internal affairs in an autonomous manner except for a congressional power to regulate trade ».

⁴³³ « Treaty with the Cherokee, Nov.28, 1785 », 7 *Stat. 18*, article 3 : « The said Indians for themselves and their respective tribes and towns do acknowledge all the Cherokees to be under the protection of the United States of America, and of no other sovereign whosoever ».

⁴³⁴ « Treaty with the Chickasaw, Jan.10, 1786 », 7 *Stat. 24*, article 2 : « the Commissioners Plenipotentiary of the Chickasaws, do hereby acknowledge the tribes and the towns of the Chickasaw Nation, to be under the protection of the United States of America, and of no other sovereign whosoever ».

signature d'un traité de protection la même année⁴³⁵. De plus, et comme nous l'avons indiqué ci-dessus, de nombreuses Nations indiennes furent parties, jusque dans les années 1850, à des traités conclus avec des Nations européennes – dès lors qu'elles n'étaient pas déjà partie à un traité de protection avec les États-Unis. Enfin, les traités conclus entre les Nations indiennes elles-mêmes sont, également, nombreux, puisque 34 conventions de ce type peuvent être dénombrées entre 1776 et 1914⁴³⁶.

Si certaines Nations indiennes se trouvent ainsi privées du libre choix de leur co-contractant, toutes ont conservé la compétence de *mener elles-mêmes* leurs relations extérieures, ce qui n'est pas le cas des États membres. Mais cette importante distinction sera tout à fait niée par la doctrine internationaliste qui, à la recherche d'une théorie des Unions d'États – et de la soumission des « peuples indigènes » - verra dans l'impossibilité pour les États membres et les Nations indiennes de recouvrer les compétences qu'elles ont cédées ou auxquelles elles ont renoncé, le fondement de leur relégation dans un « ordre interne » duquel le droit international serait exclu, et dont découlerait, plutôt que d'un titre territorial international, leurs compétences.

§2 – Interprétation des limites comme constitutives d'un renoncement à la "souveraineté externe"

Fondées sur la constitution fédérale ou sur des traités, les limites à la compétence des États membres et des Nations indiennes en matière de relations extérieures émanent directement de leur volonté : en ratifiant la constitution fédérale, les anciennes colonies britanniques se sont volontairement dépourvues d'une compétence attachée à leur statut d' « État », sans pour autant renoncer à leur pouvoir en matière de relations extérieures, quoique leur *exercice* soit suspendu : plusieurs auteurs se sont attachés à montrer que la constitution pouvait ainsi être interprétée comme un « pacte

⁴³⁵ « Treaty with the Choctaw, Jan.3, 1786 », 7 Stat. 21, article 2 : « The Commissioners Plenipotentiary of all the Choctaw Nation, do hereby acknowledge the tribes and towns of the said Nation, and the lands within the boundary allotted to the said Indians to live and hunt on, as mentioned in the third article, to be under the protection of the United States of America, and of no other sovereign whosoever ».

⁴³⁶ Voir « Treaties between Indian Nations » in DELORIA, (V. Jr.) ; DeMALLIE, (R.J.), *Documents of American Indians Diplomacy...*, précité, vol.1, pp.681-744.

pour la paix »⁴³⁷ ou comme un « traité fédéral »⁴³⁸, autorisant ainsi cette interprétation de la constitution de 1789 dans une perspective volontariste, selon laquelle lorsqu'un État « conclut un traité et s'impose des contraintes », il ne « limite pas sa souveraineté » mais « ne fait que l'appliquer »⁴³⁹. Le gouvernement fédéral, dans cette perspective, constitue sur la base des dispositions constitutionnelles que nous venons de citer « l'organe par lequel les Républiques [i.e. les États membres] communiquent entre elles et avec les Nations étrangères », mais il est entendu que la soumission des États à l'action de ce gouvernement étant « volontaire », ces derniers « peuvent reprendre leurs fonctions originelles lorsqu'ils le souhaitent »⁴⁴⁰. Quant aux traités établissant entre les Nations indiennes et le gouvernement fédéral un régime de protectorat, leur nature conventionnelle n'appelle guère de développement. Toujours est-il possible de remarquer que la Cour Suprême l'a explicitement confirmé⁴⁴¹.

A ce fondement conventionnel cependant, la Cour Suprême substitue un fondement unilatéral : l'incompétence des États membres et des Nations indiennes devient, au cours du XIXe siècle, *subi* plutôt que *choisi* et, surtout, insusceptible de renonciation : selon la Cour en effet, la nature de l'union fédérale (A), et la « doctrine de

⁴³⁷ HENDRICKSON, (D.C.), *Peace Pact : the Lost World of the American Foundings*, Lawrence, Kansas UP 2006, not. p.7 : « Believing that the interests of the states met in more points than they differed, and mortally fearing a dissolution that would ineluctably produce the features of the European state system in North America, the Federalists of 1788 labored hard to secure the ratification of a frame of government that would be adequate to the exigencies of the union, giving to each potential fragment a vital interest in its perpetuation. As they continually counterpoised the state of peace with the state of war, and made a bid for the former against the perceived threat of the latter, it seems fair to denominate the federal Constitution as a peace pact (...) ».

⁴³⁸ Pour une illustration récente de cet argument, voir MARTIN, (F.F.), « Our Constitution as Federal Treaty : A New Theory of United States Constitutional Construction Based on an Originalist Understanding for Addressing a New World », *Hastings Const. L.Q.* vol.31, n°3 (2004), pp.269-354.

⁴³⁹ C.P.J.I., *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, p.18 et C.P.J.I., *Affaire du Vapeur Wimbledon*, arrêt du 17 août 1923, série A, n°1, p.24.

⁴⁴⁰ TUCKER, (St. G.), « Structure and Organization of the Federal government » in *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia*, Philadelphia, William Young Birch and Abraham Small 1803, vol.1, p.187 : « The federal government then, appears to be the organ through which the united republics communicate with foreign Nations, and with each other. Their submission to its operation is voluntary: its councils, its engagements, its authority are theirs, modified, and united. Its sovereignty is an emanation from theirs, not a flame by which they have been consumed, nor a vortex in which they are swallowed up. Each is still a perfect state, still sovereign, still independent, and still capable, should the occasion require, to resume the exercise of its functions, as such, in the most unlimited extent ».

⁴⁴¹ *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 519 : « The words "treaty" and "Nation" are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings by ourselves, having each a definite and well understood meaning. We have applied them to Indians as we have applied them to the other Nations of the earth. They are applied to all in the same sense ».

la découverte » (B), justifient que ces entités ne puissent recouvrer la jouissance pleine et entière de leur pouvoir en matière de relations extérieures.

A. *Nature de l'union fédérale*

Les premiers numéros des *Federalist Papers* le confirment : la protection de ses membres contre les actions des Nations étrangères est l'une des « fins communes »⁴⁴² de la Fédération⁴⁴³. Or, le premier moyen pour réaliser cette fin, c'est le renoncement par les États à la compétence d'entretenir souverainement des relations avec l'extérieur : « les justes causes de guerre », écrit ainsi Jay dans le troisième numéro des *Federalist Papers*, « sont la violation des traités ou la violence directe », si bien « qu'il est de la plus haute importance à la paix de l'Amérique qu'elle observe le droit des gens à l'égard des autres pouvoirs », ce qui sera fait de façon « plus parfaite et plus diligente » par un « gouvernement national » que par « treize États distincts » ou « trois ou quatre confédérations distinctes »⁴⁴⁴ parce qu'ainsi « les traités et articles de traité, le droit des gens, seront interprétés et exécutés de manière uniforme » ce qui ne serait pas le cas si chacun de ces États ou confédérations étaient indépendants en ce domaine⁴⁴⁵. Or, tant la doctrine que la jurisprudence américaines vont juger, au cours du XIXe siècle

⁴⁴² BEAUD, (O.), « La sûreté ou la défense commune de la fédération » in *Théorie...*, précité, pp.286-301.

⁴⁴³ Voir *The Federalist*, n°2-5, not.n°3, p.9 : « Among the many objects to which a wise and free people find it necessary to direct their attention, that of providing for their safety seems to be the first. The safety of the people doubtless has relation to a great variety of circumstances and considerations, and consequently affords great latitude to those who wish to define it precisely and comprehensively. At present I mean only to consider it as it respects security for the preservation of peace and tranquillity, as well as against dangers from foreign arms and influence, as from dangers of the like kind arising from domestic causes. As the former of these comes first in order, it is proper it should be the first discussed. Let us therefore proceed to examine whether the people are not right in their opinion that a cordial Union, under an efficient national government, affords them the best security that can be devised against hostilities from abroad ».

⁴⁴⁴ *Ibid.* : « The just causes of war, for the most part, arise either from violation of treaties or from direct violence. America has already formed treaties with no less than six foreign Nations, and all of them, except Prussia, are maritime, and therefore able to annoy and injure us. She has also extensive commerce with Portugal, Spain, and Britain, and, with respect to the two latter, has, in addition, the circumstance of neighborhood to attend to. It is of high importance to the peace of America that she observes the laws of Nations towards all these powers, and to me it appears evident that this will be more perfectly and punctually done by one national government than it could be either by thirteen separate States or by three or four distinct confederacies ».

⁴⁴⁵ *Ibid.* : « Because, under the national government, treaties and articles of treaties, as well as the laws of Nations, will always be expounded in one sense and executed in the same manner - whereas, adjudications on the same points and questions, in thirteen States, or in three or four confederacies, will not always accord or be consistent ».

et sur la base de cette idée, que le renoncement aux relations extérieures est consubstancial à l’Union américaine, si bien que le renoncement des États à la maîtrise de leurs relations étrangères est définitif, et insusceptible d’être révoqué – que les États, pour le dire autrement, ont renoncé en ratifiant la constitution à leur souveraineté en matière de relations avec les Nations étrangères.

Sans doute n’est-il guère besoin d’insister sur le fait que la Cour Suprême a jugé, après la guerre de Sécession, que l’Union forme une « union indestructible d’États indestructibles »⁴⁴⁶, signifiant par là l’impossibilité pour les États membres de recouvrer leur « souveraineté externe » en quittant l’Union : selon les termes de la Cour, cette Union est « perpétuelle » et « indissoluble », les États étant liés entre eux par « quelque chose de plus qu’un contrat », puisque prévoyant « l’incorporation d’un nouveau membre à un corps politique »⁴⁴⁷. Dans le même sens, la Cour Suprême a également jugé en 1877 qu’en vertu de l’article 1, Section 10, « les États Confédérés étaient une organisation illégale », les États membres de la Fédération ayant renoncé de manière définitive et insusceptible de révocation à toute existence juridique hors de l’Union⁴⁴⁸. Ainsi, et comme l’écrira James Buchanan en 1860, un droit tel que celui de sécession est « totalement inconsistante tant avec l’histoire que la nature de la constitution fédérale. La Sécession n’est rien d’autre qu’une révolution. Justifiée ou non, c’est une révolution »⁴⁴⁹. Cette transformation d’une indépendance choisie et révocable en

⁴⁴⁶ *State of Texas v. White* (1868), 74 U.S. 700 : « The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States ».

⁴⁴⁷ *Id.*, 74 U.S. 700, 726 : « When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States ».

⁴⁴⁸ *Williams v. Bruffy* (1877), 96 U.S. 176, 1 : « The Confederate States was an illegal organization, within the provision of the Constitution of the United States prohibiting any treaty, alliance, or confederation of one state with another, whatever efficacy, therefore, its enactments possessed in any state entering into that organization must be attributed to the sanction given to them by that state ».

⁴⁴⁹ BUCHANAN, (J.), « Fourth Annual Message to Congress on the State of the Union, Dec.3, 1860 » in WOOLEY, (J.T.) ; PETERS, (G.), (ed.), *The American Presidency Project* [online], Santa Barbara, CA, disponible à l’adresse <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29501> (consultée le 2 mai 2011) : « Such a principle is wholly inconsistent with the history as well as the character of the Federal Constitution (...). Secession is neither more nor less than revolution. It may or may not be a justifiable revolution, but still it is revolution ».

dépendance consubstantielle à la « logique du système fédéral »⁴⁵⁰ et dès lors irréversible sera centrale dans l'appréhension par la doctrine internationaliste du phénomène fédéral, qui se développera au moment même où la guerre de Sécession se résolvait de façon favorable à la perte de pouvoir des États membres⁴⁵¹.

Quelques soient les critiques que l'on peut adresser à la Cour Suprême quant à ces solutions⁴⁵², elles témoignent de la disparition absolue des États membres, dans la pratique, de la « scène internationale » : les « États-Unis » forment, à l'égard des Nations étrangères, une unité juridique. « Les États-Unis, dans leurs relations avec les États étrangers, leurs citoyens et leurs sujets », précisera la Cour Suprême dans l'arrêt de 1889 précité, « ne forment qu'une Nation, investis des pouvoirs appartenant aux Nations indépendantes »⁴⁵³.

B. Doctrine de la découverte

Le caractère volontaire de la renonciation à l'indépendance des Nations indiennes par la conclusion de traités de protectorat va, sur le même schéma que ce qui se produira un peu plus tard pour les États membres, céder la place, en 1823, à une théorie émanant de la Cour Suprême, d'après laquelle les Nations indiennes se trouvent, sans distinction et indépendamment de leur accord, dépendantes du gouvernement fédéral en ce sens qu'elles ne peuvent contracter librement avec l'extérieur. Dans l'arrêt *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh*, le juge Marshall va en effet formuler une « doctrine de la découverte » d'après laquelle les Nations indiennes ont perdu, du fait de la découverte du continent américain par les Nations européennes, toute compétence de conclure des traités avec d'autres Nations que les États-Unis : la

⁴⁵⁰ MAIER, (H.G.), « Preemption of State Law : a recommended Analysis », *A.J.I.L.* vol.83, n°4 (1989), p.835.

⁴⁵¹ Voir FORSYTH, (M.), *Unions of States. The Theory and Practice of Confederation*, Leicester UP 1981, pp.133 sq.

⁴⁵² Sur ce point, voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, B.

⁴⁵³ *The Chinese Exclusion case* (1889), 130 U.S. 581, 604 : « the United States, in their relation to foreign countries and their subjects or citizens are one Nation, invested with powers which belong to independent Nations » ; Voir aussi *The Federalist*, n°42, p.202 : « If we are to be one Nation in any respect, it clearly ought to be in respect to other Nations. The powers to make treaties and to send and receive ambassadors, speak their own propriety ».

« découverte » joue ainsi comme le renoncement forcé à l’indépendance externe⁴⁵⁴. Marshall, dans cet arrêt, rappelle ainsi, en premier lieu, que la découverte a été prise en compte par le droit des gens comme « fait juridique » suite aux problèmes soulevés par la multiplication des revendications territoriales sur le continent américain. Parce que les grandes Nations d’Europe étaient désireuses d’acquérir autant que possible de cet immense continent, c’est également un vaste champs de différends qu’offrait cet espace aux Puissances en cause. Tel est précisément le fait à l’origine d’une définition juridique de la découverte.

En effet, « comme elles étaient toutes à la poursuite du même objet », écrit Marshall à propos des Nations européennes, « il devint nécessaire, afin d’éviter les revendications concurrentes et les guerres qui s’en suivraient, d’établir un principe que toutes reconnaîtraient comme la loi régulant le droit d’acquisition dont elles se prévalaient »⁴⁵⁵. Or, ce principe fut celui selon lequel « la découverte donnerait au gouvernement sous l’autorité duquel elle aurait été faite un titre valable *contre les autres gouvernements européens* »⁴⁵⁶. Ainsi, selon la définition de Jefferson, la découverte « empêche les autres Nations de prendre possession » des terres découvertes⁴⁵⁷ – ce qui prive les Nations indiennes de tout contact avec ces dernières : comme l’affirmera le juge Johnson dans son opinion sur l’affaire *Cherokee Nation v. Georgia*, de ce fait, les Nations indiennes « ne sont reconnues comme État par aucun pouvoir sur la terre, à l’exception des États-Unis »⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Pour une étude approfondie de la découverte comme « mode de formation du titre territorial », voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

⁴⁵⁵ *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 573-573 : « On the discovery of this immense continent, the great Nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all (...). [A]s they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements and consequent war with each other, to establish a principle which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted should be regulated as between themselves ».

⁴⁵⁶ *Ibid.* : « This principle was that discovery gave title to the government by whose subjects or by whose authority it was made *against all other European governments*, which title might be consummated by possession » (c'est nous qui soulignons).

⁴⁵⁷ Cité par WILKINS, « Quit-Claiming the Doctrine of Discovery : A Treaty-Based Reappraisal », *Oklahoma City U. L. Rev.*, vol.23, n°1-2 (1998), p.302 : « [Discovery] gave us no present right whatever, but of preventing other Nations from taking possession, and so defeating our expectancy ».

⁴⁵⁸ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 24 : « as a State, they are known to nobody on earth but ourselves, if to us ».

Cette « doctrine » a conduit le juge Marshall, dans l’arrêt *Cherokee Nation*, à qualifier *l’ensemble* des « Nations indiennes » de « domestic dependent Nations »⁴⁵⁹ – alors même que seules certaines d’entre elles, ainsi que nous l’avons vu ci-dessus, étaient parties à des traités par lesquels elles avaient effectivement accepté de se placer sous la protection du gouvernement fédéral. *Toutes les Nations* se trouvent ainsi unilatéralement privées de leur indépendance. En dépit de leurs protestations – « nous sommes un peuple libre et indépendant, sous l’influence de personne », rappelle un Chef Indien, précisant que « nous avons été liés au Grand Roi, mais celui-ci ayant renoncé à ce lien, nous sommes à nouveau libres et indépendants »⁴⁶⁰ – les Nations indiennes et leur pays sont donc, comme c’est également le cas pour les États membres, « considérés par les Nations étrangères, comme par [les États-Unis], comme étant à ce point sous la souveraineté et le *dominion* des États-Unis que toute tentative d’acquérir leurs terres, ou d’établir avec elles une association politique, serait considéré comme une invasion du [territoire des États-Unis] et comme un acte hostile »⁴⁶¹

Section 2 – Conséquences de l’absence de souveraineté externe sur la détention du titre

Quoique les États membres et les Nations indiennes, conservent, comme nous l’avons vu ci-dessus, un certain nombre de compétences en matière de relations extérieures, leur dépendance au gouvernement fédéral est le fondement du refus, à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, de reconnaître à ces entités la qualité d’État : l’évolution positiviste de la doctrine internationaliste – dont Wheaton est l’un des premiers représentants – conduit celle-ci à considérer l’indépendance, entendue comme

⁴⁵⁹ *Id.*, 30 U.S. 1, 2 : « the Indians are acknowledged to have an unquestionable, and heretofore an unquestioned, right to the lands they occupy until that right shall be extinguished by a voluntary cession to our Government. It may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign Nations. They may more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent Nations ».

⁴⁶⁰ HILL, (A.), « Brothers commissioners of the U.S. attend », in *Olden Times*, Pittsburgh 1848, vol.2, p.418 : « We are free, and independent, and at present under no influence. We have hiterto been bound by the Great King, but he having broke the chain, and left us to ourserlves, we are again free, and independent ».

⁴⁶¹ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 17-18 : « They and their country are considered by *foreign Nations*, as well as by ourselves, as being so completely under the sovereignty and dominion of the United States that any attempt to acquire their lands, or to form a political connexion with them, would be considered by all as an invasion of our territory and an act of hostility » (c'est nous qui soulignons).

« souveraineté externe », et sa reconnaissance par les sujets existants du droit international, comme critère nécessaire de l’État (§1). Dès lors, tout lien de dépendance d’une entité à une autre pour la gestion de ses relations extérieures – quelle que soit par ailleurs l’étendue matérielle de ses compétences en ce domaine – est interprété comme la renonciation de la première à la sujétion au droit international – et donc à la détention d’un titre territorial, dont seul l’État jouissant de la souveraineté externe peut être, selon cette construction du droit international, le détenteur (§2).

§1 – Souveraineté externe et reconnaissance, critères de l’État

Lorsque le Congrès des États-Unis adopte, en 1871, une loi disposant qu’« aucune tribu ou Nation indienne située à l’intérieur du territoire des États-Unis *ne pourra être reconnue comme une Nation, tribu ou pouvoir indépendant* avec lequel les États-Unis pourront conclure des traités »⁴⁶², il ne fait que reprendre deux des critères que Wheaton a déjà présenté, dans son ouvrage paru en 1846, comme indispensable pour la qualification d’une entité d’« État » au sens du droit international – qu’il s’agisse de rechercher la possibilité de qualifier de telles les entités membres d’une union interétatique ou les Nations indiennes présentes sur le territoire américain : l’« indépendance » comprise comme « souveraineté externe », d’une part (A) et la « reconnaissance » d’autre part (B).

A. Critère de la souveraineté externe

Dans la monographie consacrée à l’interprétation du droit international par les tribunaux américains qu’il publie en 1928 – interprétation fondée en grande partie sur les arrêts rendus au cours du XIXe siècle – Charles Pergler écrit à propos de la souveraineté de l’État qu’elle a « deux faces », l’une étant la face « internationale, ou externe », l’autre étant « purement interne ». La « souveraineté externe » définit « la position de l’État parmi les autres États », et c’est « bien évidemment de cette souveraineté dont il est question » quand cette notion est « discutée

⁴⁶² « Act of March 8, 1871 », 16 Stat. 566 (c'est nous qui soulignons).

comme problème du droit international ». Quant à la « souveraineté interne », elle « concerne les relations entre l'État et toute personne ou association située sur son territoire »⁴⁶³. La doctrine internationaliste américaine de la seconde moitié du XIXe siècle offre en outre un solide fondement à cette opinion : dans son *Introduction à l'étude du droit international*, Woolsey écrit par exemple que « par souveraineté, nous entendons l'exercice exclusif et sans contrôle des pouvoirs de l'État, c'est-à-dire à la fois le pouvoir d'entrer en relation avec d'autres États, et le pouvoir de gouverner ses propres sujets »⁴⁶⁴. En 1886, les *Cours de droit international Public* de Pomeroy apprennent que « tant que la capacité de légiférer et celle de mener des relations extérieures » subsistent, « la souveraineté et l'indépendance » également⁴⁶⁵. En ce sens, la « souveraineté de l'État » implique « l'indépendance externe »⁴⁶⁶, c'est-à-dire « le droit de l'État de définir librement la nature de ses relations avec d'autres États ou entités »⁴⁶⁷.

Cette conception de la « souveraineté externe » comme critère de l'État en droit international trouve notamment son origine dans les réflexions relatives aux Unions d'États.

L'absence de maîtrise de ses relations extérieures par une entité membre d'une union interétatique sert en effet, parmi d'autres, de critères à la distinction entre « confédération » et « fédération ». Ainsi, et si l'on est d'accord avec le Pr. Beaud pour considérer que l'affirmation qui suit est « un résumé très fidèle de l'opinion de la doctrine juridique »⁴⁶⁸, on peut remarquer que « selon les concepts, une confédération (*Staatenbund*) et une fédération (*Bundesstaat*) diffèrent essentiellement. La première

⁴⁶³ PERGLER, (C.), *Judicial Interpretation of International Law in the United States*, New York, The Macmillan Company 1928, p.35 : « (...) [T]o the problem of sovereignty there are two different sides and (...) one of these is the international, or external, while the other is purely internal. External sovereignty relates to the position of the state among other states, and it is of course this sovereignty that we have in mind when discussing sovereignty as a problem of international law (...). Internal sovereignty, on the other hand, concerns the relation between the state and all other persons or associations within its territory ».

⁴⁶⁴ WOOLSEY, (T.D.), *Introduction to the Study of International Law*, Boston and Cambridge, James Munroe & Company 1868, §37, p.50.

⁴⁶⁵ POMEROY, (J.N.), *Lectures on International Law...*, précité, p.50.

⁴⁶⁶ PARRISH, (A.L.), « Changing Territoriality, Fading Sovereignty... », précité, p.294.

⁴⁶⁷ IORNS, (C.J.), « Indigenous Peoples and Self-Determination : challenging State Sovereignty », *Case W. Res. J. Int'l L* vol.24, n°2 (1992), p.326.

⁴⁶⁸ BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.68.

laisse subsister la souveraineté politique des États membres, donc la pluralité des forces armées ; *la seconde efface la souveraineté externe des États membres et, par suite, crée un acteur sur la scène internationale qui prend la place des acteurs devenus membres de l’État fédéral* (Empire allemand ou États-Unis) »⁴⁶⁹. Dès 1846, Wheaton écrivait ainsi, à propos de la « Confédération Germanique », que « non seulement la souveraineté intérieure, mais aussi la souveraineté extérieure » de chacun des États de la Confédération » étant maintenue, « leur union forme ce que les publicistes allemands nomment un *Staatenbund*, c'est-à-dire un système d'États confédérés, termes dont ils se servent par opposition au terme *Bundestaat*, c'est-à-dire un gouvernement fédéral supérieur »⁴⁷⁰ - « qui est alors à lui seul une puissance souveraine »⁴⁷¹. Comme on le voit, tant la subsistance de la « souveraineté intérieure », que celle de la « souveraineté extérieure » des membres de la Confédération germanique permettent de qualifier cette association de « Confédération », puisque la subsistance de ces deux formes de souveraineté témoigne de la subsistance de la qualité d'« État » de ces derniers : les États membres « conservent leur indépendance » et, par conséquent, leur statut « relève du droit international »⁴⁷².

Toutefois, et la précision est particulièrement importante pour notre propos, lorsqu'il se penche sur les « États-Unis d'Amérique du Nord », Wheaton précise qu'il n'examinera pas « jusqu'à quel point » les dispositions de la constitution fédérale « altèrent la souveraineté intérieure de chaque État » car il est *suffisant* de faire remarquer que « puisque les relations de ces États avec les États étrangers, en paix et en guerre, sont maintenues par le gouvernement fédéral, tandis qu'il est expressément défendu aux États isolés de l'Union d'exercer ces actes de souveraineté extérieure, il est évident que la souveraineté extérieure de la Nation réside exclusivement dans le gouvernement fédéral ». Et Wheaton de conclure : « *L'indépendance de chaque État se*

⁴⁶⁹ ARON, (R.), *Paix et guerre entre les Nations*, Paris, Calman-Lévy 1984, p.743 (c'est nous qui soulignons).

⁴⁷⁰ *Eléments (fr)...*, t.1, I, II, §23, p.64.

⁴⁷¹ *Id.*, p.56.

⁴⁷² Voir sur ce point WITTE, (B. de), « Fédération », in DUHAMEL, (O.) ; MENY, (Y.), (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF 2000, p.435 : « Le mot “fédération” indique d'abord, à son origine historique, l'acte conventionnel (*foedus*) par lequel deux ou plusieurs groupements politiques constituent une entité politique commune. Cette nouvelle entité est appelée fédération ou État fédéral (...). Au contraire de la confédération, groupement dans lequel les États membres gardent (ou obtiennent) leur indépendance et qui relève donc du droit international, le concept de fédération relève du droit constitutionnel ». Cité par BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.67.

trouve donc sous ce rapport confondue dans la souveraineté du gouvernement fédéral, et l’on peut par suite qualifier l’Union américaine de Bundestaat »⁴⁷³. La « souveraineté extérieure » devient, sous cet angle, le seul critère de la « puissance souveraine » au sens du droit international.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre les affirmations de la doctrine internationaliste contemporaine selon lesquelles l'indépendance fait partie des éléments traditionnels de définition de l'État en droit international – à tel point qu'elle peut être présentée comme l'élément central de l'étaticité⁴⁷⁴ : « tant qu'une entité étatique ne renonce pas à [la] soumission directe au droit international », écrivent ainsi, par exemple, les Pr. Dailliet, Forteau et Pellet, « elle conserve la qualité d'État »⁴⁷⁵. Par conséquent, l'association juridique d'États au sein d'une entité fédérale oblige à considérer que « dans tous les cas, les ‘‘États’’ fédérés ne peuvent prétendre, quel que soit leur nom, à la personnalité juridique des États selon le droit international » parce que les États fédérés « n'ont pas de rapports immédiats avec la société internationale »⁴⁷⁶ ; le Pr. Combacau précise tout également que « la singularité absolue » de l' « État » par rapport à une « collectivité territoriale » réside dans son « indépendance »⁴⁷⁷. On sait, enfin, que la jurisprudence internationale fait de l' « indépendance », entendue comme « souveraineté extérieure », le critère de la « souveraineté » en droit international⁴⁷⁸.

B. La reconnaissance comme critère de l'État

Selon une formulation très proche de la loi de 1871 précitée, Max Huber devait juger, dans la sentence de l'Île de Palmas, que la reconnaissance d'un État joue un rôle fondamental pour sa qualification comme « État souverain » : selon l'arbitre en effet « les contrats intervenus entre un État (...) et des princes indigènes ou chefs de

⁴⁷³ Eléments (fr)..., t.1, I, II, §24, p.71 (c'est nous qui soulignons).

⁴⁷⁴ CRAWFORD, (J.), *The Creation of States...*, précité, p.62 : « Independence is the central criterion of statehood ».

⁴⁷⁵ DAILLIER, (P.) ; FORTEAU, (M.), PELLET, (A.), *Droit international public...*, précité, p.468.

⁴⁷⁶ *Id.*, p.469.

⁴⁷⁷ COMBACAU, (J.) ; SUR, (S.), *Droit international...*, précité, p.280.

⁴⁷⁸ C.P.A., *Affaire de l'Île de Palmas*, précité, p.838 : « La souveraineté dans les relations entre États signifie l'indépendance ».

tribus *non reconnus comme membres de la Communauté des Nations* ne sont pas, au sens du droit international, des traités ou conventions susceptibles de créer des droits et obligations »⁴⁷⁹. Rendue en 1928, la sentence est l’expression directe du positivisme qui, depuis la seconde moitié du XIXe siècle, caractérise la conception dominante du droit international : défini comme « un certain type de définition du droit comme *droit en vigueur d’origine humaine*, par différence avec l’idée d’un droit idéal ou essentiel, se déduisant en vérité d’un certain nombre de principes juste ou bons »⁴⁸⁰, le positivisme de la décision se lit en effet dans cette idée que ce qui fait l’État, ce n’est pas ce qu’un droit idéal dit être l’État, mais *ce que les États existants qualifient comme tels* : non seulement la « souveraineté externe » est nécessaire à la qualité d’État, mais encore faut-il que cette souveraineté soit *reconnue* pour que l’entité considérée puisse jouir de ce statut.

Comme l’a noté le Pr. Crawford, si la question de l’importance de la reconnaissance d’une entité comme « État » sujet du droit international occupe une place discrète, voire inexistante, dans la doctrine internationaliste antérieure au XIXe siècle, c’est que la souveraineté de l’État est conçue, jusqu’à cette date, comme une question de localisation du pouvoir à l’intérieur d’une unité territoriale donnée. Dans une telle perspective, la question de l’identification du souverain, prélude à celle du sujet du droit des gens, ne suppose aucune intervention extérieure⁴⁸¹ : comme le précise Pufendorf, cité par le Pr. Crawford, si « un peuple, ou en formant une société civile, ou en changeant son ancienne forme de Gouvernement, dépose l’Autorité souveraine entre les mains d’un seul, il lui donne droit dès lors de prendre le nom et le titre de roi, avec toutes les marques d’honneur convenables à un tel rang. *Ce prince n’étant redevable de son pouvoir et de sa dignité à aucun étranger, le consentement des autres rois ou des autres États, n’est pas nécessaire pour le mettre en droit d’agir comme Roi* »⁴⁸².

⁴⁷⁹ *Id.*, p.858.

⁴⁸⁰ MAULIN, (E.), « Positivisme » in ALLAND, (D.), RIALS, (S.), *Dictionnaire...*, précité, p.1174 (souligné dans le texte).

⁴⁸¹ CRAWFORD, (J.), *The Creation of States...*, précité, p.12 : « sovereignty, in its origin is merely the location of supreme power within a particular territorial unit, necessarily came from within and therefore did not require the recognition of other States or princes ».

⁴⁸² PUFENDORF, (S. von), *Le droit de la nature et des gens* (1732), Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l’université de Caen 1987, vol.2, IX, III, §9, p.257.

Cette logique correspond bien à celle que nous avons décrite en exposant la conception traditionnelle des sujets du droit des gens telle qu’elle transparaît dans une partie de la doctrine et de la pratique des États-Unis : ce qui fait l’entité sujet du droit international, c’est en effet, et uniquement, l’existence d’une entité dotée de certaines caractéristiques, et dont le gouvernement ne dépend d’aucune autre autorité.

Mais la philosophie positiviste qui se développe au XIX^e siècle adopte sur la question de la sujétion au droit international – et plus précisément sur la question du fondement juridique de l’obtention, par une entité, de cette qualité – un nouveau point de vue : ce qui manifeste l’existence d’un sujet du droit international *ce n'est plus tant, dans cette nouvelle perspective, la nature politique intrinsèque de l'entité considérée et l'origine juridique de son existence⁴⁸³, que la perception qu'ont les autres sujets de ce droit.* Une entité peut bien, dès lors, constituer un groupement politique humain librement constitué, l’absence de reconnaissance de cette entité comme « sujet du droit international » privera cette dernière des droits et obligations qu’elle tirerait de cette qualité – et donc d’un titre territorial protégé par le droit international. Si, selon la théorie positiviste, l’obligation d’obéir au droit international dépend du consentement de chaque État, alors la reconnaissance est le moyen par lequel les États existants acceptent d’être liés par les obligations qui naissent de la formation d’un nouvel État⁴⁸⁴.

A une conception « interne » de la notion de souveraineté, selon laquelle la souveraineté résulte de l’association objective d’individus en une association de type politique, est ainsi substituée une conception subjective, qui fait de la reconnaissance de la souveraineté par les entités déjà constituées le critère central de l’étaticité. Le recours, dans la doctrine et la pratique américaine, à la reconnaissance comme critère d’existence d’une entité politique au regard du droit international démontre l’emprise exercée par l’État existant sur la formation des sujets de ce droit, et la logique « communautaire » qui sous-tend la mise en avant de ce critère. La reconnaissance est ainsi l’acte par lequel l’existence factuelle d’un État acquiert une existence en droit international – existence

⁴⁸³ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §1.

⁴⁸⁴ CRAWFORD, (J.), *The Creation of States...*, précité, p.13.

dont il sera donc, à défaut, dépourvu⁴⁸⁵ : expression de la décentralisation radicale du droit international⁴⁸⁶, la théorie de la reconnaissance abandonne l'objectivité d'un droit naturel d'après lequel toute communauté humaine a le droit à une existence indépendante⁴⁸⁷ - cette « souveraineté inhérente » qui « découle d'un droit naturel »⁴⁸⁸ - pour confier au regard des sujets existants le soin de définir ceux d'entre leurs égaux.

Le critère de la reconnaissance comme critère de sujétion au droit international est ainsi inextricablement lié à une conception du droit international comme droit d'une « famille » ou d'une « communauté » de Nations dont la reconnaissance constitue l'acte d'admission : le droit international est conçu comme le « droit d'une *famille des Nations*, dont l'appartenance serait conditionnée par l'assentiment de ses membres, selon une logique de cooptation et d'intégration »⁴⁸⁹. Cette reconnaissance est ainsi perçue comme indispensable pour « entrer dans cette grande société des Nations », et jouir dès lors des « droits respectifs et des devoirs » que les membres se reconnaissent entre eux⁴⁹⁰. Selon Wheaton, le droit naturel peut ainsi fonder la souveraineté interne, mais non externe, des États, la seconde étant toutefois nécessaire à leur existence en tant que sujet du droit international, et ne pouvant exister que par le consentement des membres existants de la société internationale. A propos de l'indépendance du Texas, Jackson jugeait également que l'acte de reconnaissance constitue le titre d'un État à prendre place dans la famille des Nations et qu'il est, pour cela, un acte « délicat »

⁴⁸⁵ Voir PERGLER, (C.), *Judicial Interpretation...*, précité, p.41 : « Recognition is the act which gives a *de facto* state international status ».

⁴⁸⁶ CRAWFORD, (J.), *The Creation of States...*, précité, p.6. Voir aussi C.P.J.I., *Affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, série A, n°7, Rec. p.27-28

⁴⁸⁷ DG, vol.1, *Préliminaires*, §15, p.9 : « Les Nations étant libres et indépendantes les unes des autres, puisque les hommes sont naturellement libres et indépendants ; la seconde loi générale de leur Société est, que chaque Nation doit être laissée dans la paisible jouissance de cette liberté, qu'elle tient de la Nature. La société naturelle des Nations ne peut subsister, si les Droits que chacune a reçus de la Nature n'y sont pas respectés ».

⁴⁸⁸ Selon le résumé proposé par l'arrêt, déjà cité, *Buster and Jones v. Wright* (1905), CCA 8th Cir., 135 Fed. 947 (1905) : « The authority of the Creek Nation to prescribe the terms upon which noncitizens may transact business within its borders did not have its origin in act of Congress, treaty, or agreement of the United States. It was one of the inherent and essential attributes of its original sovereignty ».

⁴⁸⁹ LELARGE, (A.), *L'État dans la doctrine...*, précité, §574, p.474. Voir aussi ANGHIE, (A.), *Imperialism, Sovereignty...*, précité, p.59 : « It follows then, despite positivist preoccupations with sovereignty doctrine, that 'society' and the 'family of Nations', is the essential foundation of positivist jurisprudence and of the vision of sovereignty it supports ».

⁴⁹⁰ *Eléments (fr)...*, t.1, I, II, §6, pp.32-33.

devant être exercé en toute responsabilité⁴⁹¹. Au risque, sinon, « de faire entrer dans la famille des Nations une progéniture très diverse »⁴⁹².

§2 – Qualité d'État et détention du titre

L'affirmation est récurrente dans la seconde moitié du XIXe siècle : seule une entité *indépendante et reconnue comme « État »* peut jouir du droit au respect de sa souveraineté sur son territoire.

Oppenheim affirme ainsi, très explicitement, qu'une cession de territoire met en présence deux sujets, l'État cédant et l'État cessionnaire, précisant bien que « les deux sujets doivent être des États, et seules les cessions dont deux États sont les sujets relèvent du droit des gens. Une cession de territoire faite à des personnes privées ou à des corporations par des tribus indigènes ou par des États non-soumis au droit des gens ne relèvent pas de la sphère du droit international, pas plus que les cessions de territoires faite par des tribus indigènes à des États qui sont membres de la famille des Nations »⁴⁹³. Les personnes physiques, les personnes morales, tribus et États *non reconnus* par les autres États sont ainsi exclus des titulaires possibles de la souveraineté territoriale.

On retrouve également cette affirmation, concernant cette fois non plus une acquisition dérivée, mais originaire de la souveraineté territoriale, chez Lawrence, qui

⁴⁹¹ JACKSON, (A.), « Special Message to the Congress, Dec.21, 1836 », in WOOLEY, (J.T.) ; PETERS, (G.), *The American Presidency Project* ..., précité, disponible à l'adresse : <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws-index.php?pid=67012&st=&st1=>>> (visitée le 2 mai 2011) : « The acknowledgment of a new state as independent and entitled to a place in the family of Nations is at all times an act of great delicacy and responsibility ».

⁴⁹² La remarque est faite par Johnson à propos des Indiens dans son opinion sur l'affaire *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 25 : « Where is the rule to stop? Must every petty kraal of Indians, designating themselves a tribe or Nation, and having a few hundred acres of land to hunt on exclusively, be recognized as a State? We should indeed force into the family of Nations, a very numerous and very heterogeneous progeny ». Il ne fait, bien évidemment, aucun doute que les États-Unis font, en tant que Nation, partie de cette communauté. L'un des premiers auteurs européens à l'avoir expressément pris en compte en Europe est cependant PRADIER-FODERE, (P.), *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, Pedone 1885, vol.1, not. pp.112-114.

⁴⁹³ OPPENHEIM, (L.), *International Law...*, précité, pp.268-269 : « both subjects must be States, and only those cessions in which both subjects are States are a concern of the Law of Nations. Cession of territory made to private persons and to corporations by native tribes or by States outside the dominion of the Law of Nations do not fall within the sphere of international law, neither do cessions of territory by native tribes made to States which are members of the Family of Nations ».

rappelle que si l'« occupation confère un titre en vertu du droit international », ce titre « ne peut être valide que s'il est réalisé par *des États sujets du droit international* »⁴⁹⁴. Toute occupation par une entité politique, commerciale ou par un individu sera ainsi considérée comme insusceptible de conférer un titre valable au regard du droit international à cette personne physique ou morale. Bonfils dit la même chose lorsque, s'appuyant sur les propos de Bluntschi et Dudley-Field, il affirme que « la souveraineté est un attribut qui ne peut appartenir qu'à des États », précisant que dans un cas de revendication territoriale sur le fondement de l'occupation, « il s'agit d'acquérir cette souveraineté, ce droit de gouvernement, *d'imperium* et de juridiction. Le droit international, ne peut reconnaître à des particuliers ou à des sociétés la faculté de réaliser une occupation »⁴⁹⁵.

Appliquée aux États membres de l'Union américaine (A) et aux Nations indiennes (B), cette conception des liens entre « souveraineté externe », qualité d'État, et détention ou acquisition d'un titre territorial conduit à disqualifier ces deux types d'entité du rang des détenteurs possibles d'un titre territorial.

A. *Absence de titre territorial international des États membres selon la doctrine internationaliste*

Selon l'approche traditionnelle du « moment fédéral », la *constitution* de l'union américaine devrait être davantage comprise comme une *reconstitution* : les États qui s'allient deviennent, du fait de cette alliance d'un genre particulier, les créatures du nouvel ordre juridique créé, perdant du fait de leur association leur qualité et d'« État » et de sujets du droit international⁴⁹⁶. Selon cette opinion, il est en effet « impossible de présenter un visage extérieur unique si les relations entre les États demeurent “externes”. Ces relations doivent dès lors devenir “internes” concomitamment à la construction d'un extérieur commun. Par conséquent, en formant une union, les États, en cherchant à promouvoir leurs propres intérêts (...) »

⁴⁹⁴ LAWRENCE, (T.J.), *The Principles...*, précité, p.166.

⁴⁹⁵ BONFILS, (H.), *Manuel de droit international...*, précité, p.309.

⁴⁹⁶ Les Pr. Combacau et Sur classent ainsi la création d'un État fédéral parmi les « situations comportant renonciation à la qualité d'État » pour les entités qui le constituent : COMBACAU, (J.), SUR, (S.), *Droit international...*, précité, p.307.

deviennent la partie de quelque chose qui a son propre "intérieur" et "extérieur" »⁴⁹⁷. C'est, en outre, ce qui ressortirait d'une analyse comparée des dispositions des Articles de la Confédération et de la constitution fédérale relatives à la « souveraineté » des États membres. D'après les Articles de la Confédération en effet « chaque État conserve sa souveraineté, sa liberté et son indépendance, et aussi tous les pouvoirs, juridictions et droits qui ne sont pas expressément délégués aux États-Unis assemblés en Congrès par le présent Acte de Confédération »⁴⁹⁸. A l'inverse, la constitution adoptée en 1789 ne mentionne pas la « souveraineté des États ». On en a déduit que ce texte aurait substitué aux rapports contractuels entre égaux caractéristiques du droit international des Articles de la Confédération des « rapports de domination et de subordination ». Ainsi le droit international aurait été « remplacé par le droit public interne »⁴⁹⁹ et, depuis 1789, les « États particuliers » des États-Unis formeraient ainsi, « par leur réunion, un État véritable »⁵⁰⁰.

Il en découle que « les États particuliers », comme le note par exemple L. Le Fur, citant Jellinek, « n'ont de droits qu'en leur qualité de membres de l'État fédéral, (...) ils ont perdu leur *status*, leur condition juridique primitive, et (...) ils n'ont plus d'autre *status* légal que celui qu'ils possèdent à l'intérieur de l'Union »⁵⁰¹. C'est pourquoi rien ne distingue plus l'État membre d'une « collectivité territoriale » issue d'un processus de décentralisation : *les limites spatiales et matérielles de sa compétence*

⁴⁹⁷ FORSYTH, (W.), *Unions of States...*, précité, p.7 : « it is impossible to present a common face externally if relations between the states concerned remain 'external'. These relations must therefore become 'internal' at the same time as a common exterior is constructed. By forming a union, therefore, states, in seeking to promote their own interests (...) become a part of something which has its own 'inner' and 'outer' (...) ».

⁴⁹⁸ « Articles of Confederation », Act of July 9, 1778, *I Stat. 4*, Article II. Traduit in RIALS, (S.), *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF 2005, p.26. Texte original : « Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled. Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled ».

⁴⁹⁹ LE FUR, (L.), *État fédéral et confédération d'États...*, précité, p.585.

⁵⁰⁰ *id.*, p.193 : « Jusqu'à la Guerre de sécession (...), les États particuliers, bien que formant depuis 1787 par leur réunion un État véritable, et non plus une simple association d'États à peine rattachés entre eux par quelques liens très lâches, avaient toujours conservé à l'égard du pouvoir fédéral une défiance injustifiée » (c'est nous qui soulignons).

⁵⁰¹ *Id.*, p.581. Voir également, sur le même point, RIALS, (S.), « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe" », *A.P.D.* t.32 (1987), p.206 : « Les prétendus 'États' fédérés ne sont en conséquence pas des États puisqu'ils sont à la merci de l'organe constituant fédéral ». L'argument du Pr. Rials est développé in RIALS, (S.), *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ 1986, 78 p.

dépendant de l’ordre juridique fédéral, elles n’ont pas l’indépendance requise par le droit international pour exister en tant qu’État dans ce système. « Même initialement issu d’un traité conclu entre ses futurs membres », précisent un siècle plus tard les Pr. Combacau et Sur, « un État fédératif repose sur une constitution opérant ‘incorporation’ des collectivités qui lui ont donné naissance et qui fait simultanément partie de l’ordre juridique de l’État fédéral et de celui de chaque État fédéré ; celui-ci perd dans cette incorporation sa qualité de sujet de droit originaire pour devenir un sujet dérivé, institué, mais en tant que sujet interne, par la constitution fédérale (...). Quelque liberté que lui concède l’ordre juridique fédéral, la collectivité fédérée obéit (...) à un ordre juridique exogène, trait à quoi on reconnaît la dépendance dont précisément le rejet est nécessaire à la qualification d’État »⁵⁰². C’est ce qui explique que le « fédéralisme étatique » puisse être défini comme « un mode de décentralisation, et rien de plus »⁵⁰³. A l’inverse, l’entité créée par les États, devenus « États membres », jouit de la qualité d’« État » du droit international, puisqu’elle dispose des critères nécessaires à cette qualification : peuple, gouvernement, territoire⁵⁰⁴.

Cette opinion doctrinale, unanime à la fin du XIXe siècle, exclut donc les États membres de l’Union américaine du rang des titulaires possibles de la souveraineté territoriale. Elle est, ce faisant, incapable d’expliquer pourquoi, pendant l’ensemble de la période qui nous intéresse et aujourd’hui encore, l’État membre de la Fédération des États-Unis est défini et se définit comme « souverain territorial » au sens du droit international⁵⁰⁵.

⁵⁰² COMBACAU, (J.) ; SUR, (S.), *Droit international...*, précité, p.307.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ Pour un rappel récent de cette position : ZOLLER, (E.) « Aspects internationaux... », précité, p.60 : « En tant qu’elle est formée d’un territoire, d’une population et d’un gouvernement, l’Union américaine est, cela va de soi, un État au sens du droit international ». BEAUD, (O.), *Théorie...*, précité, p.169 précise bien pour sa part que cette évidence du caractère étatique des États-Unis en droit international procède d’une fiction juridique : « La spécificité de la Fédération tient à ce qu’elle presuppose l’existence de deux pouvoirs, de deux types d’autorités : les autorités fédérales et les autorités fédérées. De ce point de vue, elle est ‘constituée’ de manière différente d’un État et l’effectivité de son pouvoir revêt nécessairement un aspect particulier. Pourtant, en dépit de ce fait, le droit international la considère *comme s’il fallait la traiter comme “une unité en matière d’affaires étrangères”* » (souligné dans le texte).

⁵⁰⁵ Ces définitions sont exposées et étudiées au Titre 1^{er} de notre Seconde Partie, consacré à la définition du « pouvoir territorial souverain » au sein du système américain.

B. Absence de titre territorial international des Nations indiennes dans la doctrine internationaliste et la pratique des États-Unis

Tel n'est cependant pas le cas des Nations indiennes : les critères de souveraineté externe et de reconnaissance ont *effectivement*, dans la pratique des États-Unis au cours du XIXe siècle, conduit à refuser à ces dernières toute prétention à la souveraineté. La construction progressive du droit international, dans le sens de la subjectivité décrite plus haut⁵⁰⁶, est en effet manifeste aux États-Unis tant dans la doctrine que dans la pratique, dès lors qu'il s'agit de penser le statut juridique des Nations indiennes.

Cette construction du droit international est déjà présente dans l'opinion dissidente du Juge Johnson sur l'affaire *Cherokee Nation v. Georgia*. S'interrogeant sur la possibilité de définir cette Nation comme « État », Johnson juge que, quoique cette dernière « possède une forme de gouvernement civilisée », « c'est à l'exécutif du gouvernement [fédéral] de dire s'il a la consistance nécessaire pour être reconnu comme membre de la famille des Nations » : la seule existence d'une association politique organisée n'est plus suffisante pour qualifier l'entité concernée d' « État » au sens du droit international. Or, en l'espèce, la réponse à la question de la reconnaissance semble évidente : « personne sur terre ne les reconnaît comme État, [les États-Unis] mis à part – et encore »⁵⁰⁷. Quand bien même l'entité concernée remplirait les critères de l'étaticité, et par conséquent un droit de se gouverner elle-même, n'y change rien : elle ne peut être, dès lors qu'elle n'a pas été reconnue comme tel, considérée comme un État, dont l'action ne pourrait être régulée, de ce fait, que par les moyens du droit international et

⁵⁰⁶ Sur la façon dont la reconnaissance est emblématique du subjectivisme du droit international, voir le résumé qu'en propose le Pr. Combacau – qui a également l'immense mérite de renvoyer dos à dos les théories « constitutives » et « déclaratives » de la reconnaissance : COMBACAU, (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », A.P.D. t.31 (1986), p.101.

⁵⁰⁷ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 24 : « If these Indians are to be called a State, then, 1. By whom are they acknowledged as such? (...) As to the first question, it is clear that, as a State ,they are known to nobody on earth but ourselves, if to us ». L'affirmation du juge est assez largement fausse : comme nous l'avons rappelé ci-dessus, ce sont plus de quarante traités qui ont été signés entre 1776 et 1850 entre des Nations indiennes situées sur le territoire américain et des Nations étrangères : voir « Treaties between Indian Nations and Foreign Nations » in DELORIA, (V. Jr.) ; DeMALLIE, (R.J.), *Documents of American Indians Diplomacy..*, précité, vol.1, pp.103-108.

non du droit interne⁵⁰⁸. La logique *jus naturaliste* d'un droit applicable à toute entité politique, voire à tout individu, disparaît bien ici au profit *d'une logique fondée sur le seul consentement des entités existantes à en voir apparaître de nouvelles* : « Je sais que les principes abstraits du droit naturel et de la justice ont été invoqués pour soutenir les prétentions de Indiens Cherokee » à une existence indépendante, note ainsi Lumpkin, avant d'ajouter que « quelles que soient les doctrines qui ont été avancées par les théoriciens à ce sujet, la pratique des Nations va dans le sens de la politique du Président Jackson »⁵⁰⁹. Exposées dès son première discours annuel au Congrès, les grandes lignes de la politique de Jackson sont, comme Lumpkin l'a bien vu, sans ambiguïté quant à leur fondement positiviste. Les États-Unis n'ayant pas reconnu en droit positif, selon cette opinion⁵¹⁰, l'existence indépendante des Nations indiennes – « il n'y a aucune disposition constitutionnelle, conventionnelle, ou légale qui interdise [à l'État de Géorgie] d'exercer son pouvoir sur les Indiens qui se trouvent au sein de ses frontières » note ainsi Jackson dès son premier message au Congrès, en 1829 – le Président estime qu'il est, dès lors « trop tard pour se demander s'il était juste d'inclure les Indiens et leur territoire au sein des frontières des nouveaux États, maîtres de leurs limites »⁵¹¹.

Cette politique jacksonienne de non reconnaissance des Indiens comme sujets du droit international – « j'ai informé les Indiens habitants la Géorgie et l'Alabama que leur tentative d'établir un gouvernement indépendant *ne sera pas reconnue* par l'Exécutif des États-Unis »⁵¹² - était déjà celle qu'avait adoptée la Cour Suprême sous la plume de

⁵⁰⁸ *Ibid.*, 27 : « The right to expel them may exist in that other, but the alternative of departing and retaining the right of self-government may exist in them. And such they certainly do possess; it has never been questioned, nor any attempt made at subjugating them as a people or restraining their personal liberty except as to their land and trade. But in no sense can they be deemed a foreign state ».

⁵⁰⁹ *Reg.Deb. (House of Representatives)*, 21st Cong., 1st Sess, p.1023 : « I am apprised, sir, that principles of natural law and abstract justice have been appealed to, for the purpose of sustaining the pretensions of the Cherokee Indians. What ever doctrines may have been advanced by theoretical writers upon this subject, the practical comment of all Nations will sustain the doctrines contained in the message of President Jackson ».

⁵¹⁰ La pratique des traités démontre en effet qu'une telle opinion est infondée.

⁵¹¹ JACKSON, (A.), « First inaugural address : Dec.8, 1829 », in WOOLEY, (J.T.) ; PETERS, (G.), *The American Presidency Project* [online], Santa Barbara, CA, disponible à l'adresse : <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29471>> (visitée le 2 mai 2011 à 17h53) : « There is no constitutional, conventional, or legal provision which allows them less power over the Indians within their borders (...) It is too late to inquire whether it was just in the United States to include them and their territory within the bounds of new States, whose limits they could control »

⁵¹² *Ibid.* : « Actuated by this view of the subject, I informed the Indians inhabiting parts of Georgia and Alabama that their attempt to establish an independent government would not be countenanced by the

Marshall, lorsqu’elle jugeait en 1823, dans l’arrêt *Johnson v. McIntosh*, que la question du statut juridique des Indiens ne devait pas être réglée seulement « selon les principes de la justice abstraite qui sont l’empreinte du Créateur de toute chose dans l’esprit de sa créature », mais également « selon les principes que [le] gouvernement a adopté pour régler la situation dont nous avons à juger »⁵¹³.

La consécration, dans le droit positif, de cette définition des sujets du droit des gens viendra, cependant, de l’adoption en 1871 de la loi fédérale précitée d’après laquelle « aucune tribu ou Nation indienne située à l’intérieur du territoire des États-Unis *ne pourra être reconnue comme une Nation, tribu ou pouvoir indépendant* avec lequel les États-Unis pourront conclure des traités »⁵¹⁴. Comme cela a été noté à l’époque, par cette loi, « il a été *décidé* que les Nations indiennes *ne sont plus des sujets appropriés* pour l’exercice de ce pouvoir »⁵¹⁵. Dès lors, et comme le jugera la Cour en

Executive of the United States, and advised them to emigrate beyond the Mississippi or submit to the laws of those States ».

⁵¹³ *Jonhson & Graham’s Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 572 : « it will be necessary in pursuing this inquiry to examine not singly those principles of abstract justice which the Creator of all things has impressed on the mind of his creature man and which are admitted to regulate in a great degree the rights of civilized Nations, whose perfect independence is acknowledged, but those principles also which our own government has adopted in the particular case and given us as the rule for our decision ».

⁵¹⁴ « *Act of March 8, 1871* », 16 Stat. 566 (c’est nous qui soulignons).

⁵¹⁵ Intervention de Mr Armstrong « *On the Indian Appropriation Bill*, March 1, 1871 », *Cong. Globe*, 41st Cong., 3d Sess., p.1812 : « What had been done had been to determine that Indian tribes were no longer fit subjects for the exercise of that power » (c’est nous qui soulignons). Il est important de noter qu’en disposant qu’« aucune tribu ou Nation indienne située à l’intérieur du territoire des États-Unis *ne pourra être reconnue comme une Nation* », la loi sus-mentionnée fixe une « politique de reconnaissance » fondée sur la race des habitants des entités considérées qui, au-delà de la condamnation morale qu’appelle une telle politique, va à l’encontre de la pratique établie jusque là par les États-Unis en matière de reconnaissance des sujets du droit international. Si l’on en croit Moore en effet, la question de la reconnaissance a toujours été réglée par le pouvoir exécutif, et par lui seul : tous les nouveaux États reconnus par les États-Unis au cours du XIXe siècle l’ont été par le Président, et non par le Congrès (Voir MOORE, (J.B.), *Digest...*, précité, vol.1, pp.243-244). La Cour Suprême a, en outre, noté à plusieurs reprises que la « branche exécutive » du gouvernement des États-Unis, parce qu’elle est en charge des affaires étrangères, a pour fonction de déterminer les lieux soumis ou non à une souveraineté étatique – une question qui est, en outre, hors d’atteinte du pouvoir judiciaire, en raison de sa nature politique et non juridique (Voir par exemple *Williams v. Suffolk Insurance Company* (1839), 38 U.S. 415, 420 : « can there be any doubt that when the executive branch of the government, which is charged with our foreign relations, shall in its correspondence with a foreign Nation assume a fact in regard to the sovereignty of any island or country, it is conclusive on the judicial department? »). C’est déjà ce qu’affirmait le juge Johnson dans son opinion dissidente sur l’affaire *Cherokee Nation v. Georgia* : « la question de savoir si les Indiens remplissent les critères nécessaires à leur admission dans la famille des Nations », admet le juge, « doit être déterminé par l’exécutif » (30 U.S. 1, 22 : « whether it can be yet said to have received the consistency which entitles that people to admission into the family of Nations is, I conceive, yet to be determined by the executive of these States »). La remarque n’est pas anodine : en transférant de l’exécutif au législatif la question de la reconnaissance des entités Indiennes, et en

1912, les Nations indiennes peuvent être considérées comme des entités « dépendantes », les traités conclus avec elles étant « non des contrats, mais des lois publiques pouvant être abrogées par la seule volonté des États-Unis », ces derniers disposant des « pleins pouvoirs » à l'égard, en l'espèce, des Nations Choctaws et Chickasaws⁵¹⁶. En 1886, déjà, la Cour avait qualifié les entités formées par les Indiens de « communautés locales dépendantes », ne possédant pas « les attributs complets de la souveraineté », et pouvant, dès lors, être soumises « aux actes du Congrès »⁵¹⁷ : de telles « Nations », pour le dire autrement, ne peuvent revendiquer aucun titre territorial valable au regard du droit international, leurs compétences étant librement modifiables par le gouvernement fédéral. Une telle interprétation a en outre été reprise par la jurisprudence et la doctrine internationales : en se fondant sur la « doctrine de la découverte » ou sur les traités de protectorats, les auteurs et les cours internationales ont considéré que les entités autochtones avaient perdu leur titre territorial international⁵¹⁸, et constituaient dès lors « l'entité régionale d'un État plus large »⁵¹⁹, « sujet à la souveraineté ultime »⁵²⁰ de l'État protecteur, ou encore, comme le disait récemment le rapporteur général de l'O.N.U sur la question des peuples indigènes, que ces entités sont

privant ces dernières de toute possibilité d'être reconnues comme sujet du droit international, non seulement le Congrès violait la séparation des pouvoirs établie par la Constitution fédérale, mais encore, et surtout, interdisait toute analyse d'espèce, comme c'est normalement le cas, de la satisfaction par une entité des critères nécessaires à sa reconnaissance comme sujet du droit international. Il est en effet contraire à la logique juridique elle-même que de refuser *par avance*, à un certain groupe de population, une reconnaissance en tant que sujet. Les critères de qualification juridique des faits sont précisément établis pour faire entrer la réalité dans certaines catégories juridiques et appliquer les conséquences qui en découlent. Prétendre *par avance et de manière générale*, qu'un certain groupe humain ne pourra jamais les remplir, ce n'est pas faire œuvre juridique.

⁵¹⁶ *Choate v. Trapp* (1912), 224 U.S. 665, 671 : « The Tribes have been regarded as dependent Nations, and treaties with them have been looked upon not as contracts, but as public laws which could be abrogated at the will of the United States. This sovereign and plenary power was exercised and retained in all the dealings and legislation under which the lands of the Choctaws and Chickasaws were divided in severalty among the members of the Tribes ».

⁵¹⁷ *U.S. v. Kagama* (1886), 118 U.S. 375, 381-382.

⁵¹⁸ Se fondant notamment sur l'affaire du Sahara Occidental, la C.I.J. a ainsi jugé, récemment encore, que les traités de protectorat, en dépit de leur nom, pouvaient constituer un « mode d'acquisition dérivé » du titre territorial : voir C.I.J., *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, §405, p.205.

⁵¹⁹ CRAWOFRD, (J.), *The Creation of States...*, précité, pp.268-269. Le Pr. Crawford parle de « municipal unit within a larger state ». Voir aussi *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, sentence arbitrale du 22 janvier 1926, *R.I.A.A.* vol.6, p.176 : « From the time of discovery of America the Indian tribes have been treated as under the exclusive protection of power which by discovery (...) held the land which they occupied ».

⁵²⁰ NEWTON, (N.J.), « Federal Power over Indians... », précité, p.224.

ainsi inscrites dans un processus de « domestication », traduisant « le passage du droit international et de la diplomatie à celui du droit interne »⁵²¹.

Au cours du XIXe siècle, la notion d'« indépendance » aura ainsi subi une double évolution : quant à sa définition d'une part, quant à son rôle d'autre part. Sur le premier point, l' « indépendance » est comprise après les années 1850 comme « souveraineté externe », alors même qu'elle était auparavant synonyme de « souveraineté interne ». Sur le second point, l'indépendance, comprise comme souveraineté externe, devient un critère d'identification de l'État et, dès lors, des titulaires possibles de la souveraineté territoriale. Alors que le renoncement par une entité à la maîtrise de ses relations extérieures est interprété au début du XIXe siècle comme un moyen de la *protéger*, ce même renoncement est interprété au début du XXe siècle comme un moyen de la *dominer*⁵²².

*

* * *

La question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 appelle une construction du droit international qui, au cours de la période, emprunte de plus en plus au positivisme et de moins en moins au naturalisme : alors que les naturalistes reconnaissaient tant aux États membres qu'aux Nations indiennes un titre territorial fondé sur leur seule qualité de « communauté politique » gouvernée par ses propres lois, les positivistes excluent ces entités du rang des titulaires possibles de la souveraineté territorial au motif que seul l'État jouissant de la souveraineté externe et reconnu comme

⁵²¹ U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, « Study on Treaties, Agreements and other Constructive Arrangements between States and Indigenous Populations : Third Progress report by Miguel Alfonso Martinez, Special Rapporteur », U.N. Doc. E-CN.4-Sub.2-1996-23, §13, p.3 : « By "domestication", one has to understand the gradual transferral of the relations with indigenous Nations from the realm of international law and diplomacy to that of municipal law ».

⁵²² CLINTON, (R.N.), « Isolated ... », précité, p.1005.

tel peut avoir cette qualité⁵²³. Or, dire que l’ « indépendance », comprise comme souveraineté externe, est nécessaire à la détention d’un titre territorial, c’est à la fois faire sienne cette construction coloniale du droit international – puisque justifiée seulement par la volonté d’en exclure les Nations indiennes – et se méprendre sur la réalité de la détention d’un titre territorial par les États membres.

⁵²³ ANDREWS, (J.A.), « The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the 19th Century », *L.Q.R.* vol.94, n°3 (1978), pp.417-418 : « Whereas the naturalists had accepted the principle of universality of the law of Nations irrespective of religion, race, colour, civilisation or continent, for the nineteenth century positivists international law was based on the will or consent of states and, if it lent its services to a family of Nations divided by tests of higher and lower civilisation ».

CONCLUSION DU TITRE 1

Entre 1789 et 1914, la définition des conditions de détention d'un titre territorial a considérablement évolué : d'une part, les Nations indiennes ont été considérées au fil de la période comme incapables de détenir un tel titre soit en raison de leur absence de civilisation, soit au motif de leur absence de « souveraineté externe », rendant impossible leur reconnaissance et, dès lors, leur qualité d'« État » au sens du droit international, seul détenteur possible d'un titre territorial ; le même mouvement s'est opéré, dans la doctrine tout au moins, concernant les États membres, que l'absence d'indépendance a également conduit à écarter des « sujets du droit international » ; d'autre part, et à l'inverse, le gouvernement fédéral, d'abord considéré, en théorie, comme incapable de détenir un titre territorial, en raison de la nature particulière du système constitutionnel instauré en 1789, s'est vu reconnaître cette capacité, d'abord sur le fondement de la constitution, puis du droit international, en raison de la qualité de « Nation » des États-Unis.

Il est possible de tirer de cette construction du droit international deux enseignements principaux.

Tout d'abord, parce que l'État se définit aux États-Unis, dans un premier temps, comme un « peuple », dont l'organisation politique interne doit être existante mais peut être « rudimentaire » du point de vue occidental, les traités conclus avec les Nations indiennes, qu'ils aient pour objet la cession d'un titre territorial ou au contraire sa garantie et la définition de son étendue, sont des traités *juridiquement existants* du point de vue du droit international – puisqu'ils ne sont pas conclus par des entités considérées comme incapables⁵²⁴. Lorsque la Cour Suprême affirme en 1830 que les mots de

⁵²⁴ En effet, comme le rappelle Guggenheim, « comme tout ordre juridique, le droit international doit également envisager la situation dans laquelle la manifestation extérieure d'une certaine volonté n'est en mesure de créer, ni un acte juridique valable, ni un acte juridique nul, mais où il s'agit de la formation

« traité » et de « Nation » ont été appliqués aux entités politiques formées par les Indiens comme ils l'ont été aux entités politiques formées par les Européens⁵²⁵, elle ne fait que théoriser ce que la pratique permet de vérifier : ces traités sont ratifiés par le Sénat⁵²⁶, et jouissent par conséquent du statut de « *supreme law of the land* » prévu par l'Article VI de la constitution fédérale⁵²⁷. Ainsi font-ils l'objet de transpositions en droit interne⁵²⁸ - et de sanctions en cas de violation⁵²⁹. Cette conclusion surprend

d'un (...) « *acte inexistant* » (...). On affirme, par exemple, qu'un acte est inexistant lorsqu'il est établi par un sujet incapable de créer des actes en droit international » : GUGGENHEIM, (P.), « L'acte inexistant » in « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *R.C.A.D.I.* vol.74 (1949-I), p.204.

⁵²⁵ *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 519 : « The Constitution, by declaring treaties already made, as well as those to be made, to be the supreme law of the land, has adopted and sanctioned the previous treaties with the Indian Nations, and consequently admits their rank among the powers who are capable of making treaties. The words "treaty" and "Nation" are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings by ourselves, having each a definite and well understood meaning. We have applied them to Indians as we have applied them to the other Nations of the earth. They are applied to all in the same sense ».

⁵²⁶ La question de la ratification s'est posée au tout début de la période fédérale : voir en ce sens le message du Président Washington au Congrès, qui met en outre sur le même plan traités conclus avec les Nations indiennes et Européennes : WASHINGTON, (G.), « Message to the Senate of September 17, 1789, regarding treaties with native americans », *Senate Exec. Journal*, vol.1, pp.26-27 : « It doubtless is important that all treaties and compacts formed by the United States with other Nations, whether civilized or not, should be made with caution and executed with fidelity. It is said to be the general understanding and practice of Nations, as a check on the mistakes and indiscretions of ministers or commissioners, not to consider any treaty negotiated and signed by such officers as final and conclusive until ratified by the sovereign or government from whom they derive their powers. This practice has been adopted by the United States respecting their treaties with European Nations, and I am inclined to think it would be advisable to observe it in the conduct of our treaties with the Indians; for though such treaties, being on their part made by their chiefs or rulers, need not be ratified by them, yet, being formed on our part by the agency of subordinate officers, it seems to be both prudent and reasonable that their acts should not be binding on the Nation until approved and ratified by the Government. It strikes me that this point should be well considered and settled, so that our national proceedings in this respect may become uniform and be directed by fixed and stable principles (...) ». La quasi-totalité des traités seront ratifiés : voir la liste qu'en propose PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, pp.448-500, qui compte pas moins de 367 entrées.

⁵²⁷ « This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land ». Pour le lien entre ratification et statut de « *supreme law of the land* », voir l'intervention du Sénateur William P. Fessenden, Apr.1, 1869, *Cong.Globe*, 41st Cong., 1st sess., p.417 : « I do not know whether the treaties are wise ; my impression is that they may be so now. They have been negotiated. The Senate has recognized them and ratified them. They are, therefore, to that extent the law of the land ». Plus largement, la question est traitée – et résolue dans le même sens – par PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, not. pp.306-307.

⁵²⁸ Tel est le sens des « *non-intercourse acts* » adoptés tout au long du XIXe siècle, par lesquels les dispositions des traités conclus avec les Nations indiennes étaient précisées : voir MARTONE, (F.J.), « American Indian Tribal Self-Government in the Federal System : Inherent Right or Congressional License ? », *N.D. L. Rev.* vol.51, n°44 (1976), pp.608-610.

⁵²⁹ Le meilleur exemple étant l'arrêt *Worcester v. Georgia*, qui conclut à l'inconstitutionnalité d'une loi de la Géorgie contraire à un traité conclu avec les Cherokees. 31 U.S. 515, 520 : « 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 which the citizens of Georgia have no right to enter but

généralement l’internationaliste contemporain, notamment parce que les Nations indiennes étaient alors situées dans un espace sur lequel le gouvernement fédéral possédait lui-même un titre. Nous verrons ci-dessous comment la conciliation de ces deux droits identiques détenus par des titulaires différents sur un même espace a été possible⁵³⁰; il est suffisant de dire ici que cette conciliation n’a pendant longtemps posé guère de problème : s’il est vrai que l’inclusion des Nations indiennes dans les frontières américaines fonde le refus de la Cour Suprême de les qualifier des « Nations étrangères »⁵³¹, l’idée que les traités conclus avec elles seraient de « traités de droit interne » était inconnue durant la période qui nous intéresse⁵³². Le statut juridique des parties en présence⁵³³, de même que le régime juridique de ces traités, prouvent en outre, le Pr. Crawford l’a rappelé récemment⁵³⁴, qu’ils sont bien des traités régis par le droit

with the assent of the Cherokees themselves, or in conformity with treaties and with the acts of Congress. The whole intercourse between the United States and this Nation is, by our Constitution and laws, vested in the Government of the United States. The act of the State of Georgia under which the plaintiff in error was prosecuted is consequently void, and the judgment a nullity. The acts of the Legislature of Georgia interfere forcibly with the relations established between the United States and the Cherokee Nation, the regulation of which, according to the settled principles of our Constitution, is committed exclusively to the Government of the Union »

⁵³⁰ Cf. *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2.

⁵³¹ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 2 : « It may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign Nations ».

⁵³² La qualification de « traités de droit interne » à propos des traités conclus entre les Nations indiennes et les États-Unis est celle que propose FORTEAU, (M.), « Retour sur un “classique” ... », précité, p.457. Voir également l’étonnante proposition d’HIGGINS, (F.B.), « International Law Consideration of the American Indian Nations by the United States », *Ariz. L. Rev.* vol.3, n°1 (1961), p.79 : selon l’auteur, il faudrait parler de traités relevant ni du droit international, ni du droit interne, mais d’un hypothétique « *intrnational law* » (c’est nous qui soulignons).

⁵³³ Voir sur ce point THOMSON, (J.S.), « Federal Indian Policy...», précité, p.270 : « The idea of native American Nations maintaining an international status, while perhaps criticized by some as quixotic, is nonetheless sound. They did, in fact, possess the requirements for statehood and their national character was repeatedly recognized by the United States government ». Plusieurs décisions de justice non-américaines ont également abondé en ce sens, démontrant que les relations entre les États-Unis et les Nations indiennes ne sont pas nécessairement « exceptionnelles » sous cet angle : *Affaire des gisements diamantifères du Griqualand occidental (République Sud-Africaine c. Tribus des Griquas et des Betchouanas)*, sentence arbitrale du 17 octobre 1871, *in LAPRADELLE*, (A.), POLITIS, (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone 1923, vol.2, pp.691-699 : reconnaissance de certaines tribus de l’Afrique australe comme des groupements organisés ayant conscience de la notion de souveraineté ; voir la note doctrinale très critique de Westlake, qui rappelle que si les tribus en question sont qualifiées de « Nations indigènes », « on doit se garder de conclure de l’emploi des termes “souverain” et “Nations” à l’existence de véritables États indépendants dans le sens du droit international européen » (*id.*, p.700). Quant à Lapradelle il qualifie l’affaire, dès les premiers lignes de son avant-propos, de « curieuse affaire » (*id.*, p.iii) ; *Affaire de la Baie de Delagoa (Grande-Bretagne c. Portugal)*, sentence arbitrale du 24 juillet 1875 *in id.*, vol.3, pp.637-638 : application des règles générales relatives au droit des traités à des accords conclus entre la Grande-Bretagne et des « roitelets » indigènes.

⁵³⁴ CRAWFORD, (J.), *The Creation of States...*, précité, p.268.

international⁵³⁵ - et c'est en ce sens qu'abonde la récente *Déclaration sur les droits de peuples autochtones* de l'Assemblée Générale des Nations Unies⁵³⁶. Les fraudes qui ont régulièrement⁵³⁷ – mais non pas systématiquement⁵³⁸ – accompagné leur conclusion, la violation de ces traités par les États membres, les individus ou le gouvernement fédéral lui-même⁵³⁹, ne sauraient plaider pour un changement de leur qualification juridique⁵⁴⁰,

⁵³⁵ Voir en ce sens cette remarque de William Henry Harrison : « No other power but the United States had ever Treated with them. Other Civilized Nations considered the lands of the Indians as their own and appropriated them to their own use whenever they pleased. A Treaty was considered by white people as a most solemn thing and those which were made by the United States with the Indian Tribes were considered as binding as those which were made with the most powerful Kings on the other side of the Big Water. They were all concluded with the same forms and printed in the same Book so that all the world might see them and brand with infamy the party which violated them. The United States would always adhere to their engagements. To do otherwise would be offensive to the great spirit and all the world would look upon them as a faithless people » : « Harrison to the secretary of war, August 29, 1809 », *Terr. Papers*, vol.7, p.671 (c'est nous qui soulignons). Voir aussi TOWNSEND, (M.), « Congressional Abrogation of Indian Treaties : Reevaluation and Reform », *Yale L.J.* vol.98, n°4 (1989), p.797 (l'auteur affirme la similarité des traités passés avec les Nations indiennes et de ceux conclus avec d'autres Nations). Voir enfin cette opinion dissidente des juges Bradley et Davis sur l'affaire *The Cherokee Tobacco* (1870), 78 U.S. 616, 623 : « The case before us is, besides, a peculiar one. The exempt jurisdiction here depends on a solemn treaty entered into between the United States government and the Cherokee Nation, *in which the good faith of the government is involved, and not on a mere municipal law*. It is conceded that the law in question cannot be extended to the Indian territory without an implied abrogation of the treaty pro tanto. And the opinion of the court goes upon the principle that Congress has the power to supersede the provisions of a treaty » (c'est nous qui soulignons).

⁵³⁶ « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », Résolution 61-295 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 13 septembre 2007, A-RES-61-295. Voir notamment dans l'exposé des motifs : « Estimant que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international » et Article 37§1 : « Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs ».

⁵³⁷ Il n'existe pas à notre connaissance d'ouvrage récapitulant l'ensemble des fraudes qui pourraient être constatées dans les procédures de conclusion de ces traités – ce qui s'explique vraisemblablement par le nombre de traités concernés (près de 400 pour ne compter que les traités qui ont fait l'objet d'une ratification). Voir cependant, pour plusieurs exemples convaincants, PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, *passim* ; WIESSNER, (S.), « American Indian Treaties... », précité, p.579-580. Un autre article intéressant, car évoquant un cas concret de fraude, est celui de JOSPEH, (Y.), « An Indian's View on Indian affairs », *North American Review* vol.128, n°269 (Apr., 1879), pp.412-434. Enfin, la Cour Suprême en 1970 a jugé dans un arrêt *Choctaw Nation v. State of Oklahoma* (1970), 397 U.S. 620, 630 que : « About all that can be said about the treaties from the standpoint of a skilled draftsman is that they were not skillfully drafted. More important is the fact that these treaties are not to be considered as exercises in ordinary conveyancing. The Indian Nations did not seek out the United States and agree upon an exchange of lands in an arm's-length transaction. Rather, treaties were imposed upon them, and they had no choice but to consent ».

⁵³⁸ PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, p.103 : « It is not true that the treaties were simply imposed upon the Indians - although there are examples of such action - for the Indians, too, saw benefits in the system ».

⁵³⁹ Certains auteurs sont ainsi allés jusqu'à noter que « the United States has broken nearly every one of its Indian treaties » : PEVAR, (S.L.), *The Rights of Indians and Tribes. The Authoritative ACLU Guide to Indian and Tribal rights*, Carbondale, Southern Illinois UP 1992, p.41. Voir aussi COHEN, (F.S.), *Handbook of Federal Indian Law*, Washington, Government Printing Office 1945, p.64 : « The federal

mais uniquement pour leur nullité⁵⁴¹ ou, comme l’a jugé la Cour Suprême elle-même en 1899, par l’adaptation des règles guidant leur interprétation⁵⁴². On mesure l’importance de cette conclusion lorsque l’on remarque qu’entre 1789 et 1871, ce sont près de deux cent soixante dix traités qui sont considérés par la doctrine comme « potentiellement valides »⁵⁴³.

Cela conduit à la seconde conclusion de ce premier développement : l’expérience américaine durant le XIXe siècle permet de mettre en avant tant l’origine coloniale des critères actuels de définition de l’État que le problème des définitions doctrinales de la sujexion au droit international. Ces définitions sont incapables de rendre compte de la construction du droit international sur laquelle a longtemps reposé le système américain – et, comme nous le verrons dans notre seconde partie, sur laquelle repose encore le système fédéral⁵⁴⁴ – dont les parties – Nations indiennes et États membres – sont détentrices d’un titre territorial en dépit de leur absence de « souveraineté externe » ; elles sont, pour le dire autrement, des entités dont la compétence territoriale est fondée sur un titre international – quoiqu’elles soient incapables de les faire valoir par elles-mêmes auprès des États extérieurs à ce système : aussi, et comme l’a noté Cowles,

government failed to fulfill the terms of many treaties and was sometimes unable or unwilling to prevent states or individual non-indians from violating Indian treaty rights ».

⁵⁴⁰ Ainsi que le laissent entendre par exemple WILKINSON, (C.F.) ; VOLKMAN, (J.M.), « Judicial Review of Indian Treaty Abrogations : “As Long as Water flows, or Grass grows upon the Earth” : How Long a Time is that ? », *Cal. L. Rev.* vol.63, n°3 (1975), p.620 : « These historical and legal factors make it impossible to draw a direct analogy between Indian treaties and international treaties. The United States and Indian tribes were almost never in equal negotiating positions, while many international treaties are negotiated between parties of comparable strength ».

⁵⁴¹ Voir en ce sens FRIEDMAN, (L.K.), « Native Hawaiians, Self-determination, and the Inadequacy of State Land Trusts », *Hawaii L.Rev.*, vol.14, n°2 (1992), p.559.

⁵⁴² *Jones v. Meehan* (1899), 175 U.S. 1, 10-11 : « In construing any treaty between the United States and an Indian tribe, it must always (as was pointed out by the counsel for the appellees) be borne in mind that the negotiations for the treaty are conducted, on the part of the United States, an enlightened and powerful Nation, by representatives skilled in diplomacy, masters of a written language, understanding the modes and forms of creating the various technical estates known to their law, and assisted by an interpreter employed by themselves; that the treaty is drawn up by them and in their own language; that the Indians, on the other hand, are a weak and dependent people, who have no written language and are wholly unfamiliar with all the forms of legal expression, and whose only knowledge of the terms in which the treaty is framed is that imparted to them by the interpreter employed by the United States, and that the treaty must therefore be construed not according to the technical meaning of its words to learned lawyers, but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians ».

⁵⁴³ L’affirmation et la liste des traités concernés peut être trouvée dans DELORIA, (V.) ; DEMALLIE, (J.R.), (ed.), *Documents of American Indians...*, précité, vol.1, pp.181-201.

⁵⁴⁴ Sur l’absence de transfert du titre territorial des États membres aux États-Unis après l’adoption de la Constitution fédérale, voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

« l'idée selon laquelle seuls les États entretenant des relations avec les États étrangers seraient gouvernés par le droit international » ne « cadre pas » avec l'expérience américaine⁵⁴⁵. Ce que l'expérience américaine révèle en effet peut être le mieux, c'est que les types d'entités détentrices d'un titre territorial fondé sur le droit international peuvent être multiples, et que seule une opération de qualification au cas par cas permet leur identification : à la rigidité des concepts de « sujets », de « personnalité juridique », et d' « État », dont l'application en pratique découle généralement d'un curieux raisonnement consistant à qualifier *in abstracto* une entité de « sujet » pour lui reconnaître ensuite les droits qui s'y attachent, l'expérience américaine invite à raisonner autrement, et à reconnaître ainsi qu'il est des entités dont le droit international fonde – ou a fondé – la compétence territoriale, quand bien même elles ne pourraient être appelées des « États » (au sens actuel du terme) parce qu'elles ne jouiraient pas de la souveraineté externe et qu'elles ne seraient donc pas reconnues comme tels⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ COWLES, (W.B.), « Persons in International Law » in « International Law as applied between Subdivisions of Federations », *R.C.A.D.I.* vol.74 (1949-I), p.740. La réflexion est relative à l'application du droit international entre les États membres, mais elle peut être étendue au cas des Nations indiennes. Concernant plus spécifiquement les États membres, voir *infra*, Seconde Partie, notamment la première section du chapitre 1.

⁵⁴⁶ Voir en ce sens SIOTTO-PINTOR, (M.), « Les sujets du droit international autre que les États », *R.C.A.D.I* vol.41 (1932-III), p.278 : « Dans toutes les branches de la science du droit, on se sert habituellement des mots “personnes” et “sujet” dans le sens identique de destinataire de normes juridiques. C'est, à mon avis, une malheureuse habitude, qui crée beaucoup de confusion. Le mot “sujet” a dans la science du droit un sens générique qui embrasse toutes les relations possibles entre une individualité quelle qu'elle soit et un ordre juridique. Est sujet d'un ordre juridique aussi bien le destinataire d'une seule norme que le destinataire de toutes les normes de ce système ». Dans le même sens, voir BARBERIS, (J.A.), « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *R.C.A.D.I* vol.179 (1983-I), p.168 : « La qualité de sujet ne dépend pas de la quantité des droits et obligations dont une entité est titulaire. La désignation est valable aussi bien pour celui qui ne jouit que d'un droit attribué par une norme coutumière que pour un État souverain. C'est pourquoi, du fait qu'une entité est titulaire de façon directe et effective d'un droit ou d'une obligation dans l'ordre international, l'on peut déduire que cette entité est un sujet du droit des gens, mais du fait que quelqu'un est sujet du droit des gens, l'on ne peut pas déduire qu'il est titulaire d'un droit ou d'une obligation déterminés ».

TITRE 2 – AMÉNAGEMENT DES MODES DE FORMATION DU TITRE TERRITORIAL

« On peut effectuer des mutations territoriales », écrit le Pr. Distefano, « par les moyens suivants : a) par acte juridique unilatéral (occupation *terra nullius*, renonciation, etc.) ; b) par acte juridique conventionnel (traité de cession ou de vente) ; c) par fait juridique ; d) ou encore par la simple opération de la règle de droit (*ipso jure*) en concomitance avec des évènements naturels (*ope naturae*) »⁵⁴⁷. Ces « modes d'établissement », « sources d'un droit ou d'une compétence »⁵⁴⁸, ce sont ceux auxquels les États-Unis ont eu recours pour acquérir la souveraineté territoriale sur les terres indiennes. L'acquisition de ce titre sur ces dernières passe d'abord – quantitativement parlant – par le second des moyens énumérés ci-dessus, qui est aussi le plus fréquent et le plus classique des moyens de transfert de titre entre deux entités sujets du droit international. Ainsi que nous l'avons rappelé en conclusion de notre précédent développement, dès lors que la qualité de sujet du droit international des Nations indiennes est admise, l'existence juridique de ces traités de cession territoriale ne peut qu'être constatée, et les transferts de titres territoriaux concernés validés. L'intérêt théorique de ces instruments réside essentiellement soit dans la qualité des parties – objet, notamment, de notre premier développement – soit dans le recours aux moyens du droit international sur un espace défini par certains titres comme constituant le territoire d'un État – question qui fera l'objet de notre seconde partie. En lui-même en effet, le

⁵⁴⁷ DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, p.148.

⁵⁴⁸ KOHEN, (M.G.), *Possession contestée...*, précité, p.128. Il faut noter avec cet auteur que ces « modes d'établissement » sont également appelés des « titres », entendus ici comme « source d'un droit », et non comme ce droit lui-même. Voir aussi, cité par le Pr. Kohen, C.I.J., *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986, *C.I.J. Recueil* 1986, §18, p.564 : « (...) [L]a notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que *la source même de ce droit* » (c'est nous qui soulignons). L'ambivalence du terme, sur laquelle nous reviendrons (voir *infra*, Chapitre 2, Section1), est également rappelée par McNEIL, (K.), *Common Law Aboriginal...*, précité, p.10.

traité territorial ne pose pas « d’insurmontables problèmes » du point de vue théorique⁵⁴⁹.

Beaucoup plus intéressant est, par contre, le premier des modes de formation mentionnés ci-dessus, à savoir la formation du titre « par acte juridique unilatéral ». Ce mode de formation en effet a été appelé aux États-Unis durant la période qui nous concerne des constructions théoriques grâce auxquelles le titre territorial des Nations indiennes a été acquis unilatéralement par les États-Unis, sans pour autant nier à celles-ci la qualité d’État sujet du droit international.

Lorsque les États-Unis n’ont pas, entre 1789 et 1914, opposé aux Nations indiennes la nature particulière de leur organisation interne ou leur absence d’indépendance pour leur refuser tout droit au territoire⁵⁵⁰, ils ont en effet eu recours, pour fonder leurs revendications à la souveraineté sur les terres de ces dernières, à deux modes distincts de formation du titre territorial : l’occupation d’une part, sous sa forme pacifique et militaire (Chapitre 1) et la découverte d’autre part (Chapitre 2). Toutefois, comme nous le verrons, l’invocation de ces deux modes de formation du titre territorial n’a été possible qu’à la faveur d’un « aménagement » de leur définition favorable à l’entreprise expansionniste américaine : si « aménager », c’est « préparer méthodiquement en vue d’un usage déterminé »⁵⁵¹, alors l’« occupation » et la « découverte » sont des concepts juridiques que les États-Unis ont défini méthodiquement en vue de justifier la prise de possession unilatérale du territoire de sujets du droit international.

⁵⁴⁹ HILL, (N.), *Claims to Territory...*, précité, p.159.

⁵⁵⁰ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1 et Chapitre 2.

⁵⁵¹ « Aménager » in *Le Petit Robert*.

Chapitre 1 – L'occupation

Deux types différents d'occupation territoriale sont susceptibles, d'après les principes du droit international, de conférer un titre sur l'espace concerné : l'occupation pacifique d'une part, qui se déroule en principe sur une terre non-encore appropriée par un sujet du droit international⁵⁵² ; l'occupation militaire d'autre part qui, lorsqu'elle est acceptée comme définitive par l'État occupé, ou que celui-ci a été subjugué, confère sous certaines conditions un titre à l'État occupant et vainqueur⁵⁵³.

Ce sont ces deux modes de formation du titre qu'invoquent concurremment les États-Unis au cours du XIXe siècle, d'une part pour *priver* les Nations indiennes de tout titre territorial ; d'autre part pour *fonder juridiquement* leur pouvoir sur les terres indiennes ; chacun d'entre eux, cependant, fait l'objet d'un aménagement qui lui est propre : l'occupation pacifique est définie selon un « système de pensées plus notionnelles que réelles, c'est-à-dire coupées de la pratique et de l'expérience vécue »⁵⁵⁴ (Section 1) ; la conquête des Nations indiennes, quant à elle, est revendiquée alors qu'elle constitue une « image simplifiée, souvent illusoire » que les États-Unis « élaborent ou acceptent au sujet (...) d'un fait »⁵⁵⁵ (Section 2).

⁵⁵² Il ne faut pas exclure tout à fait le cas de la prescription acquisitive, que l'on peut décrire succinctement comme une forme d'occupation prenant place sur un territoire faisant déjà l'objet d'un titre territorial : voir KOHEN, (M.G.), *Possession contestée...*, précité, pp.17-34 pour un résumé des arguments plaidant pour ou contre la reconnaissance de la prescription acquisitive en droit international.

⁵⁵³ *DG*, vol.1, I, XVIII, §203, p.191 et, surtout, vol.2, II, III, XIII, §§193 sq., pp.170 sq. ; *Eléments (fr)...*, t.1, II, IV, §5, not. p.159.

⁵⁵⁴ « Idéologie » in FOULQUIE, (P.), *Dictionnaire ...*, précité, p.337. Voir aussi GARRISON, (T.A.), *The Legal Ideology of Removal. The Southern Judiciary and the Sovereignty of Native American Nations*, Athens & London, The University of Georgia Press 2002, not. p.12 : T.A.Garrison définit l'idéologie comme une « calculated distortion and misrepresentation, inane logic, and mean-spirited condescension ».

⁵⁵⁵ « Mythe » in *Le Petit Robert*.

Section 1 – Construction idéologique de l'occupation pacifique

Si c'est un principe bien reconnu en droit international aux XVIIIe et XIXe siècles que l'occupation d'une terre fait partie des modes de formation d'un titre territorial – « le pays qu'une Nation habite », écrit ainsi Vattel, « soit qu'elle s'y soit transportée, soit que les familles qui la composent s'y soient formées en corps politique (...) est l'établissement de la Nation, elle y a un droit propre et exclusif »⁵⁵⁶ - la question de la définition de l' « occupation » n'est, quant à elle, pas réglée : de nombreuses théories divergentes sont alors à la disposition des États-Unis (§1) qui cependant feront le choix de la définition la moins favorable à la reconnaissance de la détention par les Nations indiennes d'un titre sur les terres qu'elles revendiquent (§2).

§1 – Pluralité des définitions théoriques de l'occupation

Buchanan, alors qu'il n'était encore que le député de la Pennsylvanie à la Chambre des Représentants , l'avait écrit en 1824 au Président des États-Unis, reprenant l'affirmation d'un chef de la Nation Pawnee : les « Indiens » et les « Blancs » ont une philosophie religieuse différente quant à l'utilisation du sol. Le « Créateur » en effet aurait obligé les premiers à errer dans les plaines et forêts non-cultivées mais les seconds à cultiver la terre⁵⁵⁷. Le propos résume admirablement les deux principales définitions de l'occupation disponibles au cours de la période qui nous intéresse : les définitions européennes d'une part (A), et la définition amérindienne d'autre part (B).

⁵⁵⁶ DG, vol.1, I, XVIII, §203, p.192.

⁵⁵⁷ BUCHANAN, (J.), *Sketches of the History, Manners, and Customs of the North American Indians*, London, Black, Young, and Young 1824, vol.1, pp.41-42 : « The Great Spirit made us all - he made my skin red, and yours white; he placed us on this earth and intended that we should live differently from each other. He made the whites to cultivate the earth, and feed on domestic animals; but he made us, red skins, to rove through the uncultivated woods and plains ».

A. Définitions européennes

C'est une opinion quasi-unanime chez les philosophes européens les plus importants, à partir de Grotius au moins : de ce dernier à Vattel, en passant par Winthrop, Locke ou Pufendorf, l'humanité est considérée comme pouvant vivre dans deux états différents, l'état de nature et l'état civil, le premier se distinguant notamment du second par le rapport à la terre qui y prévaut. La Terre, écrit par exemple Winthrop, « est le jardin du Seigneur, qu'il a donné aux fils d'Adam »⁵⁵⁸ - de même que chez Locke, le Créateur a « donné la terre en commun au genre humain ». Cette conception d'une terre originellement commune – le fameux « à l'origine, le monde entier était l'Amérique » de Locke⁵⁵⁹ – est également celle de Vattel dans son *Droit des gens*, selon qui « la terre appartient aux hommes en général : destinée par le Créateur à être leur habitation commune et leur mère-nourrice, tous tiennent de la Nature le droit d'y habiter et d'en tirer les choses nécessaires à leur subsistance et convenables à leurs besoins »⁵⁶⁰. Cet « état de nature » originel, où toute chose est commune, appartient alors à la longue durée de la pensée philosophique et religieuse : de l'Antiquité tardive au Moyen Age, cette idée d'une communauté des choses donnant à chacun un accès égal aux ressources de la Terre est considérée comme une obligation divine⁵⁶¹. Dans cet état de nature, les choses « appartiennent à tout le monde », et par conséquent « à personne »⁵⁶² : le droit « que chaque homme » avait de « s'emparer pour ses besoins de ce qu'il voulait, et consommer ce qui pouvait être consommé » était un « droit universel qui tenait alors

⁵⁵⁸ « General considerations for the Plantations in New England. With an answer to several objections », in YOUNG, (A.), (ed.), *Chronicles of the First Planters of the Colony of Massachusetts Bay from 1623 to 1636*, Boston, Little & Brown 1846, p.272.

⁵⁵⁹ LOCKE, (J.), *Deuxième traité du gouvernement civil* (1698), Paris, Vrin 1985 (traduit de l'anglais par B.Gilson), Chap.V, §49, p.103.

⁵⁶⁰ DG, vol.1, I, XVIII, §203, p.191.

⁵⁶¹ GARNSEY, (P.), *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, Cambridge UP 2007, p.136 : « Hugo Grotius (1583–1645), Samuel Pufendorf (1632–94) and John Locke (1632–1704) all sought to give private property the status of natural law by locating its emergence in the state of nature. The problem they faced was that they were working within a tradition, stretching right back into antiquity, according to which the primeval condition was a form of communalism in which all humanity had equal access to the resources of the earth. Moreover, late antiquity and the Middle Ages had produced a Christian reading of this tradition, by which the Christian God had ordered things in this way ».

⁵⁶² WINTHROP, (J.), « General Considerations for the Plantations in New England, with an Answer to Several Objections » in *Winthrop Papers*, Boston, Massachusetts Historical Society 1931, vol.1, p.272.

lieu de propriété »⁵⁶³. La « terre et toutes les créatures inférieures » sont donc « communes, et appartiennent en général à tous les hommes »⁵⁶⁴. Cette communauté pour autant n'exclut pas toute forme d'appropriation : la propriété privée, dès Grotius au moins, mais chez Locke surtout, acquiert le statut d'un « droit naturel » et se trouve fondée sur une injonction divine dont la teneur a changé, puisqu'à la communauté originelle, créée par Dieu, succède l'obligation, dictée par le Même, de s'approprier la terre.

La conception lockéenne de la propriété, qui sera reprise par Vattel dans son *Droit des gens...* diffère sur ce point doublement de la conception grotienne. Deux conceptions en effet résument les définitions européennes de l'occupation : l'une selon laquelle il n'est d'occupation juridique que d'occupation donnant lieu à la culture du sol (1) ; l'autre selon laquelle l'occupation physique d'une terre est juridique dès lors qu'elle reconnue comme telle par les autres États (2).

1. Définition agriculturaliste

La propriété selon Locke est fondée sur cette idée que si « Dieu a donné en commun la terre au genre humain », il a également et surtout « commandé en même temps à l'homme de travailler ». Devoir naturel – « le créateur et la raison ordonnent [à l'homme] de labourer la terre, de la semer, d'y planter des arbres et d'autres choses, de la cultiver, pour l'avantage, la conservation et les commodités de la vie » - le travail, indépendamment de toute société, confère le droit de propriété – « cette portion de la terre, dont il prend soin, devient, par son travail, son héritage particulier, [t]ellement que celui qui, conformément à cela, a labouré, semé, cultivé un certain nombre d'arpents de terre, a véritablement acquis, par ce moyen, un droit de propriété sur ses arpents de terre, auxquels nul autre ne peut rien prétendre, et qu'il ne peut lui ôter sans injustice »⁵⁶⁵. Le droit de propriété chez Locke est ainsi à la fois devoir et droit naturel : l'homme a l'obligation de travailler et dès lors l'obligation de mettre fin à l'état de communauté des biens, car on ne saurait considérer que Dieu, qui a

⁵⁶³ GROTIUS, (H.), *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Paris, PUF 2005, II, II, II.1, p.179.

⁵⁶⁴ LOCKE, (J.), *Deuxième traité...*, précité, Chap.V, §27, p.91.

⁵⁶⁵ *Id.*, §32, p.93.

donné la terre « pour les plus grands avantages, et pour les plus grandes commodités de la vie qu’ils en puissent retirer », ait entendu « que la terre demeure toujours commune et sans culture ». Il l’a, bien au contraire, « donnée pour l’usage des hommes industriels, laborieux, raisonnables »⁵⁶⁶. Nulle convention dans tout cela : un homme peut « entourer [une terre] d’une clôture, et la fermer de certaines bornes, sans le consentement de tous les autres hommes » car il ne fait ce faisant qu’obéir au Créateur, ce qui prévient tout risque d’injustice⁵⁶⁷.

En ce sens, la conception lockéenne diffère doublement de la conception grotienne : d’une part, l’occupation selon Locke est insusceptible de fonder un droit de propriété si elle n’est pas complétée par une utilisation de la chose concernée ; d’autre part, cette appropriation par le travail est unilatérale : la convention grotienne à l’origine de la propriété est remplacée par un droit naturel, celui que possède tout individu sur les choses qu’il a isolées de la communauté originelle par son travail.

2. *Définition consensualiste*

Selon la théorie lockéenne, seule l’exploitation du sol est ainsi de nature à conférer sur ce dernier un droit de propriété - une condition interprétée comme commandement divin. Commune à l’origine, la Terre devient, par son labeur, objet de propriété privée pour répondre aux injonctions divines. Il est possible pourtant d’opposer à la théorie lockéenne des origines de la propriété – de façon tout à fait schématique mais suffisante pour notre propos – une autre théorie, au sein de laquelle l’occupation joue un rôle différent relativement à la question de l’appropriation exclusive d’un espace. Exposer brièvement cette autre théorie⁵⁶⁸, c’est ainsi démontrer la diversité des fondements théoriques de la propriété – et révéler *a contrario* que faire le choix de la théorie proposée par Locke, ainsi que le feront certains des acteurs les plus importants de la politique indienne des États-Unis, c’était faire le choix d’une

⁵⁶⁶ *Id.*, §34, p.95.

⁵⁶⁷ *Id.*, §32, p.93.

⁵⁶⁸ Le développement qui suit reprend notamment l’aperçu que propose de ces théories FLANAGAN, (T.), « The Agricultural Argument and Original Appropriation : Indian Lands and Political Philosophy », *Canadian J. Pol. Sc.*, vol.22, n°3 (1989), pp.589-602.

construction du droit international défavorable aux Nations indiennes⁵⁶⁹. Cette théorie, c'est celle que Grotius a proposé quelques années avant que Locke ne formule la sienne.

Grotius en effet, suivi près de deux siècles plus tard par Hume⁵⁷⁰ – deux auteurs que l'on ne peut suspecter d'être inconnus aux États-Unis durant la période qui nous intéresse⁵⁷¹ – considèrent la propriété privée immobilière comme étant fondée sur une occupation permanente et consentie des terres : les « choses » en effet, « sont devenues des propriétés » non « par un simple acte de volonté, car les autres ne pouvaient savoir, afin de s'en abstenir, ce que chacun voulait rendre sien, et plusieurs personnes pouvaient vouloir s'approprier le même objet », mais par « une convention soit expresse : au moyen d'un partage, par exemple ; soit tacite : au moyen, par exemple, d'une occupation ». L'occupation d'un bien suffit ainsi à manifester la propriété : « il faut présumer en effet », ajoute Grotius, « que du moment où la communauté des biens déplut, sans en venir à un partage, tous tombèrent d'accord que ce que chacun occuperait, il le posséderait en propre »⁵⁷². L'argument vaut tout aussi bien pour les particuliers – auquel cas il est question de « prise de possession en détail » - que pour les « Rois » ou les « Peuples » : l'occupation en effet « peut se produire de deux

⁵⁶⁹ Nous suivons en cela la conclusion de ARNEIL, (B.), « John Locke, Natural law, and Colonialism », *J. Hist. Pol. Thought*, vol.13, n°4 (1992), p.603 : « Thus Locke writes in the tradition of natural law, reflecting, in many respects, the views of Grotius in terms of the nature of God's original grant, the definition of occupancy and the use of enclosure as the basis of private appropriation of land. Locke's admiration for Pufendorf's natural law needed to be tempered by the exigencies of his own country's colonial interests. Locke, however, created an original and profound natural law which differed in essence from that of both Grotius and Pufendorf on one central ground, namely the foundation of property. While Grotius and Locke agreed that God had granted to man a positive right of communal ownership, Locke's fundamental premise that one must labour in order to even use the land or any product of it was a step further than Grotius, who argued that occupancy determined property. Cultivation and enclosure, rather than conquest, was England's method of colonization. Locke, through his labour theory of property and 'strange doctrine' on conquest, provides the natural law within which England might justify its approach to the New World and its native inhabitants ».

⁵⁷⁰ Sur la filiation entre les deux auteurs, voir BUCKLE, (S.), *Natural Law and the Theory of property. From Grotius to Hume*, Oxford, Oxford UP 1991, not. p.295 où l'auteur rappelle que Hume lui-même se réclamait de Grotius : HUME, (D.), *Enquiry concerning the Principles of Morals* (1777), Oxford, Oxford UP 2006, p.98, note 30 : « This theory concerning the origin of property, and consequently of justice is, in the main, the same with that hinted at and adopted by Grotius ».

⁵⁷¹ Concernant l'influence de Hume aux États-Unis, voir WERNER, (J.M.), « David Hume and America », *Journal of the History of Ideas*, vol.33, n°3 (1972), pp.439-456. Grotius quant à lui est fréquemment cité dans les arrêts de la Cour Suprême au cours du XIXe siècle : voir par exemple *Emory v. Grenouth* (1797), 3 U.S. 369, 371 ; *The Venus* (1814), 12 U.S. 253, 278 ; *State of Alabama v. State of Georgia* (1859), 64 U.S. 505, 513 ; *Crapo v. Kelly* (1872), 83 U.S. 610, 625. Le Pr. Janis a tenté de démontrer l'influence ambiguë de Grotius sur les pensées, notamment, de Kent et Wheaton : voir JANIS, (M.W.), *The American Tradition...*, précité, notamment « Jurists : the international law of Christendom », pp.25-50.

⁵⁷² GROTIUS, (H.), *Le droit de la guerre...*, précité, II, II.5, p.182.

manières », et l’on ne saurait, dans ce second cas, « considérer comme sans maître » une chose qui a été « occupée en totalité » par un peuple, quand bien même « la chose occupée en totalité n’a point été distribuée entre des particuliers »⁵⁷³. Hume s’inscrira dans la même ligne argumentaire, insistant essentiellement sur l’occupation consentie⁵⁷⁴ comme fondement d’une propriété privée qui ne peut exister, selon le philosophe anglais, qu’à l’état civil⁵⁷⁵.

Cette conception de l’appropriation de l’espace, nettement plus favorable aux Nations indiennes en ce qu’elle fait de l’occupation *de facto* et consentie un fondement suffisant de l’appropriation, n’est pas dépourvue de toute ambiguïté : Grotius, il est vrai, recourt également à l’ « argument agriculturaliste »⁵⁷⁶. Mais le restreint, cependant,

⁵⁷³ *Id.*, II, II, IV, p.183.

⁵⁷⁴ HUME, (D.), *A Treatise on Human Nature* (1739-1740), Oxford, Clarendon Press 2007, vol.1, B.III, P.II, S.III : « Some philosophers account for the right of occupation, by saying, that every one has a property in his own labour; and when he joins that labour to any thing, it gives him the property of the whole: But, 1. There are several kinds of occupation, where we cannot be said to join our labour to the object we acquire: As when we possess a meadow by grazing our cattle upon it. 2. This accounts for the matter by means of *accession*; which is taking a needless circuit. 3. We cannot be said to join our labour in any thing but in a figurative sense. Properly speaking, we only make an alteration on it by our labour. This forms a relation between us and the object; and thence arises the property, according to the preceding principles » ; sur l’origine conventionnelle de la propriété, voir HUME, (D.), *Enquiry concerning the Principles ...*, précité, p.98 : « It has been asserted by some, that justice arises from Human Conventions, and proceeds from the voluntary choice, consent, or combination of mankind. If by *convention* be here meant a *promise* (which is the most usual sense of the word) nothing can be more absurd than this position. The observance of promises is itself one of the most considerable parts of justice, and we are not surely bound to keep our word because we have given our word to keep it. But if by *convention* be meant a sense of common interest; which sense each man feels in his own breast, which he remarks in his fellows, and which carries him, in concurrence with others, into a general plan or system of actions, which tends to public utility; it must be owned, that, in this sense, justice arises from human conventions. For if it be allowed (what is, indeed, evident) that the particular consequences of a particular act of justice may be hurtful to the public as well as to individuals; it follows that every man, in embracing that virtue, must have an eye to the whole plan or system, and must expect the concurrence of his fellows in the same conduct and behaviour. Did all his views terminate in the consequences of each act of his own, his benevolence and humanity, as well as his self-love, might often prescribe to him measures of conduct very different from those which are agreeable to the strict rules of right and justice ».

⁵⁷⁵ WALDRON, (J.), « Property and Ownership » in ZALTA, (E.N.), (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Spring 2010 Edition), <http://plato.stanford.edu-archives-win2010-entries-property> (consulté le 2 mai 2011) : « In the early modern period, philosophers turned their attention to the way in which property might have been instituted, with Hobbes and Hume arguing that there is no natural ‘mine’ or ‘thine,’ and that property must be understood as the creation of the sovereign state or at the very least the artificial product of a convention ‘enter’d into by all the members of the society to bestow stability on the possession of...external goods, and leave every one in the peaceable enjoyment of what he may acquire by his fortune and industry’ ».

⁵⁷⁶ Ainsi que le remarque CAVALLAR, (G.), « Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel : accomplices of European Colonialism or True Cosmopolitans ? », *J.H.I.L.* vol.10, n°2 (2008), pp.196-197, qui voit ce faisant en Grotius un auteur « favorable au colonialisme européen » (p.196). Dans le

assez strictement : dans le *Droit de la guerre et de la paix*, le « territoire d’un peuple », dans lequel « se trouve quelque contrée déserte et stérile », peut certes « être valablement occupé » par des étrangers, « parce qu’on ne doit pas regarder comme possédé, ce qui n’est pas cultivé » mais il y a cependant « une réserve », qui « tient à la juridiction, qui demeure entière entre les mains de l’ancien peuple »⁵⁷⁷. Dans la théorie lockéenne, l’argument agriculturaliste prend au contraire toute son ampleur : loin de n’être, comme dans la théorie grotienne, que le fondement d’une exception au droit de domaine conféré par l’occupation, il constitue le fondement même de toute la théorie lockéenne de la propriété. Il en résulte un droit d’appropriation de tout ce qui n’a pas été transformé par le travail : si « celui qui appliquait son activité à n’importe quel produit spontané de la nature et modifiait d’une manière quelconque l’état où celle-ci l’avait placé, en acquérait ainsi la porpriété en y apposant son travail », *a contrario*, « si l’herbe pourrissait sur le sol à l’intérieur de son enclos, ou si les fruits de sa plantation venaient à s’abîmer sans récolte ou engrangement, il fallait considérer cette partie de la terre comme toujours en friche, malgré la clôture, et n’importe qui d’autre pouvait en prendre possession »⁵⁷⁸. Propriétaire des « fruits qu’il cueille » et du « gibier qu’il chasse »⁵⁷⁹, le « sauvage » qui ne cultive pas la terre n’a dès lors sur cette dernière aucun droit. On comprend ainsi, en la comparant à la théorie grotienne de la propriété, en quoi la théorie lockéenne des fondements de l’appropriation de l’espace ait pu servir aux États-Unis à une conception de l’occupation incompatible avec les revendications territoriales des Nations indiennes⁵⁸⁰.

même sens et surtout, voir KEENE, (E.), *Beyond the Anarchical Society. Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge UP 2004, p.56.

⁵⁷⁷ GROTIUS, (H.), *Le droit de la guerre...*, précité, II, II, XVI, p.193.

⁵⁷⁸ LOCKE, (J.), *Deuxième traité...*, précité, Chap.V, §§37-38 p.97.

⁵⁷⁹ *Id.*, §26, pp.90-91 : « Les fruits ou la venaison, dont se nourrit l’indien sauvage, qui ne connaît pas le bornage et demeure indivisaire, doivent lui appartenir, c'est-à-dire faire partie de lui, que nul autre désormais ne doit plus y avoir droit, s'il veut en tirer un avantage quelconque pour l'entretien de sa vie ».

⁵⁸⁰ Voir en ce sens ARNEIL, (B.), « John Locke, Natural Law... », précité, p.603 : « ...Locke’s *Two Treatises* was an attempt to undermine the Indian’s claims to land by creating a new definition of property ».

B. Définition amérindienne

Qu’elle soit celle de Locke ou celle de Grotius, la définition européenne de l’occupation est une définition qui repose sur une logique tout à fait différente de celle qui prévaut chez les différents peuples amérindiens. La philosophie religieuse des peuples autochtones américains est, en effet, une philosophie dans laquelle état de nature et état civil ne sont pas opposés : le Créateur n’est pas tant celui d’une Terre commune, que celui de chacun des peuples particuliers, auquel il a assigné des lieux de vie différents (1) – ce qui cependant ne signifie pas que la propriété privée (ou, plus largement, le concept d’appropriation) soit une notion inconnue dans les systèmes juridiques amérindiens (2).

1. Une conception « spirituelle » du rapport à la terre

Les peuples indiens occupant le territoire des États-Unis durant la période qui nous intéresse se distinguent des Nations européennes par « le fait que pour [eux], les terres dont ils viennent ou sur lesquelles ils vivent ont une signification matérielle et spirituelle particulière »⁵⁸¹. Car ce qui permet de caractériser l’ensemble de ces peuples c’est un rapport à la fois commun et particulier au sol qu’ils occupent⁵⁸². Le sol est conçu comme un don du Créateur de la terre à chacun des différents peuples indiens. La terre, dans les cultures « autochtones », est alors un « espace écologique qui façonne la conscience, et non une construction idéologique ou

⁵⁸¹ U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, « Study on Treaties, Agreements and other Constructive Arrangements between States and Indigenous Populations : Final Report by Miguel Alfonso Martinez, Special Rapporteur », U.N.Doc. E-CN.4-Sub.2-1999-20 (1999), p.26. Voir aussi ANAYA, (S.J.), *Indigenous Peoples...*, précité, p.141 et, GILBERT, (J.), « Territoriality : the Thread of Indigenous Cultures », in *Indigenous' Land Rights under International Law. From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational Publishers 2006, pp.xiii-xxiii. Voir enfin, et surtout, ONU, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, « Les peuples autochtones et leur relation à la terre : document de travail final établi par le rapporteur spécial, Mme Erica-Irène A. Daes », U.N. Doc. E-CN.4-Sub.2-2001-21 (2001).

⁵⁸² C'est sur ce postulat qu'est fondé l'ouvrage de DEROCHE, (F.), *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan 2008, 378 p.

une ressource fongible ». Il s’agit ainsi d’un « espace sacré », essentiel à l’identité, à l’humanité et à la personnalité du peuple⁵⁸³.

Comme l’ont noté Deloria et Lyte, « l’idée de peuple » est, chez les Indiens, « d’abord une conception religieuse » fondée sur une répartition originelle de la Terre par son Créateur. Selon les croyances les plus répandues chez les peuples d’Amérique du Nord, il n’existait lors de la création du monde qu’un seul peuple qui, instruit par un homme providentiel ou par une forme autre de révélation, se vit assigner différents lieux de vie sur le continent⁵⁸⁴. Ce lieu acquiert alors, pour les groupes ainsi constitués, une signification spirituelle particulière. Le sol est constitutif de l’identité de chaque peuple car son existence même tient à ce don divin du sol, à cette « assignation » providentielle d’un lieu de vie. La conception indienne du rapport à l’espace se distingue ainsi de celle qui prévaut dans la philosophie européenne à partir du XVIIe siècle en ce que la naissance d’un peuple n’a pas pour conséquence le passage d’un état de nature où tout est commun à un état social où tout est individuellement approprié ; c’est, au contraire, le don d’une terre commune qui est constitutif du peuple lui-même. La terre est « un don du créateur – un don nécessaire à la survie » du peuple concerné⁵⁸⁵, constitué de l’ensemble des générations, y compris passées et futures, qui se sont vues attribuer cette terre⁵⁸⁶. Le lieu qu’occupe ce peuple n’est donc pas simplement un « sol », une terre au sens matériel qu’a en anglais la « *land* », mais la Terre, la « mère de toute vie, la source de la vie elle-même »⁵⁸⁷, « *the Earth* ».

⁵⁸³ HENDERSON, (J.S.), « Mikmaw Tenure in Atlantic Canada », *Dalhousie Law Journal*, vol.18, n°2 (1995), p.196, cité par ONU, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, « Les peuples autochtones et leur relation à la terre... », précité, p.7.

⁵⁸⁴ DELORIA, (V. Jr.) ; LYTHE, (C.M.), *The Nations within : the past and future of American Indian sovereignty*, New York, Pantheon Books 1984, p.8 : « The idea of the people is primarily a religious conception, and with most American Indian tribes it begins somewhere in the primordial mists. In that time the people were gathered together but did not yet see themselves as a distinct people. A holy man had a dream or a vision ; quasi-mythological figures of cosmic importance revealed themselves, or in some other manner the people were instructed. They were given ceremonies and rituals that enable them to find their place on the continent. Quite often they were given prophecies that informed them of the historical journey ahead. In some instances the people were told to migrate until a special place was revealed ».

⁵⁸⁵ SNYDERMAN, (G.S.), « Concepts of Land Ownership among the Iroquois and their Neighbors », in FENTON, (W.N.), (ed.), *Symposium on Local Diversity in Iroquois Culture*, Washington, Smithsonian Institution 1951, p.16.

⁵⁸⁶ BOBROFF, (K.H.), « Retelling Allotment... », précité, p.1601. Nous nous inspirons largement de cet article dans l’ensemble de ce paragraphe.

⁵⁸⁷ BUNGE, (R.), « Land is a Feeling », communication (non publiée) citée par BOBROGFF, (K.H.), « Retelling Allotment... », précité, p.1602 : le texte en anglais retranscrit mieux la conception indienne

Il découle de cette conception que les peuples indiens ont une « forte obligation religieuse de protéger leur territoire, de sauvegarder la terre pour les générations futures qui auraient besoin d'y vivre, et d'honorer les générations passées qui [selon la mythologie Indienne] ont du effectuer une longue migration pour arriver au lieu » qui a été assigné par le Créateur à chaque peuple⁵⁸⁸. Aussi, et parce que « le passé pas plus que le futur ne peuvent être vendus »⁵⁸⁹, la terre ne peut l'être davantage : « jamais je n'ai dit que la terre serait mienne en ce sens que je pourrais en faire ce que je souhaite » affirme ainsi le Chef des Nez-Percés, dont les terres originelles sont situées au Nord Ouest du continent Nord Américain, car « le seul qui ait un droit d'en disposer est celui qui l'a créée » ; les peuples indiens dès lors y « revendique[nt] seulement le droit d'y vivre »⁵⁹⁰. Cette conception trouve dans la pratique des Nations indiennes une traduction immédiate : la terre n'est généralement conçue ni comme une chose à exploiter, ni comme un objet de propriété privée au sens occidental. Elle ne représente « ni une simple possession, ni un moyen de production »⁵⁹¹. Matériellement, l'occupation de cet espace ne peut prendre que la forme d'une présence physique, non d'une exploitation.

du rapport à la terre : « To the whitepeoples, land is *ground* ; to the Lakota, land is *earth*. To the Lakota land is the *mother of all that lives*, the source of life itself » (souligné dans le texte).

⁵⁸⁸ *Id.*, p.1601.

⁵⁸⁹ VINE, (D.Jr.) ; CLIFFORD, (M.L.), *The Nations within...*, précité, p.10.

⁵⁹⁰ Cité par WEEKS, (P.C.), *The United States and the Search for a Solution ...*, précité, p.192 : «The country was made without lines of demarcation, and it is no man's business to divide it (...). Do not misunderstand me, but understand me fully with reference to my affection for the land. *I never said the land was mine to do with it as I chose. The one who has the right to dispose of it is the one who had created it. I claim a right to live on my land* ». Voir aussi FREYFOGLE, (E.T.), « Land Use and the Study of Early American History », *Yale L.J.* vol.94, n°3 (1985), p.723.

⁵⁹¹ U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, « Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations », U.N.Doc. E-CN.4-Sub.2-1986-7, Add.4, p.39 : « It must be understood that, for indigenous populations, land does not represent simply a possession or means of production ». Voir aussi HODGE, (F.W.), « Land tenures » in *Handbook of American Indians North of Mexico*, Washington, Government Printing Office 1907-1910, vol.2, p.756 : « The Indian conceived of the earth as mother, and as mother she provided food for her children. The words in the various languages which refer to the land as " mother " were used only in a sacred or religious sense. In this primitive and religious sense land was not regarded as property ».

2. Compatibilité de la conception avec la notion de propriété privée

Ce n'est pas à dire que la notion de propriété soit inconnue des Nations indiennes : on trouve parmi les lois, écrites ou non, de celles-ci, dès avant les premiers contacts avec les Nations européennes⁵⁹², et au XIXe siècle encore (preuve de ce que le concept d'appropriation n'a pas été introduit par ces dernières), des exemples divers d'intérêts juridiques à la terre – contrairement à ce qu'affirmera la quasi-totalité de la doctrine américaine, voyant dans l'absence d'agriculture la preuve de l'absence de toute forme de propriété privée.

Ainsi, par exemple, du droit d'utiliser certaines portions de terres ou produits déterminés de cette dernière, accordés à des familles et à des individus, s'accompagnant du droit d'en exclure toute autre personne : un tel droit existait chez les Nations de Nouvelle Angleterre, de même que chez les Algonquian, qui, quoique ne cultivant pas la terre, attribuaient aux familles composant cette Nation des droits de chasse exclusifs, ainsi que de vie et de mort sur ceux qui les violeraient⁵⁹³. Le droit de chasser pouvait en outre ne concerner que certains animaux à certaines périodes, et n'être accordé qu'à certaines personnes – quand le droit d'en chasser d'autres à d'autres périodes pouvait être accordé à des personnes différentes⁵⁹⁴. D'autres Nations connaissaient pour leur part des systèmes de propriété plus proches quant à leur objet de ce à quoi l'observateur américain était accoutumé : chez les Iroquois par exemple, la propriété exclusive des terres agricoles et des bâtiments est un droit reconnu depuis longtemps lorsque les États-Unis deviennent leurs interlocuteurs ; chez les Nations de Californie et de la côte

⁵⁹² Ainsi que l'a montré HOEBEL, (E.A.), *The Law of Primitive Man : a Study in Legal Comparative Dynamics*, Cambridge, Harvard UP 2006, 368 p.

⁵⁹³ Cité par BOBROFF, (K.H.), « Retelling Allotment... », précité, p.1575 : citation d'un membre des Chippewa : « We were to own the land so no other Indians could hunt on it. Other Indians could travel through it and go there, but could not go there to kill the beaver. Each family had its own district where they belonged and owned the game. That was each one's stock, for food and clothes. If another Indian hunted on our territory, we, the owners, could shoot him. I remember about twenty years ago some Nipissing Indians came north to hunt on my father's land. He told them not to hunt beaver. "This is our land" he told them ; "you can fish but must not touch the fur, as that is all we have to live on". Sometime an owner would give permission for strangers to hunt for a certain time or on a certain tract. This was often done for friends or when neighbors had had a poor season ».

⁵⁹⁴ CRONON, (W.), *Changes in the Land : Indians, Colonists, and the Ecology of New England*, New York, Hill and Wang 1983, p.58.

Pacifique, c'est un droit susceptible de transmission aux héritiers⁵⁹⁵. Le droit de propriété sur ces terres appartient à des familles ou clans, qui jouissent librement et exclusivement des fruits de leur culture⁵⁹⁶. C'est sans doute, cependant, chez les « *Five Civilized Tribes* » que le rapport juridique à la terre est le plus proche de celui que connaissent les Nations européennes : de manière formelle ou non, ces peuples reconnaissent, avant même l'adoption de constitutions et lois écrites, la propriété de la terre cultivée, mais également des immeubles d'habitation. Les champs, les récoltes et les maisons sont alors possédées individuellement – y compris postérieurement à l'adoption, par les Cherokee, d'une constitution dont l'article premier dispose que « les terres de la Nation Cherokee demeureront communes »⁵⁹⁷.

La suite de cette clause constitutionnelle ne laisse cependant aucun doute : cette définition de la terre en terme de propriété commune, si elle interdit aux membres de la Nation Cherokee de céder leurs terres à un étranger, n'interdit pas à ses membres d'être propriétaire de leur terre. L'article précise ainsi expressément, ensuite, que « les améliorations qui seront faites [sur ces terres], et qui sont en la possession des citoyens de la Nation, sont la propriété exclusive et imprescriptible des citoyens qui les ont fait, ou dont ils sont légalement en possession »⁵⁹⁸. Cette distinction entre la propriété commune de la Nation et la propriété privée est alors fréquente, et permet de faire le lien entre la reconnaissance de droits particuliers sur une terre pourtant considérée, ainsi que nous l'avons montré ci-dessus, comme un don du Créateur : apparemment contradictoires, ces deux conceptions du rapport à la terre sont rendues compatibles par l'interdiction faite aux membres des Nations indiennes de céder des terres à des étrangers⁵⁹⁹. Ainsi, l'appropriation individuelle de la *terre* est insusceptible de conduire à l'aliénation de la *Terre*, lieu de vie sacré du peuple concerné⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ BOBROFF, (K.H.), « Retelling Allotment... », précité, p.1590.

⁵⁹⁶ *Id.*, p.1578.

⁵⁹⁷ « Constitution of the Cherokee Nation, 1839, Art.1§2 », in HARGRETT, (L.), *A Bibliography of Constitutions ...*, précité.

⁵⁹⁸ *Ibid.* : la totalité de la clause est ainsi rédigée : « The lands of the Cherokee Nation shall remain common property ; but the improvements made thereon, and in the possession of the citizens of the Nation, are the exclusive and indefeasible property of the citizens respectively who made, or may rightfully be in possession of them ».

⁵⁹⁹ BOBROFF, (K.H.), « Retelling Allotment... », précité, p.1572.

⁶⁰⁰ Voir JOSEPH, (Chief), « An Indian's View on Indian Affairs », précité, p.415 : « The United States Government again asked for a treaty council. My father had become blind and feeble. He could no longer speak for his people. It was then that I took my father's place as chief. In this council I made my first

L'absence d'agriculture ne saurait ainsi être comprise, dans la conception amérindienne du rapport à la terre, comme la preuve d'un désintérêt, d'une non-appropriation de l'espace concerné : *c'est, au contraire, l'existence même d'un titre à cet espace, conféré par le Créateur, qui justifie que le peuple qui l'occupe le considère comme son territoire, et qu'il ne l'exploite pas.* Une telle conception sera, pourtant, rejetée par les États-Unis – ou, tout du moins, par une certaine frange de la doctrine américaine.

§2 – Choix américain de la définition agriculturaliste

Au regard des faits d'une part, et des principes du droit des gens d'autre part, la conception lockéenne de l'occupation était la moins susceptible d'être reprise par les États-Unis. En effet, c'est, tout d'abord, un fait avéré que de nombreuses Nations indiennes cultivaient alors leurs terres⁶⁰¹. Ainsi, par exemple et surtout, des Nations Choctaw, Chickasaw, Cherokee, Creek et Seminole : appelées les « Cinq Tribus Civilisées », ces Nations avaient développé un système politique proche de celui des États-Unis. Les Nations Chocktaw et Chickasaw « cultivaient du coton dans des plantations, élevaient du bétail européen, et la propriété privée y existait »⁶⁰². Quant à la Nation Cherokee, si elle est composée d'« Indiens », aucun d'eux, ainsi que l'affirmera un député à la Chambre des Représentants, « n'est un sauvage » car « il n'y a peut être pas une seule famille Cherokee », le représentant dit en être « bien informé », « qui subsiste uniquement grâce au mode de vie sauvage. Chaque famille a sa petite ferme et

speech to white men. I said to the agent who held the council: "I did not want to come to this council, but I came hoping that we could save blood. The white man has no right to come here and take our country. We have never accepted any presents from the Government. Neither Lawyer nor any other chief had authority to sell this land. It has always belonged to my people. It came unclouded to them from our fathers, and we will defend this land as long as a drop of Indian blood warms the hearts of our men »

⁶⁰¹ Ce que Madison n'avait d'ailleurs pas manqué de relever : Cité par KENNEDY, (J.P.), *Memoirs of the life of William Wirt*, Philadelphia, Lea & Blanchard 1850, vol.2, p.260 : « The plea with the best aspect for dispossessing Indians of the lands on which they have lived, is that by not incorporating their labour, and associating fixed improvements with the soil, they not appropriated it to themselves nor made the destined use of its capacity for increasing the number and the enjoyments of the human race. But this plea, whatever original force be allowed it, is here repelled by the fact that the Indians are making the very use of that capacity which the plea requires » (c'est nous qui soulignons).

⁶⁰² KILPINEN, (J.T.), « The Supreme Court's Role in Choctaw and Chickasaw Dispossession », *Geographical Review*, vol.94, n°4 (2004), p.6.

assure une partie au moins de sa subsistance de l'agriculture et d'autres moyens de l'industrie civilisée ». La Nation Cherokee, dès lors, est bien « civilisée, peut être pas au même degré » que les États-Unis, « mais de la même manière »⁶⁰³. Cela seul aurait dû suffire à écarter l'application *généralisée* de la conception lockéenne de l'appropriation du sol aux Nations indiennes.

Mais il faut encore ajouter, ensuite, les principes du droit des gens comme obstacles à la reprise de cette conception : si, comme nous l'avons vu plus haut, toute Nation, dès lors qu'elle est dotée d'une certaine organisation interne, a droit au respect de son territoire, alors le *mode d'occupation* de cet espace est normalement indifférent. Aucun argument objectif ne permet d'affirmer, certains représentants au Congrès le rappellent dans les débats relatifs à cette question, que l'agriculture serait plus à même de fonder la souveraineté territoriale terre que le fait d'y chasser⁶⁰⁴.

C'est pourtant bien cette conception de l'occupation que la doctrine surtout, et la pratique dans une certaine mesure⁶⁰⁵, vont retenir : dans un premier temps pour qualifier les Nations indiennes de Nations « non-civilisées » (A), dans un second temps pour qualifier les terres occupées par les Nations indiennes de *terra nullius* dont les États-Unis peuvent, dès lors, prendre unilatéralement possession (B).

A. *L'absence d'agriculture comme absence de civilisation*

L'argument agriculturaliste formulé par Locke sera repris presque textuellement par Vattel, ce qui fera beaucoup pour sa réintroduction dans la doctrine et

⁶⁰³ EVERETT, (E.), « Speech delivered in the House of Representatives, May 19, 1830 », in *Speeches on the Passage of the Bill...* précité, p.276 : « They are Indians ; but they are not all savages ; they are not any of them savages. They are not wild hunters. At least some of the southern Indians are a civilized people. They have not, in all their tribes, purged off every relic of barbarism ; but they are essentially a civilized people. They are civilized, not in the same degree that we are, but in the same way that we are. I am well informed, that there is probably not a single Cherokee family that subsists exclusively in the ancient savage mode. Each family has its little farm, and derived a part, at least, of its support, from agriculture or some other branch of civilized industry ».

⁶⁰⁴ FRELINGHUYSEN, (T.), « Speech to the Senate, Apr.30, 1830 », *Reg. Deb. (Senate)*, 21st Cong., 1st Sess., p.313.

⁶⁰⁵ Pour une approche similaire de la question, qui démontre que l'argument est essentiellement doctrinal, voir, à propos des premières entreprises coloniales européennes sur le continent américain, STRAUMANN, (B.) ; LAUREN, (B.), « Acquiring Empire by Law : from Roman Doctrine to Early Modern European practice », *L.H.R.* vol.28, n°1 (2010), pp.1-38.

la pratique américaines⁶⁰⁶. A la « célèbre question » de savoir si « une Nation peut légitimement occuper quelque partie d'une vaste contrée, dans laquelle il ne se trouve que des peuples errants, incapables, par leur petit nombre, de l'habiter toute entière »⁶⁰⁷, l'auteur du *Droit des gens...* propose une réponse implicitement fondée sur la théorie lockéenne de la propriété : parce que « la culture de la terre n'est pas seulement recommandable au gouvernement, pour son extrême utilité » mais qu'elle est encore « une obligation, imposée à l'homme par la Nature »⁶⁰⁸, « ces peuples ne peuvent s'attribuer exclusivement plus de terrain qu'ils n'en ont besoin et qu'il ne sont en état d'en habiter et d'en cultiver »⁶⁰⁹. « Chaque Nation » étant obligée « par la loi naturelle », « de cultiver le pays qui lui est échu en partage », elle ne peut ainsi « s'étendre qu'autant que la terre qu'elle habite ne peut lui fournir le nécessaire ». Toutefois, précise Vattel « on ne peut que louer la modération des Puritains anglais » qui « achetèrent des Sauvages les terrains qu'ils voulaient occuper »⁶¹⁰.

La précision est importante, car elle révèle l'ambivalence de la fonction juridique de la culture du sol comme élément de définition de l'occupation : car si les terres doivent être achetées, c'est que même l'occupation sans exploitation du sol « fait titre ». Or, cette ambivalence vaut également lorsque l'on se penche sur l'utilisation par la doctrine et la pratique américaines de l'argument agriculturaliste : elle est, dans un premier temps, une simple condition de civilisation du peuple concerné.

Rédigés dans les années suivant immédiatement l'adoption de la constitution fédérale, les *Lectures* de Wilson sont illustratives du peu de valeur que la littérature juridique elle-même accorde, dans un premier temps, à l'argument agriculturaliste. Certes, et c'est une preuve de l'influence de Vattel, la présentation de l'argument lockéen est déplacée de la question de la propriété à celle du « droit des gens », à laquelle Wilson consacre sa quatrième leçon ; certes, l'argument entretient un lien avec

⁶⁰⁶ En ce sens, voir WEINBERG, (A.K.), « The Destined Use of the Soil », in *Manifest Destiny. A Study of Nationalist Expansionism in American History*, Blatimore, The Johns Hopkins Press 1935, p.77. Weinberg note que le passage de Vattel que nous citons ci-dessous devint un « classique » dans la doctrine et la pratique américaines des années 1820.

⁶⁰⁷ *DG*, vol.1, I, XVIII, §209, p.195.

⁶⁰⁸ *DG*, vol.1, I, VI, §81, p.78.

⁶⁰⁹ *DG*, vol.1, I, XVIII, §209, p.195.

⁶¹⁰ *DG*, vol.1, I, VI, §81, p.78.

ce « principe du droit des gens », qui « concerne de près les États-Unis », et selon lequel la « Nation [qui] s’établit, ou s’étend dans un pays déjà habité par d’autres » doit « observer une stricte Justice à l’égard de ces habitants » ; certes, ce principe oblige également les dits habitants s’ils « vivent de la chasse, et possèdent même plus de terre qu’il n’en faut pour chasser », à « transférer leurs terres » à la Nation « qui [en] fera un usage plus avantageux » ; certes, enfin, c’est une « prescription de la nature » que la terre, « donnée aux hommes pour qu’ils se nourrissent », « doit être cultivée »⁶¹¹.

Mais la juridicité apparente du principe s’effondre presque totalement dès lors que sont mises en avant les conditions de sa réalisation. Reprenant de Vattel l’exemple fourni par la pratique des « puritains anglais » d’acheter les terres autochtones plutôt que de les occuper *de facto* en vue de les cultiver, Wilson évoque bien une obligation de la « Nation de chasseur » de *transférer* ses terres, obligation qu’accompagne celle de la Nation cessionnaire de payer à la première un équivalent en argent⁶¹². Wilson ainsi fait perdre à l’argument agriculturaliste une grande partie de sa force juridique, car l’argument devient une recommandation, une obligation morale, plutôt que le fondement du statut juridique de la terre concernée. L’existence d’une « Nation » *occupant*, mais ne cultivant pas, une terre, suffit à protéger celle-ci de toute intrusion étrangère. Qu’elle ne cultive pas la terre, et qu’elle ne connaisse, dès lors, pas de propriété privée selon les critères posés par les philosophes politiques anglais, est sans doute regrettable du point de vue de leur civilisation – mais est à peu près inopérant du point de vue juridique : le rôle d’une Nation civilisée est certes d’ « apprendre » à une Nation non-civilisée les « arts de l’agriculture », mais cela suppose précisément que l’occupation de ses terres par la seconde ne soit pas remise en cause⁶¹³. Comme le notait Jefferson, pourtant

⁶¹¹ WILSON, (J.), « Of the Law of Nations » in McCLOSKEY, (R.G.), (ed.), *The Works of James Wilson...*, précité, vol.1, p.158 : « If a Nation establishes itself, or extends its establishment in a country already inhabited by others ; it ought to observe strict justice, in both instances, with the former inhabitants. This is a part of the law of Nations that very nearly concerns the United States. It ought, therefore, to be well understood. The whole earth is allotted for the nourishment of its inhabitants, but it is not sufficient for this purpose, unless they aid it by labour and culture. The cultivation of the earth, therefore, is a duty incumbent on man by the order of nature. Those Nations that live by hunting, and have more land than is necessary even for the purposes of hunting, should transfer it to those who will make a more advantageous use of it ».

⁶¹² *Ibid.* : « those who will make this use of it ought to pay, for they can afford to pay, a reasonable equivalent ».

⁶¹³ *Ibid.* : « Even when the lands are no more than sufficient for the purposes of hunting, it is the duty of the new inhabitants, if advanced in society, to teach, and it is the duty of the original inhabitants, if less advanced in society, to learn, the arts and uses of agriculture ».

promoteur de l'agriculture des terres indiennes par les Indiens eux-mêmes⁶¹⁴, « s'il y a quelque chose de certain, c'est qu'aucun centimètre de terre ne sera pris aux Indiens sans que leur consentement n'ait été obtenu »⁶¹⁵.

L'affirmation fut suivie de la pratique : les traités conclus par les États-Unis avec les Nations indiennes au cours du XIXe siècle, loin de n'être que territoriaux, ont souvent pour objet le développement de l'agriculture⁶¹⁶. L' « amour de la propriété exclusive »⁶¹⁷ entendait ainsi être inculqué par des dispositions conventionnelles obligeant généralement les États-Unis à un paiement en nature des terres achetées : ainsi en 1833 le traité signé avec les Pawnee prévoit-il en son article 4 un paiement « en outils d'agriculture » ; en 1818, déjà, les chefs des Miami se voient reconnaître la possibilité de demander aux États-Unis de construire, sur des terres que les premiers choisiront, les bâtiments nécessaires à l'exploitation du sol ; en 1824 et 1851, les États-Unis s'engagent également à fournir aux Nations indiennes concernées les outils et moyens nécessaires à l'agriculture des terres, afin d'améliorer leurs « coutumes morales et sociales »⁶¹⁸. Les

⁶¹⁴ Voir sur ce point WALLACE, (A.F.C.), *Jefferson and the Indians...*, précité, pp.220-240.

⁶¹⁵ JEFFERSON, (T.), « Answer to de Meusnier Questions, 1786 », in FORD, (P.L.), *The Writings of Thomas Jefferson...*, précité, vol.4, p.166. : « It may be regarded as certain that not a foot of land will ever be taken from the Indians without their own consent. The sacredness of their rights is felt by all thinking persons in America, as much as in Europe ».

⁶¹⁶ Ainsi que l'a noté PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, p.10 : « It is easy to concentrate on the land cession provisions of the treaties and see the treaties simply as a means of territorial aggrandizement (...) and thus to miss the overwhelming obsession of the United States with changing the cultures of the Indians from communally to individually based systems of property ownership and from hunting or mixed economies to yeomanry ».

⁶¹⁷ « Knox to Washington, July 7, 1789 », A.S.P.I.A., vol.1, pp.53-54 et « Knox to Putnam, May 22, 1792 », A.S.P.I.A., vol.1, p.235.

⁶¹⁸ « Treaty with the Pawnee, Oct.9, 1833 », 7 Stat. 448, Article 4 : « The United States agree to pay to each of said four bands, for five years, the sum of five hundred dollars in agricultural implements; and to be continued longer if the President thinks proper ». « Treaty with the Miami, Oct.6, 1818 », 7 Stat. 189, Article 5 : « On consideration of the cession and recognition aforesaid, the United States agree to pay to the Miami Nation of Indians, a perpetual annuity of fifteen thousand dollars, which, together with all annuities which, by any former treaty, the United States have engaged to pay to the said Miami Nation of Indians, shall be paid in silver. The United States will cause to be built for the Miamis one gristmill and one saw-mill, at such proper sites as the chiefs of the Nation may select, and will provide and support one blacksmith and one gunsmith for them, and provide them with such implements of agriculture as the proper agent may think necessary » ; « Treaty with the Sauk and Foxes, Aug.4, 1824 », 7 Stat. 229, Article 4 : « The United States engage to provide and support a blacksmith for the Sock and Fox Nations, so long as the President of the United States may think proper, and to furnish the said Nations with such farming utensils and cattle, and to employ such persons to aid them in their agriculture, as the President may deem expedient » ; « Treaty of Fort Laramie with Sioux, etc., Sept.17, 1851 », 11 Stat. 749, Article 7 : « In consideration of the treaty stipulations, and for the damages which have or may occur by reason thereof to the Indian Nations, parties hereto, and for their maintenance and the improvement of their moral and social customs, the United States bind themselves to deliver to the said Indian Nations the sum of fifty thousand dollars per annum for the term of ten years, with the right to continue the same at the

exemples pourraient être multipliés : ils témoignent tous de ce que l’argument agriculturaliste n’est pas tant un argument destiné à justifier la prise de possession unilatérale des terres indiennes, car l’absence de culture du sol leur conférerait le caractère de *terra nullius*, qu’une obligation morale transcrite par les traités en droit positif. L’établissement d’un système de propriété privée basé sur l’agriculture est perçu comme un moyen de stabilisation des sociétés, et dès lors de pacifications des relations entre différentes Nations⁶¹⁹. Ainsi, si toute propriété est « fondée sur l’utilité », et découle du travail de l’homme sur l’espace ainsi approprié⁶²⁰, ce « principe abstrait » n’explique que le fondement des droits de propriété et de souveraineté *privés* », ainsi que le précisera Gallatin⁶²¹.

discretion of the President of the United States for a period not exceeding five years thereafter, in provisions, merchandise, domestic animals, and agricultural implements, in such proportions as may be deemed best adapted to their condition by the President of the United States, to be distributed in proportion to the population of the aforesaid Indian Nations ».

⁶¹⁹ Dans une perspective qui n’est pas si éloignée qu’elle semble l’être à première vue de la pratique internationale actuelle : l’Union Européenne en 2005 n’a-t-elle pas mis en place une « stratégie pour l’Afrique » dont l’un des objectifs est d’ « aider à l’augmentation de la compétitivité et de la productivité de l’agriculture africaine » ? Voir COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPENNES, « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen - La stratégie de l’UE pour l’Afrique - Vers un pacte euro-africain pour accélérer le développement de l’Afrique », 12 octobre 2005, Com(2005) 489 final, http://eur-lex.europa.eu-smartapi-cgi-sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=489 (consulté le 2 mai 2011).

⁶²⁰ Intervention de Mr Wilde, « Removal of the Indians, May 19, 1830 », *Reg.Deb. (House of Representatives), 21st Cong., 1st sess.*, p.1083 : l’opinion mérite d’être citée assez longuement tant elle est représentative de cet argument : « On what principle, then, could a people of savages exclude their civilized fellow-men from participation in a soil which they disdain to cultivate ? But of what avail are speculative doctrines on this subject ? The common consent of mankind has settled it. Recognised by every respectable writer on the law of Nations ; acted upon by every civilized state – to what practical result would a further inquiry lead ? Do we intend to be more wise, and just, and pious, than all the world besides ? Do we mean to be only theoretically so ? Is it proposed to practise on these dogmas ? Does the wildest enthusiast dream of re-ceding to the savages the whole extent of country, which we, or our ancestors, obtained from them, as it is alleged, by lawless violence or delusive bargains ? Are our thirteen millions of people to abandon their farms, their cities, their flourishing agriculture, their widely extended commerce, their cherished manufactures, their forts, their dockyard, their schools, their colleges, their temples, their homes and their alters to restore their native wilderness to cowering hordes of ignorant and brutal barbarians ? ».

⁶²¹ Cité par MACDONNEL, (J.), « Occupation and *Res Nullius* », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, vol.1, n°2 (1899), p.280 : « It may be admitted, as an abstract principle, that in the origin of society, first occupancy and cultivation were the foundations of the right of private property and private sovereignty » (c’est nous qui soulignons).

B. L'absence d'agriculture comme absence de titre territorial

Latent chez Jefferson, qui estime notamment que les peuples indiens « finiront par percevoir combien leurs vastes forêts leurs sont inutiles »⁶²², diffusé par des Pasteurs dont les discours sont prononcés dans les assemblées législatives des États membres⁶²³ ou par J.Sullivan, gouverneur du Massachusetts et auteur en 1801 d'une *History of Land Titles in Massachusetts* remarquée, dans laquelle il estime que « la propriété des autochtones, si tant est qu'on puisse ainsi la dénommer, ressemble à celle qui est parfois revendiquée sur une partie des océans »⁶²⁴, l'argument de la culture du sol est très fréquent dès le début de l'histoire des États-Unis puis tout au long du XIXe siècle. Quoiqu'encore jugée « ridicule » dans les années 1810⁶²⁵, la possibilité pratique d'invoquer l'absence d'agriculture sur les terres indiennes pour qualifier ces dernières de *terrae nullius* et en prendre unilatéralement possession change de statut au cours des années 1820 : l'argument est considéré par le Président Monroe comme « nouveau » mais « digne d'attention »⁶²⁶. Quant à J.Q.Adams il juge que le

⁶²² Cité par BANNER, (S.), *How the Indians...*, précité, p.159.

⁶²³ L'influence des *preachers* sur la diffusion de la pensée lockéenne aux États-Unis a été remarquée par ARNEIL, (B.), *John Locke and America. The Defence of English Colonialism*, Oxford, Oxford UP 1996, pp.171-176. Voir notamment, parmi les autres exemples cités par B. Arneil, ce sermon du Pasteur Stiles prêché au gouverneur et à l'assemblée législative du Connecticut en 1783 : STILES, (E.), *The United States elevated to Glory and Honour : a Sermon preached before Jonathan Trumbull, Governor of Connecticut and the General Assembly of Connecticut, 8 May 1783*, New-Haven, Thomas & Samuel Green 1783, cité par B.Arneil p.175 : « Industry is necessary towards giving value to land...the publick [sic] weal requires [its] encouragement...A very inconsiderable value arose from the spare, thin settlement of the American aborigines...the protestant Europeans have generally bought the native right of soil, as far as they have settled, and paid value tenfold ; and are daily increasing the value of the remaining Indian territory a thousand fold : and in this manner we are a constant increasing revenue to the Sachems and original Lords of the Soil (...). Heaven hath provided this country, not indeed derelict but only partially settled, and consequently open, for the reception of a new enlargement of Japhet ; America is settling from Europe ».

⁶²⁴ SULLIVAN, (J.), *The History of Land Titles in Massachusetts*, Boston, I.Thomas and E.T.Andrews 1801, p.24. L'influence de l'ouvrage est remarquée par BANNER, (S.), *How the Indians...*, précité, pp.151-160.

⁶²⁵ ADAMS, (C.F.), (ed.), *Memoirs of John Quincy Adams...*, précité, vol.3, pp.41-42 : à propos de l'argument agriculturaliste, Adams écrit en effet que « Gallatin saw and admitted the weight of the argument, but was afraid of ridicule. Bayard, too, since he has been reading Vattel, agreed in the argument, and was willing to say it was a duty. But the terms God, and Providence, and Heaven, Mr. Clay thought were canting, and Russell laughed at them. I was obliged to give them up, and with them what I thought the best argument we had ».

⁶²⁶ Voir la réponse de Monroe à la proposition de Jackson allant dans le sens d'une privation unilatérale des terres indiennes au motif de leur absence de culture du sol : « The view which you have taken of the Indian title to lands is new but very deserving of attention. It has been customary to purchase the title of the Indian tribes ». Monroe reconnaît ensuite que cette coutume méritait d'être repensée « in light of

« meilleur argument » que puissent avancer les États-Unis pour prendre unilatéralement possession des terres indiennes, c'est celui de l'absence de culture du sol par les peuples autochtones⁶²⁷. « Il ne fait aucun doute », lit-on aussi en 1830 dans la *North American Review*, « que le Créateur avait pour intention que la terre soit soustraite à l'état de nature par l'agriculture »⁶²⁸.

A partir de cette date en effet, un certain nombre de grandes tribus indiennes du Sud des États-Unis – au premier rang desquelles la Nation Cherokee⁶²⁹ – annoncent qu'elles refuseront à l'avenir de céder conventionnellement leurs terres aussi facilement qu'elles l'avaient fait par le passé⁶³⁰. L'argument agriculturaliste apparaît alors comme le plus à même de contourner cette revendication à la souveraineté, puisqu'il permet de considérer l'occupation *de facto* d'une terre comme étant insusceptible de créer un titre juridique à celle-ci⁶³¹. L'argument devient ainsi central dans le discours juridique des États du Sud sur le territoire desquels vivent alors les Nations indiennes susmentionnées : le gouverneur de Géorgie G.C. Gilmer estime par exemple que les traités passés avec ces dernières ne sont que des « expédients » par lesquels un peuple « ignorant, intractable et sauvage » transfère aux peuples civilisés ce à quoi ces derniers ont pourtant droit « en vertu de ce commandement du Créateur » d'après lequel les

what he saw as the Indians' misguided determination to retain their land and their traditional ways of life » : cité par BANNER, (S.), *How the Indians...*, précité, p.204

⁶²⁷ ADAMS, (C.F.), (ed.), *Memoirs of John Quincy Adams...*, précité, vol.3, pp.41-42 : « I had taken the ground of the moral and religious duty of a Nation to settle, cultivate, and improve their territory — a principle perfectly recognized by the laws of Nations (...) ».

⁶²⁸ « Removal of the Indians », *North American Review*, vol.30 (1830), p.77.

⁶²⁹ Voir GUTTMANN, (A.), *States' Rights and Indian Removal : The Cherokee Nation v. Georgia*, Boston, D.C.Heath 1965, 108 p.

⁶³⁰ Voir PHILLIPS, (U.B.), « Georgia and State Rights », *Annual Report of the American Historical Association*, vol.2 (1901), p.11, cité par WEINBERG, (A.K.), « The Destined Use of the Soil », précité, p.71 : « But after 1821, certain large Indian tribes of the South, having decided that their concessions had already exceeded reason, announced that they would cede no more land ».

⁶³¹ Voir en ce sens JACKSON, (H.), *A Century of Dishonor. A Sketch of the United States Government dealings with some of the Indian Tribes*, Boston, Robert Brothers 1889, pp.271-272: « What had so changed the attitude of Georgia to the Indians within her borders ? Simply the fact that the Indians, finding themselves hemmed in on all sides by fast thickening white settlements, *had taken a firm stand that they would give up no more land*. So long as they would cede and cede, and grant and grant tract after tract, and had millions of acres still left to cede and grant, the selfishness of white men took no alarm but once consolidated into an empire, with fixed and inalienable boundaries, powerful, recognized, and determined, the Cherokee Nation would be a thorn in the flesh to her white neighbors. *The doom of the Cherokees was sealed on the day when they declared, once for all, officially as a Nation, that they would not sell another foot of land* » (c'est nous qui soulignons).

hommes doivent « être féconds, multiplier, emplir et soumettre la terre »⁶³². Dans le même sens, dès avant son élection à la Présidence des États-Unis, Jackson estimait déjà que les traités conclus avec les Indiens étaient une « absurdité » puisque ces derniers utilisaient leurs terres « pour chasser », les États-Unis pouvant, dès lors, en disposer librement⁶³³. « La richesse et la force d’un pays résident dans sa population » affirmera le désormais Président des États-Unis dans son quatrième message annuel au Congrès, prononcé le 4 décembre 1832, « et la meilleure part de sa population est celle qui cultive la terre. Les fermiers indépendants sont partout au fondement de la société, et sont les vrais amis de la liberté »⁶³⁴.

L’absence de culture de la terre justifie ainsi par elle-même l’absence d’occupation *légale* de celle-ci, et la prise de possession unilatérale au motif du droit « naturel et juste » que possèdent les « Nations civilisées et agricultrices » de s’étendre sur des terres utilisées seulement « pour la chasse ». Un rapport de la Chambre des Représentants, daté de la même période, estime tout également que les revendications des États-Unis au territoire sont « supérieures » parce qu’elles sont celles de communautés « civilisées » face à des « tribus sauvages »⁶³⁵. Les débats sur la question redeviennent vifs à la fin des années 1860 et on peut entendre à nouveau le sénateur Yates affirmer que « l’Indien n’a aucun titre », qu’il n’a « jamais eu la propriété de la moindre parcelle de terre », en raison de sa qualité de « sauvage errant » qui le prive

⁶³² Cité par PRUCHA, (F.P.), *Great Father : the United States Government and the American Indians*, Lincoln, London, University of Nebraska Press 1984, vol.1, p.196, note 8 : « Treaties were expedients by which ignorant, intractable, and savage people were induced without bloodshed to yield up what civilized peoples had a right to possess by virtue of that command of the Creator delivered to man upon his formation – be fruitful, multiply, and replenish the earth, and subdue it ».

⁶³³ « Jackson to Monroe, March 4, 1817 » in BASSETT, (J.S.), (ed.), *Correspondence of Andrew Jackson*, Washington DC, Carnegie Institution, 1926-1935, vol.2, pp.279-281.

⁶³⁴ JACKSON, (A.), « Fourth annual message, Dec.4, 1832 », in WOOLLEY, (T.) ; PETERS, (G.), (ed.), *The American Presidency...*, précité, disponible à l’adresse : <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29474> (visitée le 2 mai 2011) : « The wealth and strength of a country are its population, and the best part of that population are cultivators of the soil. Independent farmers are every where the basis of society and true friends of liberty ». Voir aussi, sur ce point MARIENSTRAS, (E.), « La propriété à l’américaine », in *Nous, le Peuple...*, précité, pp.202-206.

⁶³⁵ U.S. *Serial Set*, 21st. Cong., 1st Sess., *House Report* n°337, p.7 : le rapport évoque « the natural superiority allowed to the claims of civilized communities over those of savage tribes ». Voir aussi ce rapport, daté du 24 février 1830 et adressé au Congrès, d’après lequel l’argument agriculturaliste est contre-balance par un argument « naturaliste » d’après lequel, si l’absence d’agriculture justifie la prise de possession des terres concernées, elle ne doit pas priver les tribus concernées de toutes terres : cité par SNOW, (A.H.), *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, New York, London, G.P. Putnam’s Sons 1921, p.120.

jusqu'à la compréhension même du concept de titre à la propriété⁶³⁶. Abbot, membre de l'Académie Nationale des Sciences et pourtant « ami des Indiens »⁶³⁷, a bien résumé à la fin du XIXe siècle cette idée selon laquelle l'occupation *de facto* d'une terre ne confère pas de titre à celle-ci. Selon Abbott en effet, si les Indiens ne jouissent sur leurs terres d'aucun titre, c'est parce qu'un peuple « n'occupe pas une terre » du point de vue du droit « s'il ne fait qu'y errer » ; or, tel serait le cas des Indiens qui, dès lors « n'occupent guère plus leurs terres que les bisons ou les buffles qu'ils chassent »⁶³⁸.

L'argument cependant n'aura guère de traductions juridiques dans la pratique : certes, l'adoption par la Géorgie, en décembre 1827, d'une loi étendant le champ d'application territoriale de sa législation sur les terres indiennes⁶³⁹, définit les Indiens comme de simples « tenants at will » - c'est-à-dire comme étant dépourvus de tout droit de propriété à leurs terres⁶⁴⁰. Plus largement, l'examen des débats au Congrès des États-Unis démontre aussi que l'argument figure en bonne place parmi ceux avancés pour soutenir le *Indian Removal Act* – cette loi fédérale adoptée le 26 mai 1830 qui autorise le Président à échanger certains territoires fédéraux avec les Nations indiennes situées sur le territoire de certains États⁶⁴¹ : selon Lumpkin par exemple, il ressort de l'étude des

⁶³⁶ « On the Indian Appropriation Bill, Apr.1, 1869 », *Cong. Globe*, 41st Cong., 1st Sess., p.421 : « The Indian had no title. He was a savage : he was a heather ; and we never should have negotiated with him (...). They never owned a foot of land. They were roving savages. They never owned and could not own land. They could not understand the title to land ».

⁶³⁷ Le terme de « friend of the Indians » est celui par lequel s'auto-désignait un groupe de penseurs et hommes politiques favorables à l'adoption du *General Allotment Act* de 1887, par lequel le Congrès démembra les réserves indiennes en parcelles sur lesquelles les membres des Nations indiennes pouvaient alors obtenir un titre de propriété privée : voir PRUCHA, (F.P.), (ed.), *Americanizing the American Indians : Writings by the "Friends of the Indians"*, 1800-1900, University of Nebraska Press 1978, p.30.

⁶³⁸ ABBOTT, (L.), « Criticism of the Reservation System », *in id.*, pp.33-34 : « the Indians did not occupy this land. A people do not occupy a country simply because they roam over it. The Indians can scarcely be said to have occupied this country more than the bisons and the buffalo they hunted ».

⁶³⁹ « Report of the joint committee on the State of the Republic, to whom was referred so much of the late Governor's communication, as regards the acquisition of the Georgia lands, at present in the occupancy of the Cherokee Indians, and the absolute and jurisdictional right of the State to the same », *in Acts passed by the General Assembly of Georgia passed in Milledgeville at an annual session in novembre and december 1827*, Milledgeville, Camak & Ragland 1827, pp.236-250. Le texte de la loi figure aux pp.249-250.

⁶⁴⁰ Voir aussi, pour un commentaire des liens entre cette loi et l'argument agriculturaliste, WILLIAMS, (R.A. Jr.), « Documents of Barbarism : the Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law », *Ariz. L. Rev.*, vol.31, n°2 (1989), not.242-247. Williams remarque notamment p.243 que « the Georgians consistently stressed that tribalism's claims to sovereignty and ownership over lands coveted by a civilized community of cultivators were inconsistent with natural law ».

⁶⁴¹ « 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, May 28, 1830 », *4 Stat.* 411-412, Section

« plus importants auteurs du droit naturel » que les tribus indiennes ne peuvent revendiquer « des terres qu’elles n’ont fait que voir depuis les montagnes, ou traverser en chassant, et sur lesquelles elles errent sans les cultiver » ; elles doivent ce faisant « laisser la place aux agriculteurs »⁶⁴². Mais le même *Removal Act* disposait expressément que les Nations indiennes concernées par cette « délocalisation » ne pouvaient être délocalisées qu’à la condition de l’accepter par traité⁶⁴³.

*

* * *

1 : « Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America, in Congress assembled, That it shall and may be lawful for the President of the United States to cause so much of any territory belonging to the United States, west of the river Mississippi, not included in any state or organized territory, and to which the Indian title has been extinguished, as he may judge necessary, to be divided into a suitable number of districts, for the reception of such tribes or Nations of Indians as may choose to exchange the lands where they now reside, and remove there; and to cause each of said districts to be so described by natural or artificial marks, as to be easily distinguished from every other ».

⁶⁴² Intervention de Mr Lumpkin, « On the Removal of the Indians, May 17, 1830 », *Reg. Deb. (House of Representatives)*, 21st Cong., 1st Sess., p.1024 : « Having said so much in regard to the President’s message, I will return to the elementary writers upon natural law (...). I merely refer to them for the purpose of saying, I think a fair, practical comment upon those law, so far as they relate to the subject under consideration, may be found in the history of the colonial, State, and General Governments of this country. If this proposition be admitted, it is visionary to suppose that Indian claims can be sustained to large tracts of country in which *they have neither dwelt nor made improvements, merely because they have seen them from the mountains, or passed them in chase* (...). The rigor of the rule for *excluding savages from the soil, to make room for agriculturalists*, has been mitigated, the earth being intended for the benefit of all mankind » (c'est nous qui soulignons).

⁶⁴³ BANNER, (S.), *How the Indians...*, précité, p.201 : le Pr. Banner rappelle que deux débats ont, sur la question des terres indiennes, animé les années 1830 aux États-Unis : le premier était un débat légal, posant la question du droit pour le gouvernement de *forcer* les Indiens à quitter leurs terres ; le second concernait la « sagesse » [wisdom] d'une éventuelle politique de *removal*. Or, comme l'ajoute l'auteur, les Indiens remportèrent le premier débat : l'*Indian Removal Act*, adopté en 1830, précise en effet que les Indiens ne peuvent être déplacés qu'avec leur accord : 4 Stat. 412 : « Be it enacted that it shall and may be lawful for the President of the United States to cause so much of any territory belonging to the United States, west of the river Mississippi, not included in any state or organized territory, and to which the Indian title had been extinguished, as he may judge necessary, to be divided into a suitable number of districts, for the reception of such tribes or Nations of Indians *as may choose to exchange the lands where they now reside, and remove there* » (c'est nous qui soulignons).

Dans l'édition de 1828 de ses *Commentaries on American Law*, le constitutionnaliste américain Kent écrit que l'obligation d'acheter les terres occupées par les Nations indiennes est « discutable » car, faute de cultiver le sol concerné, ces dernières ne sauraient y revendiquer quelque titre que ce soit⁶⁴⁴. L'affirmation témoigne d'une confrontation philosophique, latente tout au long du XIXe siècle dès lors que se pose la question du droit des Nations indiennes à la libre possession de leurs terres, entre deux conceptions du rapport que peut entretenir un peuple à la terre qu'il occupe. Si elle n'a pas trouvé dans la pratique des États-Unis de traduction véritablement convaincante, ainsi qu'en témoigne le recours récurrent aux traités jusqu'en 1871, elle a très largement participé, à côté d'autres critères, à une représentation de ces Nations comme Nations « non-civilisées », caractéristique plus générale qui, elle, justifiera souvent que les entités politiques formées par les Indiens soient écartées du rang des titulaires possibles d'un titre, faute de constituer un État⁶⁴⁵. Il reste qu'il est frappant de constater que l'argument de l'absence de culture des terres est fréquemment invoqué en doctrine pour refuser aux Nations indiennes tout titre à leurs terres – sans que cette même doctrine ne constate que les États-Unis revendiquaient pour eux-mêmes des terres qu'ils ne cultivaient pas plus⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ KENT, (J.), *Commentaries on American Law*, New York, O.Halsted 1828, vol.3, p.312 : « Erratic tribes of savage hunters and fishermen, who have no fixed abode, or sense of property, and are engaged constantly in the chase or in war, have no sound or exclusive title either to an indefinite extent of country, or to seas and lakes, merely because they are accustomed, in search of prey, to roam over the one, or to coast the shores of the other. Vattel had just notions of the value of these aboriginal rights of savages, and of the true principles of natural law in relation to them. He observed, that the cultivation of the soil was an obligation imposed by nature upon mankind, and that the human race could not well subsist, or greatly multiply, if rude tribes, which had not advances from the hunter state, were entitled to claim and retain all the boundless forests through which they might wander. If such people will usurp more territory than they can subdue and cultivate, they have no right to complain, if a Nation of cultivators puts in a claim for a part ». Il est intéressant de noter que l'édition de 1836, qui prend en compte les arrêts *Cherokee Nation* et *Worcester v. Georgia* de la Cour Suprême, est nettement moins affirmatif en ce sens : voir, dans l'édition de 1836, les pp.382-387.

⁶⁴⁵ Cf. *supra*, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §2.

⁶⁴⁶ Voir la « carte de l'évolution des établissements de population américaine sur le continent entre 1775 et 1900 », reproduite en Annexe, montrant qu'une très grande partie des « terres de l'Ouest » n'étaient pas habitées à la fin du XIXe siècle.

Section 2 – L'occupation militaire sans subjugation : le « mythe de la conquête »

A cette construction idéologique de l'occupation pacifique, s'ajoute une construction « mythologique » de l'occupation militaire, lorsque celle-ci conduit à la subjugation du peuple concerné.

Fréquemment invoqué dans la période préfédérale⁶⁴⁷, le titre territorial découlant de l'occupation non-consentie du territoire d'un État existant constitue le fondement récurrent de la revendication américaine sur les terres indiennes : avancé notamment par la Cour Suprême dans l'arrêt *McIntosh* au profit des États-Unis – Marshall y affirme que la « conquête » des autochtones « confère un titre au conquérant que les cours de justice ne peuvent remettre en cause »⁶⁴⁸ - l'argument de la conquête est repris dans l'affaire *Caldwell v. Alabama*, jugée par la Cour Suprême de l'Alabama en 1832, selon laquelle « tous les traités conclus avec les Indiens sont le résultat d'une conquête »⁶⁴⁹ ; en 1901, le point a rarement été soulevé, le titre par conquête est présenté comme le principal titre américain sur les terres indiennes, puisqu'il sert à introduire le recueil des *Indian Lands*

⁶⁴⁷ Voir par exemple cette affirmation, en 1784, des négociateurs fédéraux à Fort Stanwix, en vue de la conclusion d'un traité avec les Sioux : « the King of Great Britain ceded to the United States the whole, [and] by the right of conquest they might claim the whole » ; voir encore, en 1785, cette affirmation similaire : « We claim the country by conquest ». Cités par PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties...*, précité, pp.46-47.

⁶⁴⁸ *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 588 : « Conquest gives a title which the courts of the conqueror cannot deny, whatever the private and speculative opinions of individuals may be, respecting the original justice of the claim which has been successfully asserted. The British government, which was then our government and whose rights have passed to the United States, asserted title to all the lands occupied by Indians within the chartered limits of the British colonies. It asserted also a limited sovereignty over them and the exclusive right of extinguishing the title which occupancy gave to them ». On notera que la description que fait la Cour du système anglais est simplifiée au point d'être fausse : McNEIL, (K.), *Common Law Aboriginal...*, précité, not. pp.227-230.

⁶⁴⁹ *Caldwell v. Alabama* (1832), 1 Stew. & P. 327 : voir notamment ce passage, déjà cité : « Europeans found the territory in possession of a rude and uncivilized people, consisting of separate and independent Nations. They had no idea of property in the soil, but a right of occupation. A right, not individual, but national. This is the right gained by conquest. The Europeans always claimed and exercised the right of conquest over the soil. They allowed the former occupants a part, and took to themselves what was not wanted by the natives. Even Penn claimed under the right of conquest. He took under a charter from the King of England, whose right was the right of conquest. All the treaties with the Indians were the effects of conquest. All the extensive grants have been forced from them by successful war ».

Cessions publié par le Congrès⁶⁵⁰. La revendication des États-Unis à la souveraineté territoriale par conquête des terres indiennes sera, surtout, validée par la Cour Suprême en 1955, qui jugera dans son arrêt *Tee-Hit-Tons*, sur la base de l'arrêt *McIntosh* et des *Elements of International Law* de Wheaton, que les Indiens ont été, durant la période qui nous intéresse, privés de leurs droits souverains du fait de leur « conquête »⁶⁵¹.

Qu'il soit fait recours à la conquête comme fondement du titre territorial n'a pas, en soi, de quoi surprendre : le droit du vainqueur d'un conflit militaire à la souveraineté sur le territoire qu'il a occupé pendant la guerre, et sur les habitants de ce dernier⁶⁵², est un titre que le droit international classique admet – la doctrine internationaliste américaine⁶⁵³, de même que la Cour Suprême⁶⁵⁴, l'ont expressément affirmé – et que les États-Unis ont également invoqué concernant d'autres territoires que ceux des Nations indiennes. La conquête en effet fonde les revendications sur le territoire occupé par les États-Unis lors de la guerre de 1898 avec l'Espagne, qui se conclut par la signature d'un traité transférant aux premiers les îles de Cuba, de Puerto Rico, et des Philippines⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ THOMAS, (C.), « Introduction » in ROYCE, (C.C.), « Indian Land Cessions in the United States », *U.S. Serial Set* n°4015, pp.527-643. Le rapport peut être consulté en ligne à l'adresse : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k276283.image> (consultée le 2 mai 2011).

⁶⁵¹ *Tee-Hit-Tons Indians v. United States* (1955), 348 U.S. 272, 279 : « The nature of aboriginal Indian interest in land and the various rights as between the Indians and the United States dependent on such interest are far from novel as concerns our Indian inhabitants. It is well settled that, in all the States of the Union, the tribes who inhabited the lands of the States held claim to such lands after the coming of the white man, under what is sometimes termed original Indian title or permission from the whites to occupy. That description means mere possession not specifically recognized as ownership by Congress. After conquest, they were permitted to occupy portions of territory over which they had previously exercised "sovereignty," as we use that term. This is not a property right, but amounts to a right of occupancy which the sovereign grants and protects against intrusion by third parties, but which right of occupancy may be terminated and such lands fully disposed of by the sovereign itself without any legally enforceable obligation to compensate the Indians. This position of the Indian has long been rationalized by the legal theory that discovery and conquest gave the conquerors sovereignty over and ownership of the lands thus obtained. 1 Wheaton's International Law, c. V. The great case of @ 21 U.S. 587 ».

⁶⁵² Selon la définition admise de la conquête : voir KORMAN, (S.), *The Right of Conquest. The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Clarendon Press 1996, p.8 : « The right of conquest may be defined as the right of the victor, in virtue of military victory or conquest, to sovereignty over the conquered territory and its inhabitants ».

⁶⁵³ *Eléments (fr)...*, II, IV, §5, p.159 : « Le titre de presque toutes les Nations européennes aux territoires possédés par elles en Europe sont tirés, dans l'origine, des conquêtes ».

⁶⁵⁴ *American Insurance Co. v. Canter* (1828), 26 U.S. 511.

⁶⁵⁵ « Treaty of peace between the United States and Spain, Dec.10, 1898 », in MALLOY, (W.M.), *Treaties, Conventions...*, précité, vol.2, p.1691, article I : « Spain relinquishes all claim of sovereignty over and title to Cuba. And as the island is, upon its evacuation by Spain, to be occupied by the United States, the United States will, so long as such occupation shall last, assume and discharge the obligations that may under international law result from the fact of its occupation, for the protection of life and property » ; Article II : « Spain cedes to the United States the island of Porto Rico and other islands now under Spanish sovereignty in the West Indies, and the island of Guam in the Marianas or Ladrons. » ; Article III. : « Spain cedes to the United States the archipelago known as the Philippine Islands, and comprehending the islands lying within the following line ».

Enfin le titre par conquête a également été avancé par le Comité pour la Reconstruction chargé, après la guerre de Sécession, d'envisager les conséquences juridiques du conflit, et qui proposa que les États ayant fait sécession soient légalement considérés comme des « provinces conquises »⁶⁵⁶.

Si ces autres exemples de recours à la conquête sont intéressants, c'est qu'ils permettent d'analyser les conditions considérées par la doctrine et la pratique américaines comme nécessaires pour que la subjugation d'un peuple confère au vainqueur un titre territorial – et de mettre en avant, également, la question de la légitimité d'un tel titre (§1) ; or, ce n'est qu'au prix du non-respect de ces conditions que les terres indiennes ont pu être considérées comme « conquises » : là où l'occupation pacifique, comme nous l'avons vu, ou la découverte, comme nous le verrons⁶⁵⁷, font l'objet de la part des États-Unis d'une *reconstruction*, grâce à laquelle la revendication par les États-Unis d'un titre territorial sur les terres indiennes se trouve justifiée, la revendication territoriale fondée sur la conquête fait, elle, l'objet d'une *application erronée*, qualifiant de « conquête » des faits qui n'entrent pas dans cette catégorie juridique : là réside l'origine du « mythe » de la conquête⁶⁵⁸ (§2).

S1 –Conditions de validité et légitimité du titre par conquête

La doctrine américaine, ainsi que la jurisprudence de la Cour Suprême, ne laissent guère de doute quant aux conditions de formation d'un titre sur le territoire d'un État existant, en dehors des cas de cession volontaire. Suivant la doctrine internationaliste déjà établie avant le XIXe siècle, et la pratique des Nations européennes⁶⁵⁹, la Cour juge dès 1828 qu' « en vertu d'un usage international, un territoire est considéré comme militairement occupé tant que la Nation n'a pas été complètement subjuguée, et que son destin n'a pas été réglé par *un traité de paix*. S'il est cédé par traité, l'acquisition est confirmée, et le territoire cédé relève alors de la Nation

⁶⁵⁶ *Report of the joint committee on Reconstruction, June 20, 1866, at the First Session Thirtyninth Congress*, Washington, Government Printing Office 1866, p.xi.

⁶⁵⁷ Cf. *infra*, Chapitre 2.

⁶⁵⁸ BERMAN, (H.R.), « The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States », *Buff. L. Rev.* n°27, n°4 (1977), p.647.

⁶⁵⁹ Voir en ce sens les nombreux exemples cités par DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, pp.329-330, note 1329 sq.

à laquelle il est annexé, soit en fonction des conditions prévues par le traité, soit en vertu de celles que le nouveau maître imposera »⁶⁶⁰. Le respect de ces conditions juridiques (A), ne doit toutefois pas faire oublier un argument fréquemment rappelé, quoiqu'il n'ait jamais été traduit en droit positif : celui de l'illégitimité du titre par conquête (B).

A. *Occupation militaire du territoire concerné*

Selon la doctrine et la pratique des États, bien établies sur ce point – le Pr. Distefano juge ainsi qu'il n'y a « pas de discussion possible »⁶⁶¹ quant aux éléments nécessaires pour qu'une conquête puisse constituer un titre territorial – la première condition qu'une occupation contestée doit remplir pour « faire titre » est celle de l'occupation militaire d'un territoire *étranger* (1). Le peuple occupé ne doit pas, en outre, consentir à cette occupation (2)

1. *Caractère étranger du territoire occupé*

Dans l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental*, la CPJI a eu l'occasion de rappeler que la conquête ne constitue un titre territorial valable que dans la mesure où elle découle d'une guerre *entre deux États*. C'est pourquoi dans son jugement la Cour internationale a refusé de reconnaître comme valable un titre par conquête revendiqué par une population autochtone, au motif que cette dernière ne figurait pas parmi les sujets du droit international⁶⁶². L'étude de la question aux États-

⁶⁶⁰ *American Insurance & Co. v. Canter* (1828), 26 U.S. 511 : « The usage of the world is, if a Nation be not entirely subdued, to consider the holding of conquered territory as a mere military occupation until its fate shall be determined at the treaty of peace. If it be ceded by treaty, the acquisition is confirmed, and the ceded territory becomes a part of the Nation to which it is annexed, either on the terms stipulated in the treaty of cession or on such as its new master shall impose » (c'est nous qui soulignons). Pour une opinion doctrinale américaine dans le même sens voir HALLECK, (H.W.), *International Law...*, précité, p.810 : « ...the conqueror's title to immovable property taken from the enemy, may be completed in various ways, as, by a treaty of peace or of cession, by entire subjugation and the incorporation with the conquering state, by civil revolution and the consent of the inhabitants, or by the mere lapse of time and inability of the former sovereignty to recover its lost possessions ».

⁶⁶¹ DISTEFANO, (G.), *L'ordre international...*, précité, p.329.

⁶⁶² C.P.J.I., *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt du 5 avril 1933, série A/B, n°53, Rec. p.47 : « la conquête n'agit comme une cause provoquant la perte de la souveraineté que lorsqu'il y a une guerre entre deux États et que, à la suite de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté passe de l'État vaincu à l'État victorieux. Le principe ne s'applique pas dans le cas où une colonie a été établie dans un pays éloigné et où ses habitants sont massacrés par la population aborigène » (c'est nous qui soulignons).

Unis permet d’étendre cette conclusion : un État ne peut prétendre conquérir une partie de sa propre population.

Ce sont, d’abord, les guerres d’Indépendance et de Sécession qui soulèvent la question : la première peut-elle être entendue comme une conquête du territoire anglais par les colons, alors même que ceux-ci ne forment pas, au début de la guerre d’Indépendance, une entité sujet du droit des gens ? La seconde se pose dans les mêmes termes mais, étant donné son issue, elle interroge également la possibilité pour le gouvernement fédéral de considérer comme conquis le territoire des États Confédérés d’Amérique – qui formait auparavant une partie du territoire des États-Unis.

Les réponses à ces questions sont claires : parmi les conditions de la conquête, figure celle de la nature « étrangère » du territoire concerné. Les États-Unis, pendant la guerre de Sécession, ont ainsi appliqué le droit des conflits armés aux relations entre le gouvernement fédéral et les États Confédérés, reconnaissant par là même que le territoire du premier était militairement occupé par les seconds : les deux territoires sont alors considérés comme « des territoires ennemis », dont les habitants, tant qu’ils y demeurent, sont « ennemis » les uns pour l’autres, si bien que « dans l’intérêt de l’humanité et pour éviter les cruautés des représailles et de la vengeance », les droits que « le droit des gens reconnaît aux armées en guerre de gouvernements indépendants » ont été reconnus à l’armée des États Confédérés », ce qui place les deux gouvernements « sur un pied d’égalité », sans que rien ne les distingue ainsi de deux gouvernements « engagés dans une guerre légale »⁶⁶³. Une telle situation peut aboutir, si l’entreprise de sécession est menée à bien, à une conquête du territoire concerné : c’est une

⁶⁶³ *Ford v. Surget* (1878), 97 U.S. 594, 604-605 : « The district of country declared by the constituted authorities, during the late civil war, to be in insurrection against the government of the United States, was *enemy territory*, and all the people residing within such district were, according to public law, and for all purposes connected with the prosecution of the war, liable to be treated by the United States, pending the war and while they remained within the lines of the insurrection, as *enemies* without reference to their personal sentiments and dispositions. 2. There was no legislation of the Confederate Congress which this Court can recognize as having any validity against the United States or against any of its citizens who, pending the war, resided outside of the declared limits of the insurrectionary districts. 3. The Confederate government is to be regarded by the courts as simply the military representative of the insurrection against the authority of the United States. 4. To the Confederate army was, however, conceded, in the interest of humanity and to prevent the cruelties of reprisals and retaliation, such belligerent rights as belonged under the laws of Nations to the armies of independent governments engaged in war against each other - that concession placing the soldiers and officers of the rebel army, as to all matters directly connected with the mode of prosecuting the war, "on the footing of those engaged in lawful war," and exempting "them from liability for acts of legitimate warfare" » (c'est nous qui soulignons).

interprétation fréquente dans la littérature juridique américaine que le traité de Paris de 1783, qui clôt la guerre d'indépendance entre les colonies britanniques et l'Angleterre, constitue l'élément légal d'un titre par conquête dont l'occupation militaire du territoire anglais par les colons, proclamés « indépendants », constitue pour sa part l'élément factuel⁶⁶⁴.

Si la population d'un État peut ainsi conquérir une partie du territoire de celui-ci dès lors qu'elle parvient à en assurer un contrôle effectif, l'État dont la population est en rébellion ne peut, à l'inverse, prétendre conquérir son propre territoire s'il parvient à mettre fin à cette tentative de sécession : le territoire concerné ne pourra pas être considéré comme étranger, l'État d'origine ne faisant que recouvrer l'occupation non-contestée de son territoire d'origine. Avancée après la défaite des États Confédérés, lorsque s'est posée la question du statut juridique des États sécessionnistes, l'hypothèse de les considérer comme des « provinces conquises », suggérée notamment par Thaddeus Stevens⁶⁶⁵ et par le Comité sur la Reconstruction⁶⁶⁶, reprise aussi par le

⁶⁶⁴ BANNER, (S.), *How the Indians...*, précité, p.122 : « And as the eventual outcome of the war became clearer, Americans began to think of *all* the Indians' land as conquered territory, not just the areas that had been scenes of fighting (...). This climate of thought meant that the 1783 Treaty of Paris, the document bringing the Revolution to a formal close, was generally understood by American officials to strip the Indians of all property rights in their land, even though the treaty did not say a word about the Indians or their land ». Voir aussi, cité par l'auteur, cette affirmation de la délégation de Pennsylvanie au Congrès Continental : « [the Indians lands] now belongs to the United States] who claim it by Conquest » : BURNETT, (E.C.), (ed.), *Letters of Members of the Continental Congress*, Washington, Carnegie Institution 1921 – 1933, vol.7, p.308.

⁶⁶⁵ Voir : TREFOUSSE, (H.L.), *Thaddeus Stevens. Nineteenth-Century Egalitarian*, Chapel Hill, North Carolina UP 1997, p.138 : « Convinced that only Congress had the right to deal with the defeated states and that only the laws of war as expounded by Emereich de Vattel, and not the Constitution, governed their treatment, [Stevens] never lost an opportunity to voice his beliefs (...). Insisting, as he did, upon the idea that the seceded states were no longer in the Union and were liable to be treated as conquered provinces, he could not countenance the admission of any representatives from these commonwealths, even if they had been seated in the previous Congress, as the Louisiane delegated had ».

⁶⁶⁶ *Report of the joint committee on Reconstruction, June 20, 1866, at the First Session Thirtyninth Congress*, Washington, Government Printing Office 1866, p.xi : « It cannot, we think, be denied by any one, having tolerable acquaintance with public law, that the war thus waged was a civil war of the greatest magnitude. The people waging it were necessarily subject to all the rule which, by the law of Nations, control a contest of that character, and to all the legitimate consequences following it. One of those consequences was that, within the limits prescribed by humanity, the conquered rebels were at the mercy of the conquerors. That a government thus outraged had a most perfect right to exact indemnity for the injuries done, and security against the recurrence of such outrages in the future, would seem too clear for dispute ». Voir aussi p.xix : « We now propose to restate as briefly as possible the several facts and principles applicable to all the States recently in rebellion (...). Second-The States thus confederated prosecuted their war against the United States to final arbitrament, and did not cease until all their armies were captured, their military power destroyed, their civil officers, State and Confederate, taken prisoners or put to flight, every vestige of State and Confederate Government obliterated, their territory overrun and occupied by the Federal armies, and their people reduced to the condition of enemies conquered in

Congrès des États Confédérés⁶⁶⁷, ne peut être qu'« illogique », à moins de considérer que le territoire des États en rébellion demeure « étranger » après que la tentative de sécession a échoué⁶⁶⁸ - une hypothèse qu'en l'espèce la Cour Suprême ne suivra pas, jugeant que les États sécessionnistes n'ont légalement jamais cessé d'être des États de l'Union⁶⁶⁹.

2. *Caractère non-consenté de l'occupation*

Le second critère relatif à l'occupation militaire, c'est celui du caractère non-consenté de l'occupation : comme l'a rappelé la Cour Suprême dans l'arrêt *Johnson v. McIntosh*., « le titre par conquête est acquis et maintenu par la force »⁶⁷⁰. Si la conquête n'exige pas nécessairement une guerre au sens technique du terme, il semble bien admis qu'elle ne puisse être valable qu'en cas *d'occupation armée et non-consentie* d'un territoire⁶⁷¹. Une occupation pacifique contre laquelle l'État occupé n'émet aucune protestation doit en effet être comprise non comme une conquête

war, entitled only by public law to such rights, privileges and conditions as might be vouchsafed by the conqueror. This position is also established by judicial decisions, and is recognized by the President in public proclamations, documents, and speeches ».

⁶⁶⁷ Voir notamment « Report of the committee on the state of the country, May 17, 1861 », *J.C.C.*, vol.1, p.237 : « The Government at Washington has insultingly repelled these reasonable proposals and now insists upon devastating our land with fire and sword; upon letting loose hordes of armed soldiery to pillage and desolate the entire South, for the purpose of forcing the seceded States back into unnatural union or of subjugating them and holding them as conquered provinces » et « Joint resolution on the subject of the war and in regard to the free navigation of the Mississippi River, April 13, 1863 », *J.C.C.*, vol.6, p.248 : « Whereas the Government of the United States having waged war against the Confederate States with a purpose to reduce them to the condition of conquered provinces, and having conducted it contrary to the rules of civilized Nations, and the sacred rights of humanity, by the practice of every barbarity which malice and depravity could suggest, with a ferocious determination "to sacrifice to disappointed vengeance what their injustice lost and their power can not regain;" »

⁶⁶⁸ Voir sur ce point WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional...*, précité, pp.91-92 : « (...) the “Conquered provinces” theory of Stevens [is] to be regarded as having been wholly illogical and inconsistent with that view of the nature of the Union upon which the war had been fought ; (...) because the principles applicable to conquered territory have reference only to foreign territory subdued by force of arms. Manifestly a State cannot make a conquest of its own territory ; and, if the States could not secede, they could not become foreign » (c'est nous qui soulignons).

⁶⁶⁹ *State of Texas v. White* (1868), 74 U.S. 700 : « Considered as transactions under the Constitution, the ordinance of secession, adopted by the convention, and ratified by a majority of the citizens of Texas, and all the acts of her legislature intended to give effect to that ordinance, were absolutely null. They were utterly without operation in law. The State did not cease to be a State, nor her citizens to be citizens of the Union »

⁶⁷⁰ *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 589 : « the title by conquest is acquired and maintain by force ».

⁶⁷¹ SHARMA, (S.P.), *Territorial Acquisitions...*, précité, p.143, note (451) et JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition...*, précité, p.53. Voir aussi HILL, (N.), *Claims to Territory...*, précité, p.161 : « Conquest involves actual possession based upon force ».

mais comme une acquisition par prescription : quoique Wheaton confonde assez largement ces deux « modes d’acquisition » du titre territorial – « les titres de presque toutes les Nations européennes », écrit en effet l’internationaliste américain, « sont tirés, dans l’origine des conquêtes postérieurement confirmées par une longue possession »⁶⁷² - la Cour Suprême distingue clairement entre ces deux éléments de formation du titre : c’est ainsi par exemple que, dans une affaire qui opposa le Maryland à la Virginie à propos de la détermination de leur frontière commune, la Cour affirma que « l’effet qu’il convient d’attribuer à des faits tels qu’une longue possession ‘mûrissant peu à peu en un état conforme à l’ordre international’” dépend des traits individuels de chaque différent », avant d’ajouter qu’ « en l’espèce, nous pensons qu’un droit de nature prescriptive a surgi qui, n’ayant pratiquement pas été troublé pendant de nombreuses années, ne pourrait être renversé sans qu’il fût fait violence à des principes de respect du droit établi et d’équité liant les États comme les individus »⁶⁷³.

La conquête, elle, repose sur une toute autre logique : la condition de formation du titre par conquête n’est en effet pas celle de l’écoulement du temps, mais de la nature militaire de l’occupation et l’intention de l’occupant de se comporter comme souverain, ainsi que la Cour Suprême l’a rappelé dans les arrêts *American Insurance and Co.*⁶⁷⁴ et *U.S. v. Rice*⁶⁷⁵. La question de la conquête est ainsi généralement traitée, dans les ouvrages de droit international, dans les chapitres consacrés aux conséquences d’une guerre entre deux États⁶⁷⁶.

Il faut, enfin, noter une dernière condition de validité du titre territorial par conquête, qui n’appelle guère de développements théoriques. Comme le rappelle Halleck dans son traité de droit international, paru en 1861, le titre par conquête « peut être complété de diverses manières : par un traité de paix ou de cession, par une subjugation complète et l’incorporation totale dans l’État conquérant, par une révolution civile et le

⁶⁷² *Eléments (fr)...*, t.1, I, IV, §5, p.159.

⁶⁷³ *State of Maryland v. State of West Virginia* (1910), 217 U.S. 1, 44. Traduit par HOSTIE, (J.), « Contribution de la Cour Suprême ... », précité, p.294 : « In this case, we think a right in its nature prescriptive has arisen, practically undisturbed for many years, not to be overthrown without doing violence to principles of established right and justice equally binding upon states and individuals ».

⁶⁷⁴ *American Insurance & Co. v. Canter* (1828), 26 U.S. 511.

⁶⁷⁵ *U.S. v. Rice* (1819), 17 U.S. 246, 254 : « By the conquest and military occupation of Castine, the enemy acquired that firm possession which enabled him to exercise the fullest rights of sovereignty over that place ».

⁶⁷⁶ Voir par exemple *Eléments (fr)...*, t.2, IV, IV, §4 ; HALLECK, (H.W.), *International Law...*, précité, Chap.XXIII.

consentement des habitants, ou par le simple passage du temps et l'incapacité de l'ancien gouvernement de recouvrer sa possession »⁶⁷⁷. Jefferson dans le même sens affirmait déjà que « la conquête donne seulement un commencement de droit qui n'est parfait que lorsque le traité de paix le confirme et que le premier propriétaire renonce et fait abandon »⁶⁷⁸. Ni cette condition, ni celle, morale, de la légitimité, ne seront pourtant respectées concernant la dès lors *prétendue* conquête des Nations indiennes.

B. Illégitimité de la guerre de conquête

La formation d'un titre territorial par conquête obéit aux États-Unis à une condition formelle qui, pour n'être jamais passée dans le droit positif, n'en est pas moins importante. Cette condition est celle de la légitimité, qui interdit normalement au gouvernement fédéral de mener une guerre dont le but serait l'acquisition d'un titre territorial sur un territoire étranger.

Si la conquête est reconnue dans le droit international classique comme un titre territorial licite, sa légitimité a, depuis longtemps, été interrogée – au motif que le droit ne saurait découler d'un acte de pure force, à moins de penser le droit et la justice comme deux valeurs sinon opposées, du moins séparables. Car la conquête est bien « une faute morale », que condamne tout auteur pour qui l'on ne saurait, sans violer le droit naturel, fonder le droit sur une simple prétention⁶⁷⁹. Ainsi par exemple Thomas

⁶⁷⁷ HALLECK, (H.W.), *International Law ...*, précité, pp.810-811. La Cour Suprême a abondé dans le même sens dans deux arrêts relatifs aux conséquences de l'occupation militaire d'un territoire : Voir *U.S. v. Rice* (1819), 17 U.S. 246, 254 : « By the conquest and military occupation of Castine, the enemy acquired that firm possession which enabled him to exercise the fullest rights of sovereignty over that place. The sovereignty of the United States over the territory was, of course, suspended, and the laws of the United States could no longer be rightfully enforced there or be obligatory upon the inhabitants who remained and submitted to the conquerors. By the surrender, the inhabitants passed *under a temporary allegiance* to the British government, and were bound by such laws, and such only, as it chose to recognize and impose » et *Fleming v. Page* (1850), 50 U.S. 603, 614 : « The port of Tampico, at which the goods were shipped, and the Mexican State of Tamaulipas, in which it is situated, were undoubtedly *at the time* of the shipment subject to the sovereignty and dominion of the United States. The Mexican authorities had been driven out, or had submitted to our army and navy, and the country was in the exclusive and firm possession of the United States, and governed by its military authorities, acting under the orders of the President. *But it does not follow that it was a part of the United States, or that it ceased to be a foreign country*, in the sense in which these words are used in the acts of Congress » (c'est nous qui soulignons dans les deux extraits).

⁶⁷⁸ Cité par NYS, (E.), *Les États-Unis...*, précité, p.96.

⁶⁷⁹ MENON, (P.K.), « Title to Territory : Traditional Modes of Acquisition by States », *R.D.I.* vol.72 (1974), p.23. Voir aussi KORMAN, (S.), *The Right of Conquest...*, précité, p.13 : « It was (...) precisely this lack of

Paine écrivait-il dans son *Public Good*... qu'un droit, « pour en être vraiment un, doit l'être en lui-même : aussi, beaucoup de choses ont-elles obtenu le nom de "droit", alors même qu'elles sont mal fondées »⁶⁸⁰. L'opposition entre la prétention et la Justice interdit à la force de faire droit : Paine inclut dans ces « prétendus droits » la conquête, que condamnent la Justice et la Raison. A l'affirmation de la légalité de la conquête dans le droit des gens répond ainsi une référence constante à la question de la légitimité d'une telle entreprise, en raison de l'incompatibilité de ce mode de formation du titre territorial avec les principes sous-tendant les institutions américaines. A propos de la possibilité de recourir à la conquête pour établir un titre sur le Texas, O'Sullivan écrivait ainsi qu' « aucun peuple ou État n'a jamais rejoint l'Union que par son libre choix », ajoutant que « le forcer à y entrer serait une violation de la liberté américaine ; cela irait à l'encontre, et renverserait, les principes de la constitution Américaine. Cela réduirait notre gouvernement au niveau de la bassesse morale de l'Europe »⁶⁸¹.

Il existe en effet entre la conquête et les institutions américaines une contradiction évidente⁶⁸² : alors même que ces dernières sont fondées sur le principe du gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple, la première au contraire a pour conséquence la soumission violente des individus présents sur le territoire conquis à un gouvernement qu'ils n'ont, par définition, pas choisi. « Par la nature des choses », écrit Willoughby, « nous ne

correspondence between the requirements of international morality, which disapproved of wars fought for an unjust cause and of conquest resulting from such wars, and the requirements of international law, which did not, which appeared on the political plane to prevent the operation of the principle that from a wrong or unjust act, no rights could arise ».

⁶⁸⁰ PAINE, (T.), « Public Good : Being an Examination into the Claim of Virginia to the Vacant Western Territory, and of the Right of the United States to the same : to which is Added Proposals for Laying off a New State, to be applied as a Fund for Carrying on the War, or Redeeming the National debt » in FONER, (P.S.), (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, New York, The Citadel Press 1945, vol.2, p.306 : « ... we call every pretension, however founded, a right ; and by this means the term frequently stands opposed to justice and reason (...). A right, to be truly so, must be right within itself : yet many things have obtained the name of rights, which are originally founded in wrong. Of the kind are all rights by mere conquest, power or violence (...). But in the case of a right founded in right, the mind is carried cheerfully into the subject, feels no compunction, suffers no distress, subject its sensations to no violence, nor sees anything in its way which requires an artificial smoothing ».

⁶⁸¹ Cité par MERK, (F.), *Manifest Destiny*..., précité, pp.107-108 : « ...no people or state ever entered the Union except of their own free choice (...). A force entrance [is] unthinkable ; it would be a violation of American freedom ; it would undermine and overturn all principles of the American Constitution. It would reduce our government to the low moral level of Europe ».

⁶⁸² LANG, (D.G.), *Foreign Policy in the Early Republic : the law of Nations and the Balance of Power*, Baton Rouge, Louisiana state UP 1985, p.131.

pouvons pas contrôler par la force physique la volonté du peuple »⁶⁸³. Les États-Unis pour cette raison ne pourraient donc jamais « déclarer une guerre en vue d'une conquête » parce que leurs Institutions « interdisent qu'ils puissent soumettre des Nations à un empire arbitraire »⁶⁸⁴. La Cour Suprême a également jugé en ce sens que « la nature et le génie des Institutions [américaines] sont d'être pacifiques », si bien que « le pouvoir de déclarer la guerre n'a pas été confié au Congrès en vue d'une agression ou d'une expansion, mais pour permettre au gouvernement général de faire valoir par les armes, si cela devient nécessaire, ses propres droits et ceux de ses citoyens ». Une guerre, dès lors, « ne peut jamais être présumée avoir été menée en vue de la conquête ou de l'acquisition d'un territoire »⁶⁸⁵. Cette déconsidération morale de la conquête fut sur le point d'être intégrée dans le droit positif fédéral en 1847, date à laquelle le Congrès rejeta la proposition du Sénat interdisant expressément l'expansion territoriale par ce moyen⁶⁸⁶, suivant en cela l'affirmation de Calhoun en 1843 d'après laquelle c'est la « politique » des États-Unis que de s'agrandir « par accrétion et non par conquête »⁶⁸⁷.

§2 – Application des conditions de formation du titre territorial par conquête aux Nations indiennes

En jugeant que les Indiens ont été conquis, la Cour Suprême, les Cours étatiques et la doctrine américaine font des conditions exposées ci-dessus une application erronée : ni la conditions de l'occupation militaire non consentie (A), ni celle de subjugation ou de conclusion d'un traité (B) ne sont nécessairement et toujours

⁶⁸³ WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional...*, précité, p.73 : « In the nature of things we could not by physical force control the will of the people ».

⁶⁸⁴ Cité par MERK, (F.), *Manifest Destiny...*, précité, pp.119-120 : « we can never wage a war for conquest in the popular sens of that term. Our free institutions forbid that we whould subject Nations to our arbitrary sway ».

⁶⁸⁵ *Fleming v. Page* (1850) 50 U.S. 603, 614. Voir aussi *Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515, 546 : « The power of war is given only for defence, not for conquest »

⁶⁸⁶ Cité par MERK, (F.), *Manifest Destiny...*, précité, p.153. Voir aussi, sur ce point RAIC, (D.), *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague, New York, Kluwer Law International 2002, p.183. Rappelant les idées de Jefferson et de Wilson sur la question, Raic écrit que « Territorial adjustments would also fall under this dimension and should be based on the consent of the inhabitants whose wishes should preferably be determined by means of a plebiscite. It should be noted that this understanding of self-determination, and especially of its external dimension, points to a concept which would be applicable to collectivities first and foremost, and not so much to individuals as such »

⁶⁸⁷ Cité par NYS, (E.), *Les États-Unis...*, précité, p.130 : « L'expansion était prônée par nombre d'hommes d'État. "C'est notre politique, disait au Sénat Calhoun en 1843, d'augmenter notre puissance en nous répandant sur les régions non occupées et en assimilant tout ce que nous incorporons ; en un mot, de grandir par accrétion et non par conquête ».

remplies. Le titre territorial des États-Unis, en ce qu'il est fondé sur la conquête des Nations indiennes, est ainsi un titre procédant d'une erreur de qualification juridique des faits⁶⁸⁸.

A. Condition de l'occupation militaire non-consentie

Les deux premières conditions de validité du titre par conquête sont celles de l'occupation *militaire* d'un *territoire étranger*. Lorsque les cours de justice ou la doctrine américaines qualifient de titre par conquête le titre obtenu par les États-Unis sur les terres indiennes, le critère de la nature du conflit est sans doute le seul qui ne fasse pas l'objet – en théorie – d'une application différenciée par rapport à son application à d'autres Nations – nous verrons toutefois qu'il en va autrement en pratique. Certes, ce qu'il est convenu d'appeler les « guerres indiennes » - on en dénombre plus d'une centaine sur la période qui nous intéresse⁶⁸⁹ – ne sont pas des guerres au sens formel du terme : en tant que telles, elle n'ont fait l'objet d'aucune reconnaissance légale, et n'ont pas été déclarées en application de l'article I, Section 8 de la constitution⁶⁹⁰. Mais l'on ne peut déduire de l'illégalité constitutionnelle de ces conflits leur nature non guerrière du point de vue du droit international, ne serait-ce qu'en raison de la définition particulièrement large de la guerre qui prévaut alors : la doctrine internationaliste, européenne comme américaine, définit alors la guerre comme « l'état des choses » survenant lorsqu'une « Nation fait valoir ses droits par la force »⁶⁹¹, la « déclaration » n'étant qu'un élément de solennité, mais non de définition, du conflit⁶⁹² ; quant aux instructions officielles adressées à l'armée américaine, elles définissent la guerre comme « un état d'hostilité armée entre des Nations souveraines ou

⁶⁸⁸ CLINEBELL, (J.H.) ; THOMSON, (J.), « Conquest » in « Sovereignty and Self-Determination : the Rights of Native Americans under International Law », *Buff. L. Rev.* vol.27, n°4 (1978), pp.687-692.

⁶⁸⁹ HARRING, (S.L.), *Crow Dog's Case...*, précité, p.252.

⁶⁹⁰ « The Congress shall have power...to declare war ». Voir aussi, sur ce point, DELORIA, (V.), « The Application of the U.S. Constitution to American Indians », in DELORIA, (V.) ; LYONS, (O.) ; MOHAWK, (J.), (ed.), *Exiled in the Land of the Free : Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light 1992, pp.290-291.

⁶⁹¹ DG, vol.2, III, §1, p.1 ; *Eléments (fr)...*, t.1, IV, I, §6, p.278.

⁶⁹² *Ibid.* : « Une contestation soutenue par la force entre des États indépendants s'appelle guerre publique. Si elle est déclarée dans les formes, ou dûment commencée, elle donne aux parties belligérantes tous les droits de la guerre l'une contre l'autre. Le droit des gens volontaire ou positif ne fait aucune distinction, à cet égard, entre une guerre juste ou une guerre injuste. Une guerre dans les formes, ou dûment commencée, doit être considérée comme juste des deux côtés ».

gouvernements », sans précision quant à une éventuelle influence de la déclaration sur la nature du conflit. Dès lors, par conséquent, qu'il a existé entre les États-Unis et les Nations indiennes des conflits armés, alors le critère de la nature du conflit est rempli et la victoire des États-Unis peut, le cas échéant, être reconnue comme une conquête : ainsi en va t-il, par exemple, en 1849, lorsque les Indiens Utah reconnaîtront par traité avoir été conquis par les États-Unis suite à la guerre qui venait de les opposer⁶⁹³, en 1852 avec les Apaches⁶⁹⁴ ou encore en 1865 avec certaines tribus Sioux⁶⁹⁵.

Tel n'est pas, cependant, le cas de l'ensemble des Nations indiennes. Là où le critère de la nature du conflit fait l'objet d'une application erronée, c'est en effet, comme cela a été le cas à plusieurs reprises, lorsque la doctrine ou les cours américaines prétendent fonder le titre des États-Unis sur la conquête de *n'importe laquelle* des tribus indiennes. Ainsi lorsque la Cour Suprême de l'État d'Alabama juge en 1832, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, que « tous les traités conclus avec les Indiens sont le résultat d'une conquête » - une référence reprise la même année par la Cour Suprême du Tennessee selon laquelle « les Cherokee, *comme toutes les autres tribus et Nations indiennes situées au Sud des Montagnes de Caroline du Nord et du Sud*, ont été

⁶⁹³ Voir « Treaty with the Utah, December 30, 1849 », 9 *Stat.* 984, Article 1 : « The Utah tribe of Indians do hereby acknowledge and declare they are lawfully and exclusively under the jurisdiction of the Government of said States: and to its power and authority they now unconditionally submit » et Article 2 : « From and after the signing of this treaty, hostilities between the contracting parties shall cease, and perpetual peace and amity shall exist, the said tribe hereby binding themselves most solemnly never to associate with, or give countenance or aid to, any tribe or band of Indians, or other persons or powers, who may be, at any time, at enmity with the people or Government of said States; and that, they will, in all future time, treat honestly and humanely every citizen of the United States, and all persons and powers at peace with the said States, and all cases of aggression against the said Utahs shall be referred to the aforesaid Government for adjustment and settlement ».

⁶⁹⁴ Voir « Treaty with the Apache, July 1, 1852 », 10 *Stat.* 959, Article I : « Said Nation or tribe of Indians through their authorized Chiefs aforesaid do hereby acknowledge and declare that they are lawfully and exclusively under the laws, jurisdiction, and government of the United States of America, and to its power and authority they do hereby submit » et Article II : « From and after the signing of this Treaty hostilities between the contracting parties shall forever cease, and perpetual peace and amity shall forever exist between said Indians and the Government and people of the United States; the said Nation, or tribe of Indians, hereby binding themselves most solemnly never to associate with or give countenance or aid to any tribe or band of Indians, or other persons or powers, who may be at any time at war or enmity with the government or people of said United States ».

⁶⁹⁵ « Treaty with the Sioux, Two-Kettle Band, Oct.19, 1865 », 14 *Stat.* 723, Article 1 : « The Two-Kettles band of Dakota or Sioux Indians represented in council, hereby acknowledge themselves to be subject to the exclusive jurisdiction and authority of the United States, and hereby obligate and bind themselves individually and collectively, not only to cease all hostilities against the persons and property of its citizens, but to use their influence, and, if necessary, physical force, to prevent other bands of the Dakota or Sioux, or other adjacent tribes, from making hostile demonstrations against the Government of the United States, or its people ».

conquises par la Grande-Bretagne »⁶⁹⁶. L’argument, qui plus est, a encore été répété récemment : la Cour Suprême des États-Unis en 2000 a estimé que « les Indiens », *quels qu’ils soient*, ont été « militairement conquis » par les Européens et les Américains⁶⁹⁷. L’exemple le plus frappant est peut être, toutefois, celui des Indiens *Tee-Hit-Tons*, vivant sur le territoire cédé en 1867 par la Russie aux États-Unis, et dont la Cour Suprême a jugé qu’ « après l[eur] conquête », ils furent autorisés à occuper un territoire sur lequel ils exerçaient auparavant leur souveraineté »⁶⁹⁸ ; or, force est de constater que le critère du conflit armé ne saurait être rempli concernant les terres des Indiens *Tee-Hit-Tons*.

Ces derniers en effet n’ont jamais fait l’objet d’aucune occupation militaire de leur territoire par les États-Unis. Ce peuple occupait, au sens « physique » du terme, le territoire cédé par la Russie aux États-Unis dans le traité du 20 juin 1867⁶⁹⁹, traité qui n’est pas un traité de paix suite à une guerre entre les deux Nations, mais un simple traité de cession territoriale⁷⁰⁰. Les Indiens *Tee-Hit-Tons* ne furent pas plus conquis par la Russie avant la cession du territoire aux États-Unis⁷⁰¹ : on a pu noter que, bien au contraire, ils avaient accueilli pacifiquement les colons étrangers⁷⁰². Ces faits

⁶⁹⁶ *State of Tennessee v. Foreman* (1835) 16 Tenn. 256 : « The Cherokees, therefore, like the other tribes and Nations of Indians residing south of the mountains in North and South Carolina (twenty in number, at the least), were conquered by Great Britain, and surrendered their last claim to independence in 1730, to the crown itself, after the provinces had become royal governments ».

⁶⁹⁷ *Rice v. Cayetano, Governor of Hawaii* (2000), 528 U.S. 495, 530 : « The source of the Federal Government’s responsibility toward the Nation’s native inhabitants, who were subject to European and then American military conquest, has been explained by this Court in the crudest terms, but they remain instructive nonetheless ».

⁶⁹⁸ *Tee-Hit-Tons Indians v. United States* (1955), 348 U.S. 272, 280.

⁶⁹⁹ *Id.*, 348 U.S. 272, 275 : « petitioner was an identifiable group of American Indians residing in Alaska; (...) It was further held that if such original Indian title survived the Treaty of 1867, 15 Stat. 539, Arts. III and VI, by which Russia conveyed Alaska to the United States, such title was not sufficient basis to maintain this suit, as there had been no recognition by Congress of any legal rights in petitioner to the land in question ».

⁷⁰⁰ CARPENTER, (E.J.), *The American Advance. A Study in Territorial Expansion*, London, New York, Lane 1903, pp.276-287.

⁷⁰¹ GRINEV, (A.V.), *The Tlingit Indians in Russia America, 1741-1867*, Lincoln, University of Nebraska Press 2005, not. p.193 : « ...the Tlingit never considered themselves subjects of the Russian Empire and were convinced of the fact that Southeast Alaska belonged to them. They viewed the Russians only as “newcomers” and not as countrymen – and even less as masters of the land ». Voir aussi McNEIL, (K.), *Common Law Aboriginal...*, précité, p.262 : « While this purports to be a reaffirmation of the Marshall doctrine as expressed in *Johnson v. McIntosh* which Reed went on to cite, the problem is that the Tee-Hit-Ton Indians had never been actually conquered. They inhabit Alsaka (which had been acquired by the United States by cession from Russia in 1867), and had not been disturbed in the possession of their lands prior to the taking of timber therefrom by the United States in 1951, for which they sought compensation in the *Tee-Hit-Ton* action ».

⁷⁰² U.S. Federal Field Committee for the Development Planing in Alaska, « Alaska natives and the land », Washington, Government Printing Office 1968, p.535.

conduisirent naturellement ce peuple à invoquer devant la Cour son titre territorial originel, dont il n'aurait pu être privé ni par la Russie, ni par les États-Unis, ni par le transfert territorial entre les deux États⁷⁰³.

Enfin, il existe également une contradiction au sein des arrêts qui, qualifiant les Indiens de « conquis », affirment dans le même temps qu'ils n'ont « *jamais* constitué des Nations Indépendantes ». Comme nous l'avons vu, il ressort notamment de l'expérience de la guerre de Sécession qu'un territoire pour être militairement occupé doit pouvoir être qualifié d' « étranger » : comment comprendre alors que la Cour Suprême puisse à la fois affirmer que les Nations indiennes « ne constituent pas des Nations étrangères », mais des « Nations domestiques »⁷⁰⁴, pour affirmer ensuite que leur titre doit être acquis « par conquête » ? La première qualification exclut normalement la seconde : on ne peut soutenir en même temps l'absence de droit des autochtones, et la conquête de ces derniers⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Voir les arguments des Tee-Hit-Ton devant la Court of Claims : *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* (1954), 120 F.Supp. 202, 204 : « The plaintiff tribe would draw a sharp distinction between the nature of the interest which its ancestors had in their Alaska lands, and the interest which Indiana tribes with comparable habits and customs had in the lands now included in our 48 States. We will, merely for the purpose of brevity of expression, refer to the latter Indians as American Indians, and to the plaintiff and its forebears as Alaska Indians. It says, and we agree, that its ancestors had a species of ownership in the lands which they used for hunting, fishing, and berry picking. So, of course, did the American Indians. It says that, under Russian sovereignty, before the cession to the United States by the Treaty of June 20, 1867, 15 Stat. 539, this ownership was recognized by the sovereign, and thereby given the legal status of full, complete, and exclusive ownership, to which all the normal rules of land title are applicable ».

⁷⁰⁴ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1, 2 : « it may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign Nations. They may more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent Nations. They occupy a territory to which we assert a title independent of their will, which must take effect in point of possession when their right of possession ceases » et 30 U.S. 1, 23 : « The preemptive right, and exclusive right of conquest in case of war, was never questioned to exist in the States which circumscribed the whole or any part of the Indian grounds or territory. To have taken it from them by direct means would have been a palpable violation of their rights ».

⁷⁰⁵ Voir en ce sens POTTER, (P.B.), « The Nature of American Territorial Expansion », précité, pp.195-196 : « The Indians cannot be so described. They were not entitled, by any sort of social ethic which can be seriously considered, to be respected in their occupation of the land as if they had been a civilized people (...). By and large, the Americans have simply flowed into empty territory ; they have not conquered and annexed existing states or portions thereof ». L'interprétation de Potter ne correspond pas, cependant, à celle que nous avons donnée de la notion de « domestic dependent Nations » : cf. *supra*, Titre 1, introduction au 2nd Chapitre.

B. Condition de subjugation ou de conclusion d’un traité

L’illégitimité de la conquête n’ayant fait l’objet d’aucune reprise dans le droit fédéral ou international positif durant la période qui nous intéresse, il est difficile de prétendre que la condition de légitimité aurait été violée. Cela n’interdit pas de remarquer que le droit international est invoqué en l’espèce pour contourner les difficultés posées par la nature, l’essence même des institutions nationales. Le point, d’ailleurs, n’est pas totalement éludé : pour expliquer le recours à la conquête en dépit de son caractère intrinsèquement contraire au projet fédéral et républicain, on invoque alors « le caractère » des Indiens⁷⁰⁶ – mais également des cubains ou des portoricains lorsque le territoire où vivent ces derniers est transféré par l’Espagne aux États-Unis suite à la guerre de 1898 : comme l’a remarqué E.R.Ramos, la conquête des îles espagnoles est alors justifiée aux États-Unis par « le principe d’inégalité des peuples ». Que le territoire soit considéré comme une simple propriété pouvant être acquise par la force, quelque soit la volonté des habitants qui y résident, est toujours justifié aux États-Unis par la prétendue infériorité du peuple concerné, par son caractère « barbare », opposé à la « civilisation » des États-Unis⁷⁰⁷.

Plus juridique, le second critère formel – celui de l’intention de l’État conquérant de se comporter en souverain du territoire occupé, jusqu’à l’abdication de l’entité alors vaincue – n’est pas mieux respecté par les États-Unis lorsqu’un titre est revendiqué sur le fondement de la conquête entre 1789 et 1914. Quand bien même l’on considérerait que les États-Unis aient occupé militairement les territoires des Nations indiennes – ce qui n’est certainement pas le cas de celui des *Tee-Hit-Tons*, mais l’a été fréquemment au cours du XIXe siècle dans le cadre des guerres indiennes – ce second élément fait défaut. Les États-Unis, jusqu’en 1871 au moins⁷⁰⁸, ont en effet considéré les Nations indiennes comme ne relevant pas de la souveraineté du gouvernement fédéral. De

⁷⁰⁶ *Johnson & Graham’s Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543, 589 : « Although we do not mean to engage in the defense of those principles which Europeans have applied to Indian title, they may, we think, *find some excuse, if not justification, in the character and habits of the people whose rights have been wrested from them* » (c'est nous qui soulignons).

⁷⁰⁷ RAMOS, (E.R.), « The Legal Construction of American Colonialism : the Insular Cases », *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol.65 (1996), p.285.

⁷⁰⁸ Cf. *supra*, notamment la conclusion du Titre 1.

nombreux traités conclus avec ces Nations, y compris à l'issue des guerres qui ont pu les opposer, témoignent également de l'absence de volonté des États-Unis de se comporter en souverain sur cet espace : ainsi par exemple du Traité passé en 1794 avec les Six Nations⁷⁰⁹, en 1798 avec les Cherokee⁷¹⁰, ou encore en 1816 avec les Indiens Wea et Kickapoo⁷¹¹. Ces traités constituant des traités de paix ne faisant suite à aucune subjugation, « peut-on considérer », comme se le demandera Sprague, que les Nations indiennes sont « conquises »⁷¹² ?

Affirmer dès lors, comme ont pu le faire la Cour Suprême, certaines Cours étatiques, ou la doctrine que les États-Unis disposent, sur les territoires des Nations indiennes, d'un titre acquis par conquête, c'est faire d'une règle internationale une application non seulement partielle, mais encore et surtout illicite. La Cour Suprême elle-même, dans une affaire *Mitchel v. U.S.* jugée en 1835, avait tenté de le faire valoir, remarquant que la signature de traités tels que ceux que nous venons de mentionner – et auquel le Roi anglais avait déjà eu recours avant l'indépendance des colonies – est incompatible avec la revendication d'un titre par conquête : « en signant des traités avec

⁷⁰⁹ « Treaty with the Six Nations, Nov.11, 1794 », 7 *Stat. 44*, qui établit la paix en même temps qu'il fixe les frontières entre les Six Nations et les États-Unis : Article 1 : « peace and friendship are hereby firmly established, and shall be perpetual, between the United States and the Six Nations » ; Article 2 : « The United States acknowledge the lands reserved to the Oneida, Onondaga and Cayuga Nations, in their respective treaties with the state of New-York, and called their reservations, to be their property; and the United States will never claim the same, nor disturb them or either of the Six Nations, nor their Indian friends residing thereon and united with them, in the free use and enjoyment thereof: but the said reservations shall remain theirs, until they choose to sell the same to the people of the United States, who have the right to purchase ».

⁷¹⁰ « Treaty with the Cherokee, Oct.2, 1798 », 7 *Stat. 62*, Article I : « The peace and friendship subsisting between the United States and the Cherokee people, are hereby renewed, continued, and declared perpetual » ; Article II : « The treaties subsisting between the present contracting parties, are acknowledged to be of full and operating force; together with the construction and usage under their respective articles, and so to continue » ; Article III : « The limits and boundaries of the Cherokee Nation, as stipulated and marked by the existing treaties between the parties, shall be and remain the same, where not altered by the present treaty ».

⁷¹¹ « Treaty with the Wea and Kickapoo, June 4, 1816 » 7 *Stat. 145*, Article I : « the Weas and Kickapoos again acknowledge themselves in peace and friendship with the United States » ; Article III : « The boundary line, surveyed and marked by the United States, of the land on the Wabash and White rivers, ceded in the year eighteen hundred and nine, the said tribes do hereby explicitly recognize and confirm, as having been executed conformably to the several treaties they have made with the United States ».

⁷¹² cf. SPRAGUE, (P.), « Speech to the Senate of the United States, Apr.16, 1830 », in *Speeches on the Passage of the Bill...*, précité, p.58 : « The treaty contains many reciprocal stipulations of the 'contracting parties'. Will it still be contended that we are not bound by them because the other partie was conquered – in other words, because we were the strongest ? If the United States made terms of peace, should they not abide by them ? ».

ces Indiens, en acceptant les cessions (...) et en établissant des frontières avec eux » il est implicitement admis qu'il n'y a pas eu de « conquête » de ces Nations⁷¹³.

*

* * *

Que la « conquête » ne soit plus définie comme un fait attributif d'un titre territorial au regard de l'état actuel du droit international⁷¹⁴ ne saurait priver l'analyse du respect de ces critères de toute pertinence contemporaine : selon la règle du droit intertemporel, les titres obtenus par conquête avant 1945 doivent voir leur légalité analysée par application du droit alors en vigueur⁷¹⁵, dont il ne fait aucun doute qu'il reconnaissait la conquête comme mode de formation d'un titre territorial.

Ce que révèle, par contre, l'expérience américaine au cours du XIXe siècle, c'est une application erronée des critères de validité du titre territorial découlant de l'occupation non-consentie d'un territoire : la « conquête » est bien l'« image simplifiée et illusoire » qu'un « groupe humain » - les États-Unis - élabore au sujet d'un fait – le déploiement unilatéral de la souveraineté américaine sur les terres indiennes – et qui « joue un rôle déterminant dans son appréciation » - en l'occurrence, laisser accroire que

⁷¹³ *Mitchel v. United States* (1835), 34 U.S. 711, 749 : « By thus holding treaties with these Indians, accepting of cessions from them with reservations, and establishing boundaries with them, the King waived all rights accruing by conquest or cession, and thus most solemnly acknowledged that the Indians had rights of property which they could cede or reserve, and that the boundaries of this territorial and proprietary rights should be such and such only as were stipulated by these treaties ».

⁷¹⁴ « Charte des Nations Unies... », précité, article 2.4. Voir aussi, pour une reconnaissance de la valeur coutumière de la règle, C.I.J., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil* 1986, §§188-190, pp.99-101.

⁷¹⁵ JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition....*, précité, p.53 : « unless the rule of intertemporal law is to be totally rejected, old titles by conquest must still remain valid ».

ce déploiement est fondé sur un titre juridique reconnu par le droit international – alors même qu’il n’est jamais que le résultat d’une « politique »⁷¹⁶.

⁷¹⁶ Green parle ainsi de « conquered Nations *policy* » (c'est nous qui soulignons) : GREEN, (M.C.), « The Expansion of European Colonization to the Mississippi Valley, 1780 – 1880 », in TRIGGER, (B.G.) ; WASHBURN, (W.E.), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas*, New York, Cambridge UP 1996, vol.1, part 1, p.465.

Chapitre 2 – La découverte

Fondée sur l'argument agriculturaliste, la définition de l'occupation pacifique a permis à une partie de la doctrine américaine de justifier l'absence de titre des Nations indiennes sur certaines des terres qu'elles revendiquaient, et de reconnaître parallèlement le bien-fondé du déploiement du pouvoir américain sur ces espaces ; fondée sur une qualification erronée des faits, la définition du rapport entre les Nations indiennes et les États-Unis en terme de conquête a permis, alternativement, à la doctrine et à la jurisprudence américaines de justifier le déploiement du pouvoir des États-Unis sur ces terres. Il est un troisième mode de formation du titre des États-Unis sur ces terres qui a été invoqué : celui que constitue leur « découverte ».

En 1823, la Cour Suprême des États-Unis est appelée à se prononcer sur la validité du titre de propriété que détiennent à une même terre deux citoyens américains : Thomas Johnson d'une part, et William McIntosh d'autre part. Le premier a acquis son titre par deux actes de cession datés de 1773 et 1775, conclus avec la Nation indienne Piankeshaw ; quant au titre de William McIntosh, il a été acheté auprès du gouvernement fédéral en 1818, suite à la mise en vente aux particuliers de certaines terres relevant du domaine public fédéral⁷¹⁷. L'action en Justice devant la Cour est une action en *ejectment*, intentée par les héritiers de T.Johnson contre W. McIntosh, au motif de l'invalidité du titre du second.

En l'état du droit en vigueur au moment où cette affaire doit être jugée, sa résolution ne pose pas de difficulté majeure⁷¹⁸ : la question de la légalité du transfert d'un titre de propriété d'une Nation indienne à un particulier est l'objet de plusieurs normes juridiques dont les

⁷¹⁷ Quoique l'arrêt soit l'un des plus célèbres concernant la question de la découverte, peu d'ouvrages en ont proposé une étude systématique et prétendant à l'exhaustivité. De l'aveu de son auteur (p.xi), le premier ouvrage à le proposer est celui de ROBERTSON, (L.G.), *Conquest by Law. How the Discovery of America dispossessed Indigenous Peoples of their Lands*, Oxford, New York, Oxford UP 2005, xiii-239 p. On y trouvera notamment un résumé détaillé et très documenté des faits pp.3 à 27. On trouve également un bon exposé des faits dans l'article que consacre à l'arrêt E.Kades : KADES, (E.), « History and Interpretation of the Great Case of Johnson v. McIntosh », *L.H.R.* vol.19, n°1 (2001), pp.67-116.

⁷¹⁸ Ainsi que le remarque WILKINS, (D.), « Quit-Claiming ... », précité, p.309.

prescriptions sont toutes similaires⁷¹⁹. En effet, dès avant l’indépendance des anciennes



colonies, l’achat par un individu d’un titre de propriété détenu par le membre d’une Nation indienne, ou par la Nation elle-même, est contraire à la *Royal Proclamation* de 1763, qui prohibe expressément toute transaction individuelle avec les Indiens⁷²⁰. Le titre du demandeur, acquis en 1773 et 1775 auprès des Indiens Piankeshaw est donc illégal sous l’empire du droit anglais – et l’est également par la suite : ni l’indépendance de la Virginie en 1776⁷²¹, État sur le territoire duquel est située la terre concernée, ni la ratification par cet État de la constitution fédérale, n’ont conduit à remettre en cause la législation coloniale britannique relative aux transactions avec les Nations indiennes. L’une des premières lois adoptées par le Congrès fédéral – le « *Trade and Intercourse Act with the Indian Tribes* » – a ainsi pour objet d’interdire aux individus (comme aux États membres) d’acquérir des terres directement auprès des Nations ou tribus Indiennes⁷²². La constitution fédérale réserve, qui plus est, au seul gouvernement fédéral, le pouvoir de traiter avec les « tribus indiennes »⁷²³. S’il y avait dans la solution de l’arrêt *Johnson v. McIntosh* une quelconque importance, elle tenait donc moins à la question de droit que soulevait le différend qu’à la superficie considérable – plus de dix mille hectares – des terres concernées par les titres en cause.

Lorsque la Cour, sous la présidence de J.Marshall, affirme que le titre de J.Johnson et T.J.Grahame est invalide, c’est pourtant bien pour le raisonnement juridique qui la sous-tend – et plus précisément pour la construction du droit international sur laquelle elle s’appuie – que la solution mérite, et a attiré, l’attention. Ce raisonnement en effet a conduit à faire de la solution l’un des « *great cases* »⁷²⁴ de la Cour : qualifié de « *seminal case* »⁷²⁵, comparé à l’arrêt *Dred Scott v. Sandford*⁷²⁶, l’arrêt *McIntosh* - qui mériterait dès lors sa place dans les *Grands Arrêts* de la plus haute juridiction américaine⁷²⁷ - constitue aujourd’hui encore, bien plus que les traités territoriaux conclus par les États-Unis avec les Nations européennes⁷²⁸, l’un des exposés les plus fréquemment cités du titre territorial de la Fédération. Il constitue, en outre, une référence constante dans les doctrines européenne⁷²⁹ et américaine⁷³⁰ internationalistes, ainsi que dans la pratiques d’autres Nations⁷³¹ et dans la pratique internationale⁷³² relatives à la question des droits territoriaux des peuples autochtones : la solution rendue par la Cour Suprême à propos des Nations indiennes situées sur le territoire américain sera reprise par les auteurs et les cours de Justice de nombreux pays confrontés sur leur propre territoire à des problématiques similaires, réduisant ainsi les « peuples autochtones » à une catégorie juridique unique en dépit de leur extrême diversité. L’arrêt *McIntosh* est, enfin, l’objet d’une attention renouvelée de la doctrine internationaliste la plus

récente, intéressée à nouveau par la question du statut juridique des peuples autochtones, et qui juge ce faisant que l’arrêt est fondateur des principes du droit international relatif à ces entités⁷³³.

La célébrité de la solution, dont l’importance justifie qu’elle fasse l’objet de ce dernier chapitre, tient à ce que l’on appellera par la suite la « doctrine de la découverte » qu’y formule le juge Marshall, *Chief Justice* et auteur de l’opinion majoritaire. Ecartant « la question de savoir si les agriculteurs, les marchands ou les industriels, ont le droit, sur la base de principes abstraits, d’exclure les chasseurs des terres dont ils sont en possession, ou de contracter leurs limites » pour y opposer « la pratique des Nations européennes », le juge rejette une conception naturaliste du droit international – considérée comme un ensemble d’« opinions spéculatives et individuelles » - au profit d’une conception positiviste d’après laquelle les États-Unis auraient acquis sur les terres indiennes, du fait de leur découverte, un titre. Il fallait pourtant, pour arriver à cette conclusion, revoir tant la qualité (Section 1), que la nature (Section 2) du titre conféré par la découverte tel qu’il était conçu avant que cet arrêt ne soit rendu. Cette construction et cette application d’une « doctrine de la découverte » permet aujourd’hui d’affirmer avec certains auteurs que « le titre du gouvernement fédéral » sur le territoire des Nations indiennes découle non pas tant du *fait* de la découverte, auquel le droit international conférerait certaines conséquences, mais bien plutôt de la *construction* qu’a donné de la découverte le « grand arrêt *Johnson v. McIntosh* »⁷³⁴.

Section 1 – Qualité du titre conféré par la découverte

Si nous avons jusqu’à présent employé le terme de « titre territorial » au sens de « droit » pour une entité politique de déployer son pouvoir sur un endroit déterminé, il faut

préciser que le « titre » est un concept juridique qui permet, également, de mesurer *la force* d'un tel droit subjectif. Ainsi, comme le note le Pr. Distefano, « le bien-fondé d'une revendication d'un droit territorial dépend bien évidemment de la qualité du titre », ajoutant ensuite « qu'on parle donc de titre absolu, de titre relatif et d'inchoate title », termes par lesquels on désigne « par le premier un titre quasi inattaquable qui engendre un droit subjectif et par le deuxième un titre dont le degré de perfection doit être jaugé par rapport à un autre titre (...). Enfin, par le terme de titre incomplet ou déficient, on fait référence à un titre juridique auquel un ou plusieurs éléments font défaut pour qu'il puisse finalement engendrer un droit subjectif »⁷³⁵. Or, l'arrêt *McIntosh* repose, en premier lieu, sur une réappréciation du degré de qualité du titre conféré par la découverte d'une terre. Dans l'arrêt de 1823 en effet, le titre des États-Unis sur leur territoire est interprété comme conférant à ceux-ci un « titre incomplet » lorsqu'il est opposé aux Nations européennes (§1) – mais un « titre complet » lorsqu'il est opposé aux Nations indiennes (§2), témoignant ainsi, et à nouveau, d'une construction asymétrique et inégalaire des principes du droit international relatif à la formation du titre territorial.

S1 – Qualité du titre opposable aux Nations européennes

La question des effets de la découverte en droit international a été résumée par le Juge Huber dans sa sentence relative à l'affaire de l'Ile de Palmas, qui opposa dans les années 1920 les États-Unis à l'Espagne à propos du titre sur cette île. Chacun des deux États avançait alors une interprétation différente des effets juridiques de la découverte : selon les États-Unis, la découverte, c'est-à-dire « le simple fait d'apercevoir la terre, sans aucun acte, même symbolique, de prise de possession » conférait *ipso jure*, à l'époque de la découverte de l'île de Palmas (soit au XVI^e siècle) « la souveraineté territoriale, et pas seulement un titre imparfait »⁷³⁶; une position contestée par l'Espagne, d'après laquelle la découverte ne conférait, précisément, qu'un « titre imparfait »⁷³⁷ devant être complété par « l'occupation effective » de la terre prétendument découverte « dans un délai raisonnable », au risque, sinon, de voir la revendication privée, après ce délai, de toute force juridique⁷³⁸. Le Juge Huber remarque cependant que ces divergences ne concernent qu'une période temporelle déterminée : il n'est en effet contesté ni par les États-Unis, ni par l'Espagne qu'à partir du XIX^e siècle, « le droit international, étant donné que la majeure partie du globe était sous la

souveraineté d'un État membre de la communauté des Nations et que les territoires sans maître étaient devenus relativement rares (...) établit le principe que l'occupation, pour constituer une prétention à la souveraineté territoriale, devait être effective, c'est-à-dire offrir certaines garanties aux autres États et à leurs nationaux »⁷³⁹.

La solution de l'arrêt *McIntosh* permet d'abonder dans le sens du juge Huber : le juge Marshall y affirme en effet que d'après la « pratique des Nations européennes », la découverte confère « un titre valable contre tous les autres gouvernements européens » titre qui cependant « doit être complété par la possession » : la « découverte » constitue ainsi un « titre incomplet » (A), dont la fonction juridique n'est dès lors *pas tant de fonder le pouvoir* de la Nation auteure de la découverte sur un espace, que de *départager*, en y introduisant un élément temporel, les revendications territoriales des États-Unis et des autres Nations européennes (B).

A. *Un titre incomplet*

D'après l'arrêt *McIntosh*, implicitement fondé sur les principes, identiques sur ce point, du *Common Law* et du droit des gens, la découverte constitue le plus faible degré de titre que puisse détenir une Nation (1). La découverte doit, par conséquent, être complétée pour que la Nation qui en est à l'origine soit titulaire d'un droit complet et parfait sur les terres concernées : la doctrine et la pratique américaines correspondent ainsi à ce que dira plus généralement le juge Huber de la découverte : « le titre de la découverte (...) ne pourrait subsister, dans l'interprétation la plus favorable et la plus extensive, que comme titre incomplet, c'est-à-dire comme donnant » non le titre territorial lui-même, mais « *le droit d'établir* la souveraineté par une occupation effective »⁷⁴⁰ (2).

1. *Degré de force juridique du titre par découverte*

Plusieurs éléments incitent à rechercher les fondements théoriques de la solution *McIntosh* dans le *Common Law* plutôt que dans le droit des gens : c'est, déjà, l'affirmation d'Adams selon laquelle « la question des droits territoriaux doit être résolue selon les principes » de ce droit⁷⁴¹ ; c'est, ensuite, la

remarque de Kent, qui, après avoir défini la notion de titre telle qu’existe en *Common Law*, précise que cette définition « s’applique également au droit au territoire », la « pratique des Nations » abondant en ce sens⁷⁴². C’est, enfin, le vocabulaire employé dans l’opinion de la Cour – qui utilise dans un passage clef de la démonstration l’expression de « *fee* »⁷⁴³, terme de *Common Law* renvoyant à la nature de l’intérêt à la terre que possède une personne⁷⁴⁴, et qui, surtout, en évoquant un « titre incomplet » à propos de la découverte, fait directement référence à la construction de la notion de titre telle qu’elle existe dans le droit anglais de la propriété.

C’est en effet un principe bien établi dans le *Common Law* que le titre est un concept susceptible de gradations dont les différents degrés traduisent à la fois l’existence juridique du titre et son opposabilité. Les définitions que l’on trouve dans la littérature juridique anglaise publiée avant l’arrêt *McIntosh* ne laissent en effet guère de doute sur l’acceptation du « *title* » qui prévalait alors. Rappelée par Coke et toujours reprise par ses successeurs, la définition du titre comme « *justa causa possidendi id quod nostrum est* »⁷⁴⁵ s’inscrit dans la longue durée de ce concept issu de la « *real property* » de *Common Law*. Le titre est le moyen par lequel un homme « vient à la terre »⁷⁴⁶ ou, de manière plus précise et pour reprendre la définition qu’en proposera Blackstone, c’est le moyen par lequel un propriétaire a la *juste possession* de sa propriété⁷⁴⁷. Ainsi, cette définition de Blackstone met l’accent « et sur la manière dont le propriétaire a pris possession de la chose en question et sur la licéité de cette possession »⁷⁴⁸. Avoir un titre, c’est donc disposer pour posséder une terre des moyens prévus par l’ordre juridique pour ce faire. Si l’on suit la définition de Blackstone, qui découle selon ses propres termes d’une « ancienne maxime du droit », nous savons alors que les principes de *Common law* reposent sur l’idée qu’ « aucun titre n’est complètement bon tant qu’au droit de possession n’est pas joint celui de propriété »⁷⁴⁹. C’est donc la réunion de deux droits – réunion dénommée « droit droit » ou « *jus duplicatum* » dans la littérature juridique – qui caractérise, selon les principes de la *Common law*, le titre « complètement bon ».

Car cette notion, comme y insiste Blackstone dès le début de son exposé, est susceptible de gradation : « il y a », précise le juriste anglais, « plusieurs étapes ou degrés requis pour former un titre complet aux terres »⁷⁵⁰. *La possession d’une terre*

sera, dès lors, plus ou moins fondée juridiquement en fonction de la qualité de ce titre. Ainsi, par exemple, occuper une terre, c'est déjà être fondé à la posséder – mais ne l'être toutefois que par « le degré le plus bas et le plus imparfait du titre »⁷⁵¹. Un tel titre ne résistera pas au détenteur d'un droit de possession, et encore moins à celui d'un droit de propriété, ces deux droits constituant les deux éléments juridiques d'un titre qualifié, cette fois, de complet. En outre, aux *droits* de propriété et de possession, doit encore être ajoutée la possession *de facto* – le contrôle *physique* de la terre – pour que soit caractérisé un titre certes complet, mais encore « parfait » : « quant à ce double droit s'ajoute la possession de fait, lorsqu'il y a (...) *juris seisinae conjunction* », précise encore Blackstone, « alors, et alors seulement, le titre est complètement légal »⁷⁵². C'est ainsi par exemple, comme le jugera la Cour Suprême en 1850, qu'un transfert conventionnel de titre entre deux États n'est constitutif pour le cessionnaire d'un titre au « *plenum dominum utile* » que si s'ajoute au « *jus in rem* » le « *jus in re* », « ce qu'en *Common Law* », ajoute la Cour, on appelle le « *juris et seisinae conjunctio* »⁷⁵³. Or, si cette conception d'une gradation dans la qualité du titre est utilisée ici pour analyser la force juridique d'un titre conventionnel, elle l'est également pour analyser les effets juridiques de la découverte.

Selon la Cour dans l'arrêt *McIntosh*, la découverte a d'abord été prise en compte par le droit des gens suite aux problèmes soulevés par la multiplication des revendications territoriales sur le continent américain. Parce que les grandes Nations d'Europe étaient désireuses d'acquérir sur cette immense continent un titre dont l'étendue géographique devait être la plus vaste possible, c'est également un vaste champ de différends qu'offrait cet espace aux Puissances en cause. Tel est précisément ce qui justifie que la découverte, simple fait, devienne « fait juridique », c'est-à-dire que le droit confère à sa survenance certaines conséquences déterminées⁷⁵⁴. En effet, « comme elles étaient toutes à la poursuite du même objet », écrit Marshall à propos des Nations européennes, « il devint nécessaire, afin d'éviter les revendications concurrentes et les guerres qui s'en suivraient, d'établir un principe que toutes reconnaîtraient comme la loi régulant le droit d'acquisition dont elles se prévalaient »⁷⁵⁵. Or, ce principe fut celui selon lequel « la découverte donnerait au gouvernement sous l'autorité duquel elle aurait été faite un titre valable contre les autres gouvernements européens, *titre devant être complété par la possession* »⁷⁵⁶. La découverte constitue ainsi un « commencement

de titre » - elle en constitue le versant légal – qui doit, pour être un titre parfait, être complété par une « prise de possession » - cet élément factuel du titre que nous évoquions précédemment.

2. *Les moyens de perfection du titre par découverte*

La définition ici proposée de la fonction de la découverte en droit international est alors largement admise, tant en doctrine qu'en pratique. Vattel notait déjà, par exemple, que la découverte ne peut conférer qu'un titre incomplet car « le droit des gens ne reconnaîtra (...) la propriété et la souveraineté d'une Nation que sur les pays vides, qu'elle aura *occupés réellement et de fait*, dans lesquels elle aura formé un établissement, ou dont elle tirera un usage actuel »⁷⁵⁷. La découverte n'est ainsi que le premier degré de formation d'un titre parfait : c'est la « possession effective »⁷⁵⁸, comme l'affirmaient déjà Grotius⁷⁵⁹ et Burlamaqui⁷⁶⁰, qui permet de constituer un titre complet à la terre.

C'est également à cette conclusion que permet d'aboutir la controverse qui, quelques années après que l'arrêt *McIntosh* soit rendu, va opposer l'Angleterre, la Russie et les États-Unis au sujet de l'Oregon⁷⁶¹. Gallatin, le plénipotentiaire des États-Unis chargé des négociations avec l'Angleterre, rappelle dans l'ouvrage qui rassemble les arguments du gouvernement américain que « par la nature des choses, il semble presqu'impossible qu'un titre complet et absolu à quelque portion de l'Amérique que ce soit puisse exister si ce n'est par prescription acquisitive du fait d'une possession effective et incontestée, ou par le fait d'un traité »⁷⁶². Une position confirmée par les commissaires anglais, d'après lesquels si « le droit des gens est quelque peu vague et confus » sur la question de savoir « jusqu'à quel point la découverte est constitutive d'une revendication légale à la souveraineté », il est certain que la « simple découverte », qui ne serait accompagnée ni d'une « exploration » des terres concernées, ni de « l'occupation et de l'établissement » sur ces terres, ne saurait constituer autre chose que « le plus bas degré de titre », ne pouvant être confirmé et renforcé que par les actions ci-dessus mentionnées⁷⁶³. On comprend ainsi, que, lorsqu'elle est interprétée par la doctrine internationaliste américaine, la controverse sur l'Oregon illustre bien plus la

question de l’occupation, et des faits nécessaires à sa caractérisation, que celle de la découverte⁷⁶⁴.

Que la découverte ne constitue qu’un titre incomplet est donc une affirmation constante au cours du XIXe siècle⁷⁶⁵ – et confirmée par la Cour Suprême dans un arrêt *Jones v. United States* rendu en 1890, d’après lequel « en vertu du droit des gens (...) le *dominion* sur un nouveau territoire peut être acquis *par la découverte et l’occupation* (...). [L]orsqu’un citoyen ou un sujet d’une Nation, au nom de cette dernière et sous son autorité ou avec son accord, *prend possession et l’occupe de façon continue et paisible* », le dit gouvernement est fondé à exercer sa juridiction sur ce lieu⁷⁶⁶. Si l’on en croit la doctrine et la jurisprudence les mieux établies⁷⁶⁷, l’effectivité de la prise de possession consécutive à la découverte aura pour critère le développement d’un gouvernement des personnes : Schwartzenger définit ainsi l’effectivité de l’occupation comme devant résulter de « l’établissement d’une machinerie étatique destinée à l’administration et à la défense »⁷⁶⁸, quand Lindley évoque pour sa part « l’établissement sur le territoire revendiqué d’un contrôle gouvernemental suffisant pour garantir le respect de la vie et de la propriété sur cet espace »⁷⁶⁹. C’est ainsi « l’exercice de certaines formes du pouvoir étatique de manière continue, ininterrompue, paisible et publique »⁷⁷⁰ qui permet de compléter le titre territorial.

Dès lors cependant que l’on admet que la découverte doit être complétée pour que le commencement de titre qu’elle confère soit parfait, la question qui se pose est celle de savoir quel est l’intérêt juridique, pour une Nation, de posséder un titre imparfait.

B. Effets juridiques du titre incomplet

Nous l’avons dit ci-dessus en évoquant la conception du titre territorial qui prévaut dans le *Common Law* : *l’inchoate title* est un titre dont l’effet juridique principal est d’exclure toute revendication formulée par une personne qui ne dispose aux terres concernées d’aucun titre mieux fondé. C’est en ce sens que s’inscrit le juge Marshall lorsqu’il affirme qu’il découle de la détention du titre incomplet conféré par la découverte l’« exclusion des autres Nations européennes » de la terre concernée :

ces dernières ne pourront, dès lors qu’elles ne seront pas auteures de la découverte, formuler à cette terre des revendications fondées en droit. Comme l’affirmait déjà Jefferson, la découverte a ainsi pour conséquence juridique d’« empêcher les autres Nations » de prendre possession de la terre découverte. Aussi, la possession d’un titre incomplet joue-t-elle en droit international « le même rôle qu’un contrat qui lierait cinq ou six personnes à la recherche de terres sucrières en Amérique du Sud », contrat par lequel « elles s’engageraient à ne pas interférer les unes avec les autres »⁷⁷¹. Il s’agit d’un « principe distributif », ne donnant droit qu’à un « intérêt potentiel » aux terres concernées⁷⁷².

Pour autant, cette description des effets juridiques de la détention d’un titre incomplet ne trouve dans la pratique que peu d’illustrations convaincantes : quoique peu abondante, la pratique des États-Unis, bientôt suivie par la jurisprudence de la Cour Suprême, est conforme à l’évolution générale du droit international, qui considère le titre incomplet comme un titre dépourvu ou presque de toute force juridique. Une bonne illustration de cette évolution est celle que fournit, à nouveau, la controverse relative à l’Oregon. Le même Gallatin juge en effet que, quand bien même on considérerait la découverte comme un « titre incomplet », il serait difficile de mesurer les conséquences juridiques précises d’une telle qualification car « il n’existe aucune règle précise fixant le délai au-delà duquel l’absence d’occupation rendrait nul le droit conféré par une première découverte, ni pour connaître jusqu’à quel point du territoire s’étend, au-delà de la côte découverte, le titre du découvreur »⁷⁷³. Les quelques principes avancés pour permettre à la découverte de produire, en tant que titre incomplet, des effets juridiques plus précis – telle que cette prétendue « règle du *jus gentium of America* » d’après laquelle le droit conféré par la découverte s’étend aussi loin que s’étendent les rivières dont l’embouchure est située sur la côte découverte⁷⁷⁴ – sont également jugées « incertaines »⁷⁷⁵. Les exemples cités par Gallatin démontrent, en outre, que les prétentions fondées sur la découverte furent, à plusieurs reprises, contestées avec succès par des Nations ayant pris possession d’une terre après sa découverte par une autre Nation⁷⁷⁶. En conséquence de ces réticences, tant les États-Unis que la Russie et l’Angleterre fondèrent leur revendication à l’Oregon sur les « trois fondements requis par le droit des gens général et la pratique immémoriale des Nations » : le titre de « première découverte », certes, mais également et surtout « le titre conféré par la

première occupation et la possession paisible et non contestée pendant plus d’un demi-siècle »⁷⁷⁷.

Ainsi, la meilleure conclusion des effets juridiques de la découverte à l’égard des Nations européennes est peut-être celle qu’une Cour de New York donnera à la toute fin du XIXe siècle : en 1889 dans l’arrêt *Mortimer v. N.Y. Elevated R.R. Co.*, cette juridiction, après avoir rappelé que « le droit de découverte n’est reconnu par le droit romain qu’à la condition d’être suivi d’une occupation », conclut que « les publicistes et diplomates modernes tendent à penser que la découverte, en elle-même, ne produit aucun effet juridique » si elle n’est pas suivie d’une prise de possession rapide des terres concernées⁷⁷⁸. Selon cette affirmation la détention par une Nation d’un « titre incomplet » ne produit donc aucune conséquence de droit. La seule conséquence semble alors être politique : la découverte est, pour reprendre la définition qu’en donne Story, un « principe de paix et de stabilité »⁷⁷⁹, destiné à introduire au sein des revendications européennes, concurrentes géographiquement, un élément de temporalité qui permette de les départager – constituant ainsi moins un titre incomplet au territoire qu’un principe *politique* de répartition de l’espace.

§2 – Qualité du titre opposable aux Nations indiennes

Après avoir exposé la qualité juridique du titre par découverte et les conséquences de son imperfection sur la force des revendications de la Nation découvreuse, la Cour Suprême passe, dans l’arrêt *McIntosh*, à la question des conséquences de la découverte sur les habitants des terres concernées. Ce raisonnement constitue, aujourd’hui encore et en dépit de sa nature profondément coloniale⁷⁸⁰, le fondement souvent invoqué, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, du droit des États-Unis sur les terres indiennes⁷⁸¹.

Sans remarquer que la « découverte » d’un territoire habité est une contradiction dans les termes, la Cour note tout d’abord que « l’exclusion », du fait des conséquences juridiques de la découverte, « de toutes les Nations européennes » des terres concernées, « confère nécessairement à la Nation découvreuse *le droit d’acquérir* le sol des autochtones, et de s’y établir ». C’est un droit, ajoute la Cour, « avec lequel

aucun européen ne pouvait interférer », que les États-Unis ont « revendiqué pour eux-mêmes », et à laquelle les autres ont « consenti »⁷⁸². La suite immédiate de l’arrêt nuance cependant immédiatement, quoique « de manière subreptice »⁷⁸³, cette obligation *d’acquérir* le titre territorial des Nations indiennes : selon la Cour en effet, du fait de l’exclusivité de la relation qu’instaure la découverte, « les droits des habitants originels ne furent pas complètement ignorés, mais *furent considérablement et nécessairement réduits* », car « c’est un principe fondamental que la découverte confère à celui qui l’a faite un titre exclusif », dont il découle que la Nation découverteuse dispose sur la terre concernée de l’ « *ultimate dominion* »⁷⁸⁴ : la « découverte » est devenue un titre complet (A). La pratique antérieure des Nations européennes comme des États-Unis, de même que les affirmations doctrinales les mieux établies, démontrent toutefois que la construction marshallienne de la découverte est, sur ce point, largement fictive (B).

A. *Un titre complet*

La définition du titre des États-Unis comme titre complet entraîne l’existence d’un droit absolu de ces derniers sur le territoire américain et, conséutivement, l’incompatibilité de toute revendication similaire (1) ; l’importance de ces effets juridiques invitent à interroger les justifications théoriques d’un tel renversement : il est justifié par une philosophie positiviste dont Marshall fut aux États-Unis l’un des premiers représentants dans le domaine du droit des gens (2).

1. *Effet juridique du titre complet*

Le passage de l’arrêt *Johnson v. McIntosh* opérant une redéfinition des conséquences juridiques attribuées par le droit international à la découverte mérite d’être cité longuement. Après avoir indiqué que la découverte permet d’exclure toute action d’une autre Puissance Européenne sur l’espace découvert, Marshall écrit que :

« Le pouvoir que possède à présent le gouvernement des États-Unis d'attribuer des terres était, quand nous étions des colonies, celui de la couronne ou de ses délégués. La validité des titres conférés par eux n'a jamais été remise en cause par la justice. Ce pouvoir a été exercé uniformément sur le territoire possédé par les Indiens. *L'existence de ce pouvoir conduit à nier l'existence de tout droit qui pourrait le contredire et le contrôler. Plusieurs personnes ou plusieurs gouvernements ne peuvent détenir au même moment un titre absolu aux mêmes terres. Toutes nos institutions reconnaissent le titre absolu de la couronne, grecé seulement par le droit indien d'occupation, et reconnaissent le titre absolu de la couronne à l'éteindre. Cela est incompatible avec un titre absolu et complet des Indiens* »⁷⁸⁵

Les conséquences de cette redéfinition doivent, à nouveau, être étudiées selon la logique de *Common Law* qui sous-tend l'ensemble de l'arrêt. On ne saurait en effet se contenter d'analyser la découverte comme le fondement d'un droit de propriété – ce que l'expression de « titre sur les terres » invite à faire ici – sans considérer d'abord ce que signifie juridiquement l'idée que la découverte confère un droit « absolu et parfait » à la terre découverte⁷⁸⁶. Car peu importe, dans un premier temps, la nature du droit subjectif en cause. La force juridique du titre est déjà importante et, surtout, elle est centrale dans un droit anglais des biens, assez réfractaire à la notion romaine de « propriété privée » : comme le note M.F.Papandréou, le droit anglais, de manière générale, analyse la relation à la terre en terme d'intérêts et d'opposabilité, plutôt qu'en terme de propriété⁷⁸⁷. La question de la force juridique du titre devient, dans ce cadre, fondamentale, et conduit en l'espèce à exclure les Indiens de toute possibilité de détenir *un titre identique* à celui des États-Unis⁷⁸⁸.

En effet, comme le note Marshall, parce qu' « un titre absolu à la terre ne peut être détenu concurremment par deux personnes ou deux gouvernements différents » et exclut dès lors « tout titre incompatible », les autochtones du fait de la découverte ne peuvent plus se voir reconnaître un titre « absolu et complet » à leurs terres⁷⁸⁹. Cela ne signifie pas que les autochtones ne jouissent plus d'aucun titre : cela signifie que leur titre n'est pas doté d'une force juridique identique. Que le titre en cause fonde un droit de propriété ou de souveraineté de la Nation auteure de la découverte – question à laquelle nous tenterons de répondre dans un instant⁷⁹⁰ – est, à ce stade, sans conséquence. En cas, par contre, de confrontation des deux titres, quelque soit leur

nature, celui des États-Unis devra l’emporter, car il jouit d’un degré de perfection plus élevé que celui des autochtones. C’est cette construction qui conduit Huntington à affirmer au Congrès que le droit des autochtones est « nécessairement *diminué* », parce qu’il « contredit le principe fondamental » selon lequel « la découverte confère un titre exclusif, un *dominium* suprême » sur la terre concernée⁷⁹¹.

Si la détention d’un titre complet n’exclut pas la détention, sur le même espace, d’un titre dont la force juridique est moindre, elle entraîne, par contre, la possibilité pour le détenteur du titre parfait de l’opposer à tous : dès lors, la possession d’un titre dont la force juridique est moindre devient nécessairement une *permission* accordée par le détenteur du titre parfait. Le détenteur du titre incomplet peut ainsi « être évincé à tout moment » de la jouissance de son droit, « pour quelque raison que ce soit, ou pour aucune raison précise »⁷⁹². L’existence du titre indien, pour le dire autrement, dépend normalement du bon vouloir de la Nation auteure de la découverte : cette dernière a le pouvoir d’ « éteindre » le titre indien, comme l’affirmera Marshall en 1823⁷⁹³, en écho à ce que disait déjà, dans son opinion sur l’arrêt *Fletcher v. Peck* jugé en 1810, Adams : le titre des autochtones n’est pas un titre qui doit être « transféré », c’est un titre qui doit être « éteint »⁷⁹⁴.

2. Justification de la nouvelle qualité du titre

Comment la Cour Suprême justifie-t-elle une telle interprétation de la découverte ? Quel est le fondement du raisonnement qui lui permet de reconnaître aux États-Unis un « titre parfait » sur les terres habitées par les autochtones ? Les fondements de l’une des constructions les plus célèbres du droit international opérée par la Cour Suprême des États-Unis durant la période qui nous intéresse résident dans la réponse à cette question. Or, plusieurs indices permettent de le dire : le fondement de cette nouvelle conception, c’est l’adoption par le Juge Marshall d’une philosophie positiviste du droit international. Comme l’a résumé Kent dans ses *Commentaries...*, la règle établie dans l’arrêt *McIntosh* « est établie par de nombreux contrats, traités, lois et ordonnances et est fondée sur un usage immémorial » si bien que cette règle « ne peut plus être remise en cause par des raisonnements spéculatifs sur des droits abstraits »⁷⁹⁵. Fondée sur une « profonde déférence à la règle coutumière »⁷⁹⁶,

la solution élève la « pratique des Nations européennes » au rang de source principale du droit international.

Lorsque Marshall accède à la présidence de la Cour Suprême en 1801, la conception du droit international qui prévaut alors, tant dans la doctrine américaine que dans la jurisprudence de la Cour Suprême, peut être définie comme vattelienne, en ce sens qu'elle fait une place égale au droit naturel et au droit coutumier et conventionnel⁷⁹⁷. Or, la conception proposée par Marshall n'est, dans un premier temps, guère différente de celle-ci : elle peut *a posteriori* être définie comme oscillant entre naturalisme et positivisme en fonction des circonstances de l'espèce.

En 1798, alors qu'il représente les États-Unis en France dans le cadre de négociations diplomatiques, Marshall affirme, avec Pinckney, que le droit des gens forme, « indépendamment de toute convention, une règle d'action par laquelle les souverainetés du monde civilisé consentent à être gouvernées. Elle prescrit ce qu'une Nation peut faire sans causer une juste cause de guerre et ce que, en conséquence, une autre peut et devrait faire sans sacrifier son honneur, sa dignité, et son indépendance »⁷⁹⁸. La prise de position naturaliste est bien plus évidente en 1814, dans un arrêt *The Venus*, selon lequel « le droit des gens est un droit fondé sur les grands principales immuables d'équité et de justice naturelle »⁷⁹⁹. En 1808 déjà, Marshall avait donné, dans un arrêt *Rose v. Himely*, une définition du droit des gens plus proche d'un *jus gentium* que d'un *jus inter gentes* : selon cet arrêt en effet, « le droit des gens est le droit de tous les tribunaux de la société des Nations, et est réputé être compris par tous »⁸⁰⁰. Marshall réitère une conception assez proche en 1815. A cette date, Marshall écrit en effet, au nom de la Cour Suprême que le droit des gens « est en partie non écrit, en partie conventionnel. Pour en connaître la partie non écrite, on recourt aux grands principes de la raison et de la Justice » - mais pour préciser immédiatement qu'en raison des risques de divergences qu'une telle définition engendre, « on considère [ces principes] comme étant fixés et ainsi stabilisés par les décisions judiciaires »⁸⁰¹. Le droit positif des Nations devient, selon cette définition, le moyen de garantir une interprétation uniforme du droit naturel.

Dans ces définitions pourtant, quoiqu’elles contiennent toutes des références évidentes à une conception naturaliste du droit des gens – la justice naturelle, le droit non-écrit... - le positivisme de Marshall est latent : la « civilisation », la « société des Nations », sont des termes caractéristiques du vocabulaire positiviste. Mais l’arrêt où cette position doctrinale est la plus évidente, c’est l’arrêt *McIntosh* de 1823.

En effet, alors même que Marshall avait à sa disposition, pour juger de cette affaire, un corpus de textes issus de la doctrine du droit des gens et traitant explicitement de la nature du titre territorial des Indiens⁸⁰², le *Chief Justice* a fait le choix de s’en remettre à la « pratique des Nations ». Selon la Cour en effet, la règle du droit des gens selon laquelle la découverte confère un titre complet sur la terre découverte est issue d’un accord des Nations européennes – dont on peut déduire qu’il s’agit d’un « accord tacite » ayant acquis force de loi du fait d’une pratique répétée et consciente et qui, surtout, disqualifie toute discussion fondée sur les « principes abstraits » : Marshall affirme explicitement dans l’arrêt *McIntosh* qu’il « n’examinera pas » si la « doctrine de la découverte » qu’il vient de formuler est contraire aux “droits abstraits” que les “chasseurs” ont sur leurs terres »⁸⁰³. Or, ce choix est fondateur de la solution de la Cour : écartant sans raison explicite l’examen de la question sous l’angle du droit naturel – ce droit qui fondait les réflexions d’un Grotius ou d’un Vattel sur la question – Marshall s’en remet à une pratique foisonnante, dont il peut choisir les éléments les plus pertinents pour parvenir à la solution recherchée⁸⁰⁴.

Cet abandon du droit naturel au profit de la pratique sera confirmé par Marshall dans l’arrêt *Antelope*, rendu deux ans seulement après l’arrêt *McIntosh*, et dans lequel le juge écrit, dans un considérant paradigmique de l’évolution d’une conception naturaliste à une conception positiviste du droit international, que, quoique contraire au droit naturel, la pratique de l’esclavage est conforme au droit des gens *tel qu’issu de la pratique des Nations*⁸⁰⁵. Bien évidemment, ce changement de conception s’opère tout à fait indépendamment du consentement des Nations indiennes – ou, dans l’affaire *Antelope*, des personnes détenues en esclavage. Il s’agit d’une redéfinition unilatérale du droit international comme droit issu de la pratique et non plus du droit naturel, redéfinition qui sera à nouveau abandonnée dans les *Cherokee cases* que nous avons

étudiés ci-dessus : comme l’a noté Ziegler, « Marshall était un juge, et en tant que tel n’avait pas pour intérêt premier la question de savoir comment, en théorie, le droit international se développait comme science » ; sa « théorie » est celle qui sert le mieux sa démonstration : « si l’usage et la coutume pouvaient l’aider à apporter une solution à un problème donné, il y recourait ; et si les deux étaient nécessaires, il recourait aux deux »⁸⁰⁶.

B. Un titre fondé sur une fiction juridique

En 1986, une Cour fédérale de l’État de New York a jugé que la « doctrine de la découverte », en tant qu’elle conduit à reconnaître au découvreur un titre parfait sur les terres autochtones, constitue une « fiction juridique »⁸⁰⁷ : elle serait, par conséquent, « une application sciemment inexacte d’une catégorie juridique à un fait »⁸⁰⁸, un « procédé de technique juridique par lequel on qualifie une situation de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer des conséquences juridiques découlant de leur qualification »⁸⁰⁹, caractéristique en cela d’une construction classique du droit international que l’on a pu décrire comme une « mise en forme de situations de prédominance des forts sur les faibles », passant notamment par une « détermination des règles sans considération des conditions concrètes de leur apparition et de leur application »⁸¹⁰. C’est ainsi que la Cour Suprême en 1823 a « créé » une « doctrine » qui, si elle prétend « refléter la pratique des Nations européennes » quant à la nature de leurs titres sur des terres découvertes quoiqu’habitées⁸¹¹, ne reflète pourtant ni la pratique des États-Unis eux-mêmes ni celle des Nations européennes citées par Marshall à l’appui de sa démonstration (1) – mais sert, par contre, les intérêts économiques du gouvernement fédéral (2). La « doctrine de la découverte » s’inscrit, en cela, dans ces fictions juridiques qui, plus qu’une simple « technique juridique », « reflètent l’idéologie » de leur créateur⁸¹².

1. Absence de réalité pratique du titre par découverte

Un fait acquiert une signification juridique dès lors que le droit objectif attache à sa survenance une conséquence normative. Tel est le cas de la découverte. Simple fait, le droit international, telle que cela ressort de la pratique antérieure à 1823, confère à sa survenance une conséquence juridique : le droit pour le

découvreur de prendre possession de l'espace découvert. Les moyens juridiques d'actualisation de cette faculté de prise de possession qu'ouvre, d'après le droit international, la découverte d'une terre, dépend bien évidemment des droits existants sur cette terre. Vierge de toute forme d'occupation, le titre complet à la terre découverte sera formé par la prise de possession effective de cette terre. A l'inverse, si l'espace est déjà occupé, ce gouvernement ne sera pas possible, et l'actualisation de la faculté de prise de possession ne pourra être réalisée que lorsque cette occupation aura pris fin. Résumant la pensée de Vitoria, Wilkins précise ainsi que « le titre par découverte n'est valide qu'à l'égard des terres dépourvues de tout droit de propriété »⁸¹³. Grotius également estimait qu'il « est injuste de s'approprier des choses qui sont possédées par autrui, sous prétexte qu'on les a découvertes »⁸¹⁴. En tant qu'elle concerne un espace faisant l'objet de droits existants, la découverte ne peut donc être complétée par une occupation. On se souvient pourtant que Marshall, dans l'arrêt *McIntosh*, ne fait aucun cas de ces considérations : il refuse d'examiner les « principes abstraits » grâce auquel il serait possible de reconnaître un titre territorial aux Nations indiennes sur le fondement de leur occupation.

L'analyse de la doctrine et de la pratique américaines depuis l'adoption de la constitution fédérale démontre pourtant que l'interprétation de la « découverte » était bien plus proche de celle d'un Vitoria ou d'un Grotius que de celle qu'en donnera finalement Marshall. La découverte en effet apparaît alors comme le fait générateur d'un droit de préemption : si le pays n'est pas vacant mais déjà occupé, comme le précisera Jefferson, alors les Nations auteures de la découverte « n'ont un droit qu'à l'égard de toutes les autres Nations, exception faite des autochtones. Elles ont en conséquence [de la Découverte] le privilège exclusif d'acquérir le titre autochtone par achat ou par tout autre juste moyen ». Et celui qui était alors Président des États-Unis d'ajouter : « cela s'appelle le droit de préemption, et c'est devenu un principe du droit des gens fondamental concernant l'Amérique »⁸¹⁵. Ce que confère la découverte à son auteur, ce n'est donc pas un droit réel, c'est-à-dire d'un droit sur la terre découverte – comme le droit français, par exemple, reconnaît un droit de propriété à l'inventeur d'un trésor sur l'objet de sa découverte – mais un droit personnel, constitutif d'une obligation – comme le droit français, par exemple, reconnaît à l'État un droit de préemption lors de la mise en vente de certaines biens immobiliers. Définir la découverte comme titre imparfait au

territoire découvert, c'est en effet conférer à l'auteur de cette découverte un droit, mais uniquement un droit *de prendre possession* de l'espace découvert, et non un droit sur cet espace lui-même. Concomitamment, la découverte est à l'origine d'une « obligation de ne pas faire » pesant sur les autres Nations : celle de ne pas en prendre possession.

Ainsi, selon Jefferson toujours, découvrir une terre « n'aboutit à aucun *dominion*, à aucune juridiction ou suprématie que ce soit », elle n'est ce faisant fondatrice « d'aucun droit actuel », mais uniquement d'un « droit futur » qui, tant que les Indiens ne l'auront pas cédé, demeure en leurs mains en tant que droit de souveraineté « complet, indivisible et souverain »⁸¹⁶. Il s'agit donc d'un principe qui, tout d'abord, ne concerne en rien la nature du droit autochtone mais, bien au contraire, limite ceux de la puissance auteure de la découverte, puisque celle-ci se voit privée de la possibilité, qu'elle aurait si le territoire n'était pas occupé, de prendre immédiatement possession du territoire découvert⁸¹⁷. Il s'agit, ensuite, d'un principe qui n'est opposable qu'aux autres Nations européennes – et non aux Nations indiennes elles-mêmes. Le droit international accorde à la Nation auteure de la découverte le droit d'exclure du périmètre découvert toute autre Nation – comme le notait Sprague, le Sénateur du Maine dans les années 1820, « la découverte ne confère aucun droit ni revendication à l'égard des autochtones mais uniquement à l'encontre des futurs découvreurs »⁸¹⁸. Elle ne saurait, en ce sens, priver les Nations indiennes de la libre disposition de leur titre.

De la découverte, le droit international ne permet donc de déduire, avant sa réinterprétation par l'arrêt *McIntosh*, aucun droit de « juridiction, de domaine ou de souveraineté », mais uniquement la protection d'une prétention – celle d'acquérir, si elles décidaient de le céder, le titre territorial des Nations indiennes⁸¹⁹. La découverte n'est à l'origine d'aucune *jurisdiction*, mais uniquement d'une *obligation*⁸²⁰. Le droit de préemption qu'elle confère « n'est pas un titre, mais seulement une faculté, celle de devenir, de préférence à tout autre, les propriétaires de la terre »⁸²¹.

Que la découverte ait été comprise, avant que l'arrêt *McIntosh* ne soit rendu, comme conférant un simple droit de préemption est également – et surtout – prouvé par le contenu des traités signés avec certaines des « Nations indiennes »⁸²² : ces instruments avaient généralement pour objet soit une reconnaissance des droits *complets*

des autochtones à la terre, soit une cession de titre entre les États-Unis et une Nation Indienne décrivant en ces termes le titre autochtone. Certains, également, prévoient une obligation pour les Indiens de ne pas céder leurs terres à d’autres Nations que les États-Unis – preuve que la faculté de prise de possession de la terre découverte n’était opposable qu’aux autres Nations européennes, et non aux Indiens.

Ainsi par exemple du Traité signé à Fort Harmar le 9 Janvier 1789 entre les États-Unis et la tribu Wyandot, dont l’article 2 stipule que ces derniers « renoncent et cèdent aux États-Unis toutes les terres situées à l’Est, au Sud et à l’Ouest de la ligne ci-dessus mentionnée et que les Indiens susmentionnées revendiquaient »⁸²³. Le fait même de la cession démontre que les Nations indiennes avaient « quelque chose » à céder – en l’occurrence, d’après les termes de cet acte, un « droit d’absolue propriété »⁸²⁴. Une expression que l’on retrouve dans un traité signé le même jour avec la tribu des Six Nations⁸²⁵. De même, ces traités contenaient très fréquemment une clause d’après laquelle les Nations parties « renoncent à la liberté de vendre ou de céder [leurs terres] à tout autre pouvoir souverain que les États-Unis, ou à tout citoyen ou sujet d’un autre pouvoir souverain ou des États-Unis »⁸²⁶ : ces accords démontrent que la découverte n’était pas comprise comme privant, de son seul fait, les Indiens de la libre disposition de leurs terres – et, surtout, comme le remarquera Evans, ces traités constituent, le cas échéant, la source des droits des États-Unis sur les terres des Nations qui y sont parties. La découverte ne peut plus, dès lors, à l’égard de ces dernières, être invoquée⁸²⁷.

La pratique des Nations européennes, invoquée par Marshall dans l’arrêt *McIntosh* pourrait tout aussi bien être invoquée en ce sens. Plusieurs auteurs ont montré en effet que la définition par la Cour Suprême, en 1823, des conséquences juridiques de la découverte, ne trouvait aucune illustration dans la pratique de plusieurs d’entre elles, à tel point que l’on peut dire de cet arrêt qu’il se livre à une « reconstruction de l’histoire » : en effet, comme l’a noté par exemple Wilkins, « aucun des souverains européens, Grande Bretagne comprise, n’ont prétendu détenir un titre complet sur les terres indiennes. Si elles revendiquaient la “souveraineté”, c’était uniquement en leur qualité de première entité politique vis-à-vis des autres États » mais cela n’aboutissait pas « à une propriété des terres »⁸²⁸. Plus récemment, mais sur le plan doctrinal cette fois, M.Morin a montré que l’étude des auteurs français permettait d’arriver à la même

conclusion : « au plan juridique », écrit ainsi Morin, « les auteurs Chauveton et Bergeron refusent d’admettre, à la suite des internationalistes de leur époque, que la découverte permet de revendiquer un territoire où une puissance européenne n’est pas implantée. Dans leur esprit, cet évènement ne confère pas davantage un titre opposable aux Autochtones » - une position confirmée par Pothier, selon qui « il est possible d’acquérir la propriété d’une “terre qui n’est habitée par personne” » mais « dans le cas inverse, “quelques sauvages que nous paraissent les hommes qui l’habitent, ces hommes en étant les véritables propriétaires, nous ne pouvons sans injustice nous y établir malgré eux” »⁸²⁹. Si certaines études permettent de nuancer assez considérablement cette opinion – Miller, par exemple, conclut de son analyse détaillée des pratiques européennes que toutes traduisent l’ethnocentrisme des Européens et sont davantage fondées sur la croyance en la supériorité du génie européen que sur un échange libre, légal et rationnel de droits⁸³⁰ – l’existence de quelques contre-exemples suffit à montrer que l’arrêt *McIntosh* est fondé sur un choix – celui de la découverte comme titre complet – destiné à favoriser certains intérêts : celui du gouvernement fédéral.

2. *Intérêt de la fiction*

Permise par une construction positiviste du droit international, la redéfinition des conséquences juridiques de la découverte opérée par la Cour Suprême en 1823 est guidée par des motifs économiques. Ce que garantit la solution *McIntosh*, en reconnaissant aux États-Unis *l’ultimate title* sur les terres indiennes, c’est en effet le marché des droits sur les terres indiennes qui existait alors aux États-Unis. Ainsi s’achève la démonstration du caractère fictionnel du titre par découverte sur lequel est fondée cette solution juridictionnelle : construction faussée des faits, ainsi que nous venons de le démontrer, la « doctrine de la découverte » telle qu’elle est formulée en 1823 est également destinée à produire certains effets : sauvegarder un marché économique relatif aux terres indiennes.

L’arrêt *McIntosh* est né, nous l’avons rappelé ci-dessus, d’un conflit de titres territoriaux détenus par deux particuliers sur une même terre. Le requérant – Johnson – détenait un titre obtenu auprès des Indiens résidant sur ces terres. Le défendeur –

McIntosh – fondait pour sa part son droit sur un titre obtenu des États-Unis. Il appartenait ainsi à la Cour Suprême de déterminer laquelle de ces deux origines du titre était juridiquement valable – ce qui ne devait en principe poser aucun problème juridique particulier : le titre obtenu auprès des Indiens était en tout état de cause illégal, car le droit fédéral prohibait les transactions territoriales entre les particuliers et les Nations indiennes⁸³¹. Si la Cour fit le choix de disserter sur l’origine du titre des États-Unis, c’est que le différend opposant Johnson à McIntosh lui donnait l’occasion de traiter d’un problème plus large.

Les États membres de la Fédération avaient en effet pris l’habitude de vendre à leurs citoyens des terres encore occupées par les Indiens. La nature juridique de ce titre était toutefois loin d’être claire : s’agissait-il d’un titre de propriété, simplement soumis à une occupation indienne – et qui pouvait donc être cédé et faire l’objet de transactions de la même manière qu’un bien loué peut être vendu par son propriétaire à une autre personne – ou un simple droit de préemption, c'est-à-dire une simple faculté dont rien ne garantissait qu’elle pourrait un jour être actualisée ? C’est à cette question que Marshall entreprit de répondre dans l’affaire *Johnson v. McIntosh*. Or, si la Cour répondait que les Indiens étaient propriétaires de leurs terres, alors l’ensemble du marché que représentaient les titres cédés par les États à leurs citoyens risquait de s’effondrer : comment les États auraient-ils pu céder la propriété de terres qui appartenaient à d’autres ? Au contraire, si les Indiens étaient définis comme occupants, alors leurs terres pouvaient être vendues, et le marché qui s’était développé subsistait – quelle que fut la définition juridique exacte du droit d’« occupation » reconnue aux Nations indiennes sur leurs terres. La Cour Suprême n’avait guère le choix dans sa réponse car, comme l’a remarqué le Pr. Banner, « dans un nombre incalculable de transactions immobilières ordinaires durant les quarante années précédentes » les parties à ces transactions « comprirent qu’elles acquéraient le *fee simple* » sur les terres concernées – sans être conscientes que « leur revendication à la propriété reposait sur un fondement juridique incertain »⁸³².

C’est pour parvenir à cette solution que Marshall opta pour une définition du droit international d’après laquelle la Nation ayant découvert un territoire y acquérait l’*ultimate dominion*, c'est-à-dire « le pouvoir de céder la terre alors même qu’elle se

trouvait encore en possession des autochtones » - ces derniers n’ayant plus dès lors qu’un « droit d’occupation »⁸³³.

Quels que furent les droits qui leur avaient été reconnus auparavant par le droit des gens conventionnel ou naturel, et que les Nations indiennes continuèrent à invoquer – « nous voilà à nouveau obligés d’examiner sur le fondement de quelle loi ou de quelle autorité vous revendiquez nos terres » lit-on sous la plume d’un chef Cherokee, « or je réponds : aucune ! Vos lois ne s’appliquent pas sur nos terres et ne s’y sont jamais appliquées », l’auteur ajoutant que le « droit naturel » comme le « droit des gens » sont « contre les États-Unis »⁸³⁴ - le droit international, selon la Cour Suprême, conférait à la Nation découverteuse le droit absolu au sol. Pour contrer l’argument du droit naturel, la redéfinition matérielle de la découverte supposait ainsi une redéfinition formelle du droit international, qui permette d’écartier cette objection.

Section 2 – Nature du droit conféré par la découverte

La question de la qualité du titre détenu par une entité sur un espace ne saurait se confondre avec la nature du droit que ce titre a pour objet de fonder. « Il importe », prévient ainsi le Pr. Distefano, « de bien distinguer le titre du droit (...) auquel il sert de fondement, sous peine sinon de confondre la cause et l’effet ». Selon l’auteur, il convient en effet de comprendre la notion de titre comme la « *justification* (...), la causa, le fait, le présupposé de l’acquisition légale » d’un droit au territoire – que ce droit soit envisagé en terme de propriété privée ou de souveraineté⁸³⁵. Par conséquent, le « titre » est défini comme le « prisme » à travers lequel le droit attribue, à certains faits, des effets juridiques qui peuvent être soit des droits, soit des obligations »⁸³⁶.

Nous avons, dans la section précédente, démontré que le titre des États-Unis sur leur territoire est, en vertu de la « doctrine de la découverte » formulée dans l’arrêt *McIntosh*, un titre complet et parfait : les États-Unis, pour le dire autrement, jouissent sur cet espace d’un *droit exclusif car ne pouvant être mieux fondé juridiquement*. Nous n’avons pas, cependant, exposé dans ces développements la nature du droit que fonde la découverte d’après ce même arrêt. Or, la question est importante : il existe sur un espace une multitude de droits envisageables et, si la souveraineté territoriale est un « rattachement de l’espace aux formes politiques » qui est « normal à l’heure actuelle », ce n’est pas le « seul », et c’est une situation qui « historiquement, a été précédée par d’autres formes de rattachement »⁸³⁷. En outre, « rien n’empêche » qu’une Nation « ne puisse accorder divers droits dans son territoire à une autre Nation, ou en général à des étrangers », si bien qu’ « on peut donner le droit de pêche dans une rivière, ou sur les côtes, celui de chasse dans les forêts »⁸³⁸ : la « souveraineté » n’est que l’une des formes de rattachement, et cette forme de rattachement n’exclut pas ces « droits territoriaux mineurs » ici listés par Vattel. Qui plus est, et c’est un point souligné par ce dernier, on ne peut parler de « territoire » d’une Nation que si « l’empire, ou le droit de souverain commandement » et « le domaine », en vertu duquel elle peut « user seule de son pays pour ses besoins, en disposer et en tirer tout l’usage auquel il est propre », sont réunis⁸³⁹.

Or, la signification juridique de la découverte subit, sur ce point précis, une nouvelle évolution dans l’arrêt *McIntosh* : titre fondateur d’un droit de préemption dans la pratique et la doctrine américaines antérieures à cet arrêt, ainsi que nous l’avons évoqué plus haut, la découverte devient, sous la plume du juge Marshall, un titre de *propriété* (§1). La jurisprudence ultérieure ira plus loin : réinterprétant l’arrêt, la Cour Suprême estimera, dès le milieu du XIXe siècle, que les États-Unis disposent, sur leur territoire *en raison de sa découverte*, d’une *souveraineté politique* sur les autochtones. Or, cette interprétation est celle qui sera retenue par la doctrine internationaliste et les juridictions internationales pour penser la nature juridique des droits des peuples autochtones, américains ou non (§2).

§1 – Nature du droit au sol

La découverte emporte, selon l’arrêt *McIntosh*, deux conséquences simultanées : elle confère à la Nation qui en est l’auteure un droit de propriété sur la terre découverte (A) ; elle fait, conséutivement et unilatéralement, du droit des autochtones qui y habitaient, un simple droit d’occupation (B).

A. Nature du droit au sol de l'auteur de la découverte

Le titre reconnu par la Cour Suprême aux États-Unis en 1823 est un titre de *propriété* des terres découvertes (1) – ce qui *n’inclut pas* la possibilité pour le gouvernement fédéral d’invoquer la découverte comme fondement d’un droit de *jurisdiction* sur les Nations indiennes (2).

1. Un droit de propriété

« Dans l’établissement de ces relations », écrit Marshall à propos de la nature des relations consécutives à la découverte, « les droits des premiers habitants ne furent pas entièrement niés, mais considérablement réduits. Ils furent considérés comme les occupants en droit du sol, et détenteurs d’un titre juridique et d’une juste prétention à en retenir la possession et à en user librement. Mais (...) leur pouvoir de céder leur sol selon leur libre volonté et à qui ils le souhaitent fut dénié par le principe fondamental et premier selon lequel la découverte confère un titre exclusif à son auteur. Alors que les différentes Nations européennes respectèrent les autochtones en tant qu’occupants du sol, elles affirmèrent être titulaires du *dominion* (...).⁸⁴⁰.

L’emploi du terme « *dominion* » par Marshall rend cet extrait, qui qualifie la nature du droit conféré par la découverte à la Nation qui en est l’auteure, particulièrement difficile à interpréter. Tel qu’il est utilisé dans la littérature et la pratique juridiques antérieures et contemporaines de l’arrêt *McIntosh*, le mot semble en effet susceptible de deux définitions différentes quant à la nature du pouvoir qu’il sert à

qualifier (a) ; plusieurs éléments, issus tant de l’arrêt lui-même que de la doctrine et de la pratique ultérieures, démontrent pourtant que la construction marshallienne de la découverte se limite à l’acquisition d’un droit de propriété – et non de souveraineté (b).

a. *Qualification du droit conféré par la découverte de « dominion »*

L’édition de 1811 du *Dictionnaire juridique* de G.Jacob définit le « dominion » comme un « droit ou pouvoir royal »⁸⁴¹. Cette dimension politique du terme, déjà sensible dans son étymologie, qui le rapporte notamment à la « domination » du français⁸⁴², sous-tend également plusieurs passages des *Federalist Papers*, selon lesquels, par exemple, si les « causes d’hostilités entre les Nations sont nombreuses », c’est notamment à cause « de l’amour du pouvoir, et du désir de prééminence et de *dominion* »⁸⁴³ - ce que dans la traduction française, l’on a traduit par domination⁸⁴⁴. Il est également question dans le même recueil des colonies et établissements placés « sous la domination » de la Grande-Bretagne ou de l’Espagne⁸⁴⁵, selon un emploi que l’on retrouve à propos de la situation des États de la Fédération avant l’Indépendance⁸⁴⁶, ou, de manière générale dans la doctrine internationaliste de référence à l’époque, pour tout peuple se trouvant dans une situation de subordination par rapport à une tierce autorité⁸⁴⁷. Le terme de « *dominion* » est ici très proche de la notion de « souveraineté », en ce qu’il semble renvoyer à un pouvoir politique illimité : dans les négociations entre la Grande Bretagne et les États-Unis au sujet de la navigation sur le Saint Laurent, qui se déroulent quelques années seulement après que l’arrêt *McIntosh* ait été rendu, les commissaires américains rappellent que le « droit indépendant » réclamé par les États-Unis « est incompatible avec le *dominion*, la souveraineté suprême, et la possession exclusive de l’Angleterre »⁸⁴⁸. Plusieurs documents juridiques importants dans l’histoire américaine, tels que certaines des constitutions des anciennes colonies, ou encore la *Kentucky Resolution*, emploient également le terme dans ce sens proche d’une souveraineté perçue négativement – la constitution de New York⁸⁴⁹ comme la résolution du Kentucky⁸⁵⁰ sont adoptées en réaction à un « *dominion* étranger », le terme renvoyant au pouvoir absolu – et non consenti – d’une autorité. A l’image de Hobbes qui, déjà, définissait le *dominion* comme cette forme de souveraineté qui est « acquise par la force », en opposition à la forme institutionnalisée de la souveraineté⁸⁵¹, le « *dominion* » désigne d’abord, aux États-Unis

aux XVIII^e et XIX^e siècles, un pouvoir absolu dont le respect est imposé et non choisi : Kent dans ses *Commentaries* évoque le *dominion* comme le pouvoir exercé par une « assemblée sans contre-pouvoir »⁸⁵², quand l’édition de 1850 du *Burrill’s Dictionary of Law* définit ce terme en renvoyant à celui de « seigneurie »⁸⁵³.

Ce qui, cependant, introduit dans la définition exacte de ce terme une difficulté d’interprétation, c’est le rapport qu’il entretient avec la notion de propriété sur une terre : le même dictionnaire donne, par exemple, comme autre acception du « *dominion* », celle de « *ownership, or right of property* ». L’édition de 1843 du *Dictionnaire juridique adapté aux lois et à la constitution des États-Unis* ne contient, pour sa part, aucune acception « politique » du terme, qu’il définit comme « le droit du propriétaire d’une chose d’en user ou d’en disposer à son plaisir »⁸⁵⁴. Abordant la question « des droits qu’un homme peut acquérir et posséder sur les choses extérieures », Blackstone rappelle qu’il s’agit donc d’étudier « ce que les auteurs qui ont traité de la loi naturelle ont appelé le droit de *dominion*, ou propriété »⁸⁵⁵. De plus, durant la période qui nous intéresse, plusieurs occurrences du terme laissent penser qu’il désigne précisément un droit de propriété, c’est à dire un droit sur le sol, ou *dominium*, et non un droit de souveraineté, c’est à dire un droit sur les personnes, ou *imperium* : Thomas Paine, par exemple, dans son célèbre *Public Good*, indique que la Couronne d’Angleterre exerçait sur la Virginie un droit de « *dominion* » et de « gouvernement »⁸⁵⁶ - ce qui laisse entendre que les deux termes sont différents ; et l’expression est, à vrai dire, extrêmement fréquente : Willoughby l’emploie tout également⁸⁵⁷, et plusieurs arrêts de Cours de Justice américaines emploient l’expression de « *dominion and sovereignty* », qu’ils distinguent ainsi expressément. En 1890 par exemple, la Cour Suprême dans un arrêt *Kentucky v. Indiana*, indique que « le *dominion* et la *jurisdiction* d’un État dont la frontière est une rivière » ne sont pas affectés par les changements naturels du cours de l’eau – la Cour réservant cependant, dans la suite de l’arrêt, le terme de *dominion* à la nature du pouvoir exercé par l’État sur la rivière en question⁸⁵⁸.

b. *Le « dominion » comme droit de propriété*

Si les deux acceptations se rejoignent en un point, en ce que le terme désigne dans tous les cas un « pouvoir unique et despotique » que peut exercer

une personne ou une autorité « à l’exclusion de toute autre »⁸⁵⁹, elles diffèrent donc cependant quant à l’objet de ce pouvoir, qui tantôt concerne le sol, tantôt les personnes. Or, l’arrêt *McIntosh* semble, dans un premier temps, retenir comme objet du *dominium* conféré par la découverte les secondes plutôt que le premier : à propos du pouvoir conféré par les chartes coloniales anglaises à leurs destinataires, Marshall écrit qu’il concerne « tant le sol que le droit de *dominion* », ce qui laisse entendre que le « *dominion* » est un pouvoir politique, distinct du droit de propriété sur le sol⁸⁶⁰. L’arrêt précise également que le « *dominion* » conféré par la découverte a pour conséquence nécessaire la « diminution » des « droits à la complète souveraineté » des autochtones⁸⁶¹. Autant d’indices qui permettront à la doctrine et à la jurisprudence ultérieures de conclure, sur le fondement de cet arrêt et comme nous le verrons dans un instant⁸⁶², à l’existence, du fait de la découverte, d’une souveraineté territoriale des États-Unis emportant le droit de gouverner les Indiens. Il nous semble pourtant que la « doctrine de la découverte », telle qu’elle est formulée dans l’arrêt *McIntosh*, ne fonde qu’un droit de propriété, et non de souveraineté, des États-Unis sur leur territoire⁸⁶³.

Plusieurs éléments permettent de s’en convaincre : c’est, tout d’abord, ce passage de l’arrêt, oublié par les commentateurs, d’après lequel les Indiens « vivent sous leurs lois », et dont les actes juridiques par conséquent « ne dépendent que de leur volonté », ce qui a pour effet, en cas d’achat d’une terre indienne par un citoyen américain, la soumission de celui-ci aux lois de la tribu dont relève la terre concernée⁸⁶⁴. Le *dominion* conféré par la découverte n’est pas constitutif d’une domination au sens politique, mais uniquement d’un pouvoir sur le sol – ce qui, certes, empêche les Nations indiennes de céder leurs terres à l’entité de leur choix, mais non pas de se gouverner elles-mêmes. C’est, en outre, ce que prouve cette autre précision de la Cour, d’après laquelle la découverte « confère le droit d’éteindre le titre indien à l’occupation *par achat ou par conquête* »⁸⁶⁵ : seuls les moyens prévus par le droit des gens (convention ou conquête), à l’exclusion de tout acte administratif ou législatif unilatéral, peuvent permettre d’éteindre ce titre. La proposition faite par Jackson au Président Monroe quelques années avant l’arrêt *McIntosh*, d’opposer aux Indiens le droit de domaine éminent, d’après lequel un État peut expulser unilatéralement de leur propriété les personnes situées sur son territoire⁸⁶⁶, sera rejetée au motif que le titre indien doit être acheté⁸⁶⁷. La pratique – le recours au traité ne cesse qu’en 1871⁸⁶⁸ - comme la jurisprudence de la

Cour Suprême, confirmeront que le consentement des Indiens est une condition nécessaire à l’extinction de leur titre⁸⁶⁹.

2. *Conséquences du droit de propriété sur le droit de juridiction*

Titre de propriété du sol, la découverte ne saurait ainsi, selon l’arrêt *McIntosh*, s’interpréter comme un titre territorial complet en ce sens qu’elle fonderait une compétence souveraine de son titulaire sur l’espace concerné. Si le droit international confère bien à la découverte certaines conséquences du point de vue de la souveraineté des personnes découvertes – d’où cette affirmation de Marshall selon laquelle la découverte « confère un certain degré de souveraineté » à la Nation découverteuse⁸⁷⁰ – ces conséquences sont limitées à celle qui découle de la privation du droit autochtone à la propriété de leur terre – à savoir l’absence de libre disposition de ces terres : du fait de la découverte, « les droits de pleine souveraineté » des Nations autochtones sont « nécessairement diminués », mais la Cour précise bien, immédiatement après, que les autochtones n’ont de ce fait perdu que « le droit de disposer librement de leurs terres ». La diminution des « droits souverains » consécutive à la découverte n’est pas synonyme de leur anéantissement. Une entité peut exister en tant qu’entité politique soumise à ses propres lois – quand bien même, et c’est le seul point de contact conceptuel entre ces deux questions, elle ne pourrait librement céder son titre territorial⁸⁷¹. L’absence de libre disposition du titre – consécutive à la découverte, fait auquel le droit international confère la qualité de titre de propriété – atteint certes l’indépendance des Nations indiennes, mais ne l’atteint pas au-delà de cette mesure⁸⁷².

C’est cette conception de la découverte comme titre de propriété – mais non de juridiction – que viendra confirmer la jurisprudence immédiatement postérieure à l’arrêt *McIntosh*, dont on a pu dire qu’elle constituait une déclaration solennelle de la souveraineté indienne⁸⁷³, que seule limite l’absence de droit des Nations indiennes de céder leurs titres à d’autres Nations qu’aux États-Unis.

B. Nature du droit au sol des autochtones « découverts »

Ainsi, selon l'arrêt *McIntosh*, ce qu'obtient la Nation auteure de la découverte, c'est ce que le droit anglais appelle le « *fee simple* », c'est-à-dire le droit le plus complet à une terre, comprenant celui de la posséder, de l'utiliser, et de la transférer⁸⁷⁴. La découverte en ce sens confère donc un « titre absolu » mais, qui plus est, transforme également la nature juridique du titre autochtone. La nature du titre de ces derniers se trouve en effet reléguée à celle d'un titre à l'occupation – ce qu'en *Common Law* on désignerait plus volontiers par l'expression de « *tenants at will* », la « location » étant sans doute le terme de droit continental qui se rapproche le plus de cette notion : comme le précisera Marshall en 1823, « le droit indien n'est pas plus incompatible avec une *seizin in fee* qu'un bail pluriannuel »⁸⁷⁵. Cette qualification emporte donc d'importantes conséquences : le « droit d'occupation » en effet « n'a pas la dignité du *fee simple* ». Le simple occupant n'a que la « permission de posséder » et ne saurait dès lors être qualifié de « possesseur en droit »⁸⁷⁶. Les conséquences pratiques de cette définition du titre indien comme titre « qualifié », et non complet, à la terre – pour reprendre les termes de Madison⁸⁷⁷ – sont donc importantes : comme le rappelle très bien le Pr. Banner dans son analyse de l'arrêt *McIntosh*, « selon la signification juridique d'alors, qui vaut toujours aujourd'hui, le *tenant at will* est le possesseur d'une terre qui peut être évincé à tout moment par le propriétaire de la terre, pour quelque raison que ce soit, ou pour aucune raison précise »⁸⁷⁸. L'existence du titre indien, pour le dire autrement, dépend du bon vouloir de la Nation auteure de la découverte, puisque, Marshall le rappelle dans l'arrêt de 1823, « le droit d'une société de prescrire les règles relative à la façon dont la propriété est acquise et préservée n'est pas et ne peut être remise en question »⁸⁷⁹. Proche en ce sens d'une forme non légale et purement physique de possession de l'espace, ce que l'on appelle alors le « titre indien » ou le « native title » semble ainsi n'être que la traduction faussement juridique de la simple présence des Indiens sur leurs terres.

Une telle conclusion cependant serait en contradiction avec la dissociation qu'opère la Cour – et la pratique – entre la nature du droit au sol et la nature du droit de juridiction. En effet, parce que les Indiens ne cessent pas, du fait de la découverte, d'être « souverains », en ce sens qu'ils demeurent juridiquement fondés à se gouverner eux-mêmes et que tout droit qui leur appartient ne peut être éteint qu'avec leur

consentement, certains auteurs ont estimé que définir la nature de leur droit au sol en terme d’ « occupation » n’avait guère de sens : H.R. Berman par exemple estime que « les conséquences de cette théorie sur le statut des Indiens furent inexistantes ». En effet, bien que « l’utilisation des termes “titre absolu” pour décrire le droit des États-Unis, et “occupation” pour décrire le droit des Nations Indiennes semble indiquer une hiérarchie dans les modes de détention des terres », ces Nations demeurent, ainsi que le texte même de l’arrêt le révèle, les « occupants en droit du sol, légalement et justement fondés à en retenir la possession, en d’en user à leur propre discrétion »⁸⁸⁰. La Cour Suprême à plusieurs reprises, et jusqu’à la fin du XIXe siècle, retiendra une approche similaire, jugeant ainsi, par exemple, que « le droit des Indiens à l’occupation est aussi sacré que le droit des États-Unis à la propriété »⁸⁸¹. Berman peut alors en conclure qu’en dépit de la théorie féodale du droit anglais, d’après laquelle le « *dominion* » comprend *et* le droit de propriété, *et la souveraineté*, Marshall dans l’arrêt de 1823 propose « une version fragmentée » du concept de « *dominion* », adaptée à la « réalité politique » du statut des Nations Indiennes dont la « souveraineté originelle » n’est pas remise en cause par la découverte⁸⁸² : l’effectivité de la présence des Nations indiennes emporte finalement des conséquences juridiques plus importantes que la tentative marshaliennne de définir la découverte comme un titre valant contre cette effectivité⁸⁸³.

La « doctrine de la découverte » n’a pas, selon cette approche, les conséquences que lui a prêtées, ainsi que nous allons le voir dans un instant, la doctrine internationaliste et les arrêts ultérieurs de la Cour Suprême. C'est une doctrine destinée à garantir le marché des droits de préemption⁸⁸⁴, qui reconnaît pour cela le droit de propriété des États-Unis à l'intérieur de leur territoire, mais qui pour autant ne nie pas le droit des Nations indiennes de se gouverner librement sur leurs terres : exploitant cette différence entre un droit de souveraineté, entendu comme droit de gouvernement des personnes, et un « droit purement réel »⁸⁸⁵, entendu comme droit de l'État sur le sol qu'il occupe, le *Chief Justice* démontre que loin d'être une « idée étrange », comme le jugeait Adams, la définition du pouvoir d'une Nation en terme de « fee simple » permet de penser la coexistence de deux Nations politiquement souveraines sur un même espace⁸⁸⁶.

§2 – Nature du droit de juridiction

La conclusion à laquelle nous sommes arrivés ci-dessus ne correspond pas à l’interprétation qu’ont donné de cet arrêt la jurisprudence et la doctrine internationales ultérieures. Référence incontournable de la doctrine américaine, européenne, mais également des cours de justices internationales et nationales sur la question de la formation du titre territorial sur les terres occupées par des « peuples autochtones », l’arrêt *McIntosh* acquiert selon ces sources une autre portée. En effet, d’après la quasi-totalité de ces juges et auteurs, il découle de cet arrêt que les Indiens sont passés sous la *domination politique* de la Nation auteure de la découverte, quoiqu’un droit au sol de la nature d’une occupation leur ait été reconnu. Westlake, l’un des internationalistes les plus représentatifs du positivisme de la fin du XIXe siècle, écrit ainsi, en se fondant sur l’arrêt de 1823, que la découverte a pour conséquence que « les Indiens sont passés sous la domination politique [de la Nation auteure de la découverte] sans qu’il soit considéré comme nécessaire d’obtenir leur consentement »⁸⁸⁷. Loin de ne conférer qu’un droit de propriété sur le sol, la découverte conférerait ainsi également à la Nation qui en est l’auteure une souveraineté politique sur les autochtones. « Depuis la découverte », lit-on dans la sentence arbitrale en l’affaire des Indiens Cayuga, « les Indiens sont placés sous la protection exclusive du pouvoir auteur de la découverte » - une conclusion fondée non seulement sur l’arrêt *McIntosh*, mais également et en premier lieu sur l’interprétation qu’en a donné l’internationaliste américain Wheaton⁸⁸⁸.

Cette évolution est importante : elle démontre comment la construction du droit international opérée par Marshall lorsqu’il formule en 1823 sa « doctrine de la découverte » est d’abord une « construction rhétorique »⁸⁸⁹ jouant sur un vocabulaire et des pratiques dont l’histoire fournit tant d’exemples qu’ils finissent par « justifier tout ce que l’on veut »⁸⁹⁰, tout en conservant leur apparence juridique et, dès lors, leurs prétentions normatives⁸⁹¹. Car si la presque totalité de la doctrine internationaliste est d’accord pour voir dans la « découverte » telle qu’interprétée par la Cour en 1823 le fondement d’une souveraineté des États-Unis sur les Nations indiennes (A), la jurisprudence et la pratique américaines sont, elles, beaucoup plus hésitantes (B).

A. Certitudes de la doctrine internationaliste

C'est à Wheaton que l'on doit la première référence à la « jurisprudence Marshall » dans un ouvrage de droit international. Curieusement absente de la première édition des *Elements*...parue en 1836⁸⁹², cette jurisprudence fait son apparition dans la troisième édition de ce traité (parue en 1846), dans le chapitre consacré à la découverte et à la conquête comme titre territorial. « Cela devint un principe juridique et politique » note Wheaton en se référant à l'arrêt *McIntosh*, « que le droit des autochtones Indiens était subordonné à celui du premier découvreur Chrétien dont la revendication supérieure excluait celle de toute autre Nation civilisée, et éteint progressivement celle des autochtones »⁸⁹³. Il ne fait guère de doute que les *Elements*...de Wheaton, dont l'influence a été considérable sur la doctrine internationaliste européenne de la seconde moitié du XIXe siècle⁸⁹⁴, sont à l'origine de la reprise postérieure, souvent implicite, de l'arrêt *McIntosh*, par des auteurs comme Phillimore⁸⁹⁵, Twiss⁸⁹⁶, Westlake⁸⁹⁷, Calvo⁸⁹⁸ et Lawrence⁸⁹⁹.

Dans ces traités de droit international cependant, c'est toujours la même interprétation de ces arrêts qui est reprise : la découverte est considérée comme titre de souveraineté des Nations européennes sur les terres découvertes, habitées ou non par des autochtones, titre qui toutefois n'éteindrait pas complètement celui des entités ainsi soumises à cette souveraineté. On le voit : quoique se réclamant de l'arrêt *McIntosh* – Twiss par exemple consacre quatre pages de son ouvrage à citer exclusivement cet arrêt – c'est sur une interprétation de cet arrêt ne distinguant pas entre droit au sol et droit de juridiction que se fonde la doctrine internationaliste. La construction coloniale du droit international et, plus particulièrement, des règles d'établissement de la compétence territoriale de l'État, ne peut ainsi être comprise sans être complétée par une étude de cette reprise doctrinale de la jurisprudence américaine – qui démontre une déformation de cette dernière et permet de tempérer l'autorité réelle de l'arrêt *McIntosh* dans ce processus d'acquisition unilatérale des terres autochtones.

Parmi les internationalistes de la fin du XIXe siècle dont les écrits permettent de démontrer l'interprétation que la doctrine a donné à l'arrêt *McIntosh*, Westlake figure parmi les plus proéminents⁹⁰⁰. Le chapitre qu'il consacre à la souveraineté territoriale « concernant notamment les régions non-civilisées » dans son traité paru en 1894⁹⁰¹ est en effet particulièrement révélateur de la logique sur laquelle repose la définition de la

découverte, et de son articulation avec les notions de propriété et de souveraineté, dans le droit international de la fin du XIXe siècle.

Dans ce chapitre, Westlake s'attache tout d'abord à distinguer les notions de propriété et souveraineté, distinction qui est encore parfois, selon lui, hésitante dans la doctrine internationaliste⁹⁰². Cette précision va permettre à Westlake de séparer nettement la nature du titre détenu par un État sur un territoire, de la nature du titre détenu et par un particulier sur ses terres, et par l'État sur les terres publiques. La détention du premier, selon l'auteur, n'a rien à voir en effet avec celle du second – contrairement à la façon dont le système juridique féodal considérait cette question – et c'est pourquoi la seule question pertinente du point de vue du droit international est celle du titre de l'État *sur les personnes* et des moyens de son acquisition⁹⁰³. Pour résumer : gouvernement et propriété sont deux idées indépendantes, et seule l'acquisition du droit de gouverner relève du droit international – c'est pourquoi, explique notamment Westlake, une cession de « territoire » entre deux États laisse la propriété privée inchangée⁹⁰⁴.

Mais l'intérêt véritable de cette distinction réside, comme l'indique le titre du chapitre, dans la question de l'acquisition de la souveraineté sur les régions non-civilisées. La théorisation de la souveraineté territoriale comme principe différent de la propriété, en dépit des ressemblances que les deux concepts peuvent entretenir, est essentiellement *justifiée* par cette question : « *quels sont les faits nécessaires et suffisants pour qu'une région non-civilisée soit internationalement reconnue comme relevant de la souveraineté d'un État donné ?* »⁹⁰⁵. Westlake répond à cette question par référence à l'arrêt *McIntosh* : après l'avoir longuement cité, l'auteur anglais écrit ainsi qu'« on remarquera que les Indiens sont passés sous la domination politique sans qu'il soit considéré comme nécessaire d'obtenir leur consentement ». Or selon Westlake, c'est ici la seule question intéressant le droit international : « seule la reconnaissance de cette souveraineté par les membres de la société internationale nous concerne »⁹⁰⁶, précise t-il immédiatement. La démonstration revêt ainsi l'apparence de la logique, puisqu'en excluant les autochtones du champ du droit international, elle leur applique le même raisonnement qu'aux propriétaires individuels, dont le titre ne relève que de l'ordre interne⁹⁰⁷.

Sous la plume de Westlake, l’arrêt *McIntosh* acquiert ainsi une signification univoque – et dès lors éloignée d’une solution originelle équivoque. Comme nous l’avons noté, ce qu’affirme l’arrêt de 1823, c’est l’acquisition, par la Nation ayant découvert un espace, du *titre de propriété* sur cet espace. La question du droit de la Nation découvreuse de soumettre les Nations indiennes à son système politique n’était pas abordée, ce qui permettait de considérer, selon le lien théorique que l’on établissait entre propriété et souveraineté, soit que la découverte conférait un double titre, soit au contraire qu’elle n’était que le moyen d’acquisition d’un droit au sol et non au gouvernement. Westlake en l’espèce opte très clairement pour la première option : l’arrêt *McIntosh* devient ainsi l’autorité citée pour définir les conditions d’établissement de la *souveraineté* territoriale d’un sujet du droit international. La « découverte » est interprétée comme titre de souveraineté et non seulement de propriété, comme c’était le cas dans l’arrêt *McIntosh*⁹⁰⁸.

B. Incertitudes de la jurisprudence américaine

L’interprétation des conséquences juridiques de la découverte dans les arrêts postérieurs à l’arrêt *McIntosh* est nettement plus hésitante que celle qu’en propose la doctrine internationaliste : les cours étatiques, mais également la Cour Suprême, vont en effet interpréter la découverte parfois comme titre de souveraineté, parfois comme titre de propriété.

Que la découverte n’ait pas conféré aux États-Unis un titre de souveraineté, mais de propriété seulement, sera affirmé par la Cour Suprême elle-même qui, au tournant des années 1830, rend les arrêts *Cherokee Nation v. Georgia* et *Worcester v. Georgia*, dans lesquels elle précise expressément que les Nations indiennes, quoiqu’elles aient été unilatéralement privées, du fait de la découverte, d’un titre complet de propriété à leurs terres, demeurent des États souverains⁹⁰⁹. C’est, pourtant, une toute autre interprétation que propose la même Cour en 1846, dans un arrêt *United States v. Rogers*. « Les États-Unis ont adopté ce principe originellement établi par les Nations européennes », juge la Cour, « que les tribus autochtones d’Amérique du Nord ne sont pas propriétaires des territoires qu’elles occupent » - ce qui est conforme à la jurisprudence *McIntosh*, avant

cependant que la Cour n’ajoute que « les tribus indiennes résidant dans les limites territoriales des États-Unis, elles sont soumises à son autorité ». Cette réinterprétation de la découverte comme titre de souveraineté sur les terres indiennes est rendue possible par une réinterprétation des liens entre le « droit au sol » et le « droit de gouvernement » : nous avons vu ci-dessus que la solution de la Cour en 1823 est fondée sur une dissociation de ces deux droits, grâce à laquelle les conséquences juridiques de la découverte ne concernent que le premier tout en laissant intouché le second. C’est cette distinction que les réinterprétations ultérieures de l’arrêt *McIntosh* abandonneront.

Dès 1810, alors même que cette doctrine n’avait pas encore été formulée, mais que déjà la question de la nature du titre indien se posait, le juge Johnson se demandait, dans la première opinion dissidente de l’histoire de la Cour Suprême, « s’il est possible de considérer une Nation comme étant propriétaire d’une terre, alors même qu’une autre l’occuperait ». Jugeant « étrange » l’idée d’appliquer à une Nation le concept de « fee simple »⁹¹⁰, ainsi que nous l’avons rappelé plus haut, Johnson insistait ainsi sur l’indissociabilité de la dimension politique de l’espace – que traduit ici l’idée de Nation – avec sa dimension proprement juridique – à laquelle renvoie la nature de l’intérêt à la terre. Beaucoup plus explicitement, J.Evarts⁹¹¹ déclarera après que l’arrêt *McIntosh* ait été rendu que « le sol et le gouvernement sont inséparables »⁹¹², l’idée de dissocier les deux étant, selon l’un des représentants de l’État du Maine, « une idée nouvelle et infondée »⁹¹³.

La question – et sa réponse – revêtaient alors une importance pratique toute particulière : l’État de Géorgie, en se fondant notamment sur l’arrêt *McIntosh*, adopta en novembre et décembre 1827 une série de résolutions qui tiraient de la définition du titre Indien comme « titre à l’occupation » toutes les conséquences que la *Common Law* permettait d’attacher à une telle qualification. Ainsi par exemple de la troisième de ces résolutions, selon laquelle « toutes les terres appropriées et non appropriées situées dans les limites conventionnelles de la Géorgie lui appartiennent absolument ; elle y possède le titre ; les Indiens ne l’occupent que par sa permission, et elle peut, lorsqu’elle le souhaite, mettre fin à cette permission en prenant possession [de la terre] ». Mais c’est surtout la suite de la résolution qui est intéressante, car elle tire de ce principe, assurément fondé sur la jurisprudence *McIntosh*, une conséquence plus éloignée de la

lettre de cet arrêt : « la Géorgie est fondée à étendre son autorité et ses lois sur la totalité du territoire, et de contraindre à l’obéissance toute partie du peuple qu’il soit blanc, rouge ou noir »⁹¹⁴. Cette résolution s’appuyait notamment sur l’idée, exposée quelques années auparavant par le gouverneur de l’État, G.Troup, que « la Géorgie possède le titre à la terre avec *lequel la juridiction et la souveraineté sont fondamentalement connectés* »⁹¹⁵. De cette association du droit au sol et du droit au gouvernement, résulte donc nécessairement que, si le droit international reconnaît à la Nation ayant découvert un espace un titre au sol, alors ce titre fonde également un droit de gouvernement sur les personnes situées sur cet espace.

Ainsi, dès 1835, la plus haute juridiction de l’État du Tennessee jugea que l’État pouvait étendre sa compétence en matière criminelle sur le territoire occupé par les Nations indiennes, au motif que « le principe établi au XVe siècle comme loi de la chrétienté – selon lequel *la découverte confère un titre de souveraineté et de gouvernement des autochtones* infidèles d’Afrique, d’Asie, d’Amérique du Nord et du Sud – a été reconnu comme intégré au droit national depuis près de quatre siècles, et est à présent reconnu comme tel par tous les pouvoirs chrétiens, tant au niveau politique que judiciaire ». Et la Cour d’ajouter, en des termes qui rappelleront ceux de Marshall dans l’affaire *McIntosh* que « ce principe peut être contesté par les moralistes. Nous répondons : il fait partie de notre droit positif »⁹¹⁶.

Les affaires *Worcester* et *Cherokee Nation* n’ont ainsi pas mis fin à une interprétation de la découverte comme conférant un titre tant au sol qu’au gouvernement – car le second est indissociable du premier. En ce sens, plusieurs arrêts de cours étatiques ont estimé que « la découverte est aux Indiens ce que la conquête est aux Européens »⁹¹⁷. Une telle affirmation, qui reprend en les complétant les conséquences que l’arrêt *Johnson v. McIntosh* attachait à la découverte, méconnaît les interprétations ultérieures qu’en a donné Marshall lui-même en 1831 et 1832. Elles poursuivent ainsi l’œuvre de reconstruction du droit international entreprise en 1823, sous l’angle d’une affirmation toujours plus importante, d’un glissement toujours plus explicite, vers l’affirmation de la souveraineté politique de la Nation découvreuse – ce que la Cour Suprême elle-même viendra rappeler en 1955 : « le statut des Indiens a depuis longtemps été rationnalisé par la théorie juridique selon laquelle la découverte et la

conquête confèrent au conquérant la souveraineté et la propriété sur les terres ainsi obtenues ». La Cour pourtant, aussi tardivement qu’en 1872 et 1873, continuait à appliquer la doctrine « traditionnelle » de la découverte : dans un arrêt *United States v. Cook*, le titre indien à l’occupation est défini comme « aussi sacré que le titre des États-Unis à la propriété » découlant de la découverte⁹¹⁸ – une interprétation confirmée en 1873, qui insiste sur la nécessiter d’acheter les terres indiennes⁹¹⁹ : s’il est certain que la découverte est un titre de propriété, sa capacité à conférer un titre de souveraineté demeure largement hésitante dans la jurisprudence américaine.

*
* * *

L’arrêt *Johnson v. McIntosh* est l’une des manifestations les plus explicites de la construction coloniale du droit international opérée par la Cour Suprême des États-Unis au cours de la période qui nous intéresse : tant le droit international matériel, que sa définition formelle, sont construits de telle manière à fonder le titre territorial des États-Unis sur les terres Indiennes.

Quant au *contenu* du droit des gens tout d’abord, cet arrêt opère en effet une reconstruction des conséquences juridiques de la découverte. D’un fait ouvrant à l’État inventeur un droit de préemption sur les terres – c'est-à-dire conférant à ce dernier une *simple faculté* de prendre possession de l’espace – la découverte devient un fait constitutif d’un titre de propriété – c'est-à-dire conférant à l’État un droit sur le sol lui-même.

Quant à la *définition formelle* du droit des gens ensuite, cet arrêt s’inscrit dans l’évolution de la conception de ce droit que manifeste la Cour Suprême sous la présidence de Marshall. La décision marque un tournant vers une conception positiviste, à la fois dans sa référence explicite à la pratique des Nations européennes comme fondement de la valeur juridique de la découverte, et dans son refus implicite de

prendre en compte les arguments naturalistes, grâce auxquels le droit des autochtones à leurs terres pouvait être opposé à la prétendue pratique européenne.

Certes, l'arrêt n'aura pas en lui-même, dans la pratique américaine, de traduction immédiate autre que la confirmation du pouvoir exclusif du gouvernement fédéral pour entretenir des relations juridiques avec les Nations indiennes. Mais parce qu'il fonde sur le fait de la découverte l'acquisition d'un « *dominion* » de la Nation découvreuse, parce qu'il justifie par la découverte la « diminution des droits autochtones », sans donner de ces termes une définition précise, l'arrêt construit la découverte comme un principe général dont la doctrine et la jurisprudence ultérieures useront pour justifier la souveraineté des États-Unis sur les terres indiennes – mais également, et plus généralement, du fait de la reprise de cet arrêt par des Cours de Justice nationales et internationales, de toute « Nation civilisée » sur des « Nations non-civilisées ».

CONCLUSION DU TITRE 2

Pour fonder en droit leur pouvoir sur les terres indiennes et leurs habitants, les États-Unis se sont prévalu, de 1789 à 1914, de deux titres principaux – si l’on exclut les traités : la conquête d’une part, et la découverte d’autre part. Un autre titre est invoqué : l’occupation, qui sert moins cependant à fonder la compétence territoriale des États-Unis, qu’à disqualifier les revendications territoriales des Nations indiennes sur des étendues terrestres qu’elles n’occupent qu’occasionnellement.

Invoquer ces titres pour fonder une revendication territoriale présente alors un double avantage. Ces titres, tout d’abord et à la différence d’un titre conventionnel, supposent pour que leur existence soit prouvée une opération de qualification juridique des faits : la « découverte », la « conquête » ou l’« occupation » ne sont rien d’autre que *certaines faits*, auxquels le droit international confère certaines conséquences au profit de leur « auteur ». Or, Salmon l’a montré : l’opération de qualification juridique des faits est celle durant laquelle l’arbitraire est le plus à même de se réaliser – notamment et surtout dans le cadre de relations internationales qui ne connaissent pas d’autorité dont la qualification aurait priorité⁹²⁰. Le second avantage de ces trois titres est leur origine en tant que règle de droit : parce qu’elle est coutumière, et parce que la pratique internationale est abondante, l’origine de ces règles rend plus aisément leur construction en un sens unilatéral et inégal. C’est ainsi que Marshall regroupe sous la « découverte » l’ensemble des pratiques étatiques qui permettent de fonder la souveraineté des États-Unis ; c’est ainsi, également, que l’occupation fait l’objet dans le débat politique américain d’une construction idéologique réputée « universelle ». C’est ainsi, finalement, que les États-Unis entre 1789 et 1914 acquièrent la souveraineté sur leur territoire : par une définition unilatérale et positiviste du droit international.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Un rapporteur au Congrès l'a écrit en 1899 : il est impossible de donner au pouvoir des États-Unis sur leur territoire un fondement unique⁹²¹. Ce constat n'interdit pas de dégager deux fondements principaux avancés par les États-Unis : l'un consistant à refuser aux Nations indiennes la qualité d' « État », et à les priver dès lors des droits découlant de cette qualité ; l'autre consistant à reconnaître cette qualité, et à passer par les moyens prévus par le droit international pour acquérir un titre territorial – quitte à construire ces moyens de telle manière à favoriser cette acquisition⁹²² : le recours *formel* au droit international ne doit pas masquer l'intention de domination qui sous-tend cette démarche⁹²³.

Dans les deux cas, les États-Unis font œuvre coloniale : leur pouvoir n'est justifié qu'à la faveur d'une construction du droit international qui, tant quant aux conditions de titularité qu'à celles de formation du titre, a pour seul finalité d'offrir une telle justification. En définissant l'État comme une entité civilisée, indépendante et reconnue par la « famille des Nations », ainsi que nous l'avons vu dans notre premier titre, en reconstruisant les notions d'occupation et de découverte, ou en qualifiant de « conquête » des faits qui ne répondent pas aux conditions d'une telle qualification, ainsi que nous l'avons vu dans notre second titre, les États-Unis révèlent les origines coloniales d'un droit international encore largement conçu dans les mêmes termes⁹²⁴. L'intérêt de la « mise au jour » de cette construction ne saurait toutefois n'être qu'historique.

D'une part en effet, l'expérience américaine démontre que les conditions de formation et de détention d'un titre territorial sont d'une extrême flexibilité quant à leur signification. L' « indépendance », l' « organisation politique », l' « occupation », sont des termes au contenu sémantique variable et dont il peut être utile de connaître les diverses acceptations, afin de donner du droit international une théorie valable (qui

corresponde aux faits). Qu'il ne soit pas besoin d'être extérieurement souverain pour être détenteur d'un titre territorial – comme c'est le cas pour les États fédérés, ainsi que nous le verrons dans un instant, et comme ce fut pour les Nations indiennes – oblige ainsi à revoir la définition traditionnelle du territoire en droit international, qui établit entre État et territoire un lien indissociable. La pratique américaine, et le système fédéral, obligent en effet à dire qu'il est des espaces où des entités non-étatiques (selon les critères actuels de l'étatité) disposent de compétences territoriales souveraines fondées sur le droit international.

D'autre part, et conséquemment, l'expérience américaine démontre que le transfert d'un titre territorial entre deux entités – États-Unis et Angleterre, France, Espagne ou Russie pour ce qui nous concerne ici – ne signifie pas nécessairement que l'entité cessionnaire acquiert sur cet espace un pouvoir plein et entier à l'égard de toutes les autres entités. *Ce n'est en effet qu'à la faveur d'une construction coloniale* du droit international – c'est-à-dire inégalitaire, raciale, et violent dès lors ce qu'étaient alors les principes du droit des gens – *que les États-Unis ont pu se prévaloir de ces titres pour déployer leur pouvoir sur leur territoire*. Le « territoire » acquiert sous cette lumière une relativité que notre seconde partie a pour objet d'étudier.

Seconde Partie

LA CONSTRUCTION DU STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE

INTRODUCTION

« La compétence territoriale », écrit Charles Rousseau, « est susceptible de modalités variables » : « il y a d'une part un *maximum* de compétence territoriale, c'est la *souveraineté territoriale* ; il y a d'autre part et aussi des cas où l'État n'a qu'une compétence territoriale atténuée, ce que Westlake appelait “des droits territoriaux mineurs” »⁹²⁵. Ce « *maximum* de compétence territoriale » constitue « la situation normale » du « rattachement de l'espace aux formes politiques »⁹²⁶ : c'est en ce sens que la Cour Suprême juge dès 1812 que « la compétence d'une Nation à l'intérieur de son propre territoire est exclusive et absolue. Elle n'est susceptible d'aucune autre limitation que celle qu'elle se serait elle-même imposée. Toute restriction fondant sa validité sur une source extérieure impliquerait une diminution de souveraineté à la mesure de cette restriction »⁹²⁷. Cette définition, en termes généraux, du statut juridique du territoire des États-Unis est en accord avec le droit positif : à la date de ce jugement, les États-Unis viennent d'acquérir auprès de la France le titre territorial sur la Louisiane, grâce à un traité de cession qui transfert la « souveraineté » sur l'espace considéré de la seconde aux premiers⁹²⁸.

A l'apparente clarté de ces définitions répondent pourtant les difficultés que soulève leur articulation avec la nature du projet fédéral et la présence des Nations indiennes sur le territoire américain : comment définir en effet le statut juridique du territoire des États-Unis en terme de « souveraineté territoriale » si c'est un « constat indiscutable » que l'*« arrangement institutionnel »* fédéral « suppose l'existence, *sur le même territoire et concernant la même population, de deux niveaux de ‘pouvoir’*, l'instance fédérale et l'instance fédérée »⁹²⁹ ? Comment comprendre que les Nations indiennes soient les « maîtres exclusifs de leur territoire, gouvernées par leurs propres lois, usages et coutumes »⁹³⁰ si elles sont dans le même temps situées « à l'intérieur des frontières des États-Unis »⁹³¹ ?

La quasi-totalité de la doctrine répond à ces difficultés en les contournant : c'est le « *droit constitutionnel* américain [qui] maintient vivante la tradition d'une véritable souveraineté de l'État fédéré »⁹³² ; c'est une « *bienveillance du législateur fédéral* » qui « accorde aux Nations indiennes le statut d'entité se gouvernant elles-mêmes »⁹³³. Il n'y aurait ainsi dans le projet fédéral ou dans la présence des Nations indiennes à l'intérieur des frontières américaines aucune contrariété avec la définition du territoire américain en terme de souveraineté. Bien au contraire, c'est précisément *grâce à cette souveraineté*, à ce droit de l'État d'organiser librement son territoire⁹³⁴, qu'États membres et Nations indiennes jouiraient d'une certaine *autonomie* sur leurs territoires respectifs.

Telle n'est pourtant pas la conclusion à laquelle conduit une étude attentive de la construction du statut juridique du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 : la conciliation du projet fédéral et de la présence des Nations indiennes sur le territoire des États-Unis avec la définition de ce territoire en terme de souveraineté est moins affaire de droit constitutionnel que de droit international.

Pour le comprendre, il est nécessaire d'étudier comment *le statut juridique du territoire étatique*, terme employé ici en son sens générique, désignant aussi bien le territoire des États-Unis que celui des États membres ou des Nations indiennes (Titre 1), et le *statut juridique du « territoire non-étatique »*, ces espaces situés à l'intérieur des frontières américaines, mais à l'extérieur des limites des États membres ou des Nations indiennes (Titre 2), ont été définis aux États-Unis au cours du XIXe siècle.

TITRE 1 – STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE ÉTATIQUE

L'État, en droit international, se définit notamment par sa souveraineté territoriale. La définition la plus convaincante que l'on trouve de cette notion à la fin du XVIII^e siècle est celle qu'en propose Vattel lorsqu'il se penche sur la question de l' « établissement d'une Nation dans une contrée »⁹³⁵. Selon cette définition, du fait de cet établissement, l'espace géographique occupé par la Nation devient « son bien propre et sa demeure » sur lequel elle acquiert un « droit propre et exclusif » qui « comprend deux choses : 1°. le *Domaine*, en vertu duquel la Nation peut user seule de ce pays pour ses besoins, en disposer et en tirer tout l'usage auquel il est propre. 2°. l'*Empire*, ou le droit du souverain Commandement, par lequel elle ordonne et dispose à sa volonté de tout ce qui se passe dans le pays »⁹³⁶. La Nation, écrit encore Vattel, est censée disposer en même temps du domaine et de l'empire « car puisqu'elle est libre et indépendante, son intention ne peut-être, en s'établissant dans une contrée, d'y laisser à d'autres le droit de commander »⁹³⁷.

Or, c'est une définition similaire du pouvoir territorial de l'État – et des obligations qui en découlent – que l'on retrouve au cours du XIX^e siècle tant *pour penser le statut juridique du territoire des États membres, que celui des États-Unis ou des Nations indiennes* : le territoire de chacune de ces entités est défini en des termes tout à fait classiques, si bien que l'on peut affirmer que le « principe de base » de l' « ordre westphalien » se retrouve au sein même du territoire des États-Unis⁹³⁸ (Chapitre 1). La contradiction logique que semble constituer cette superposition, sur un même espace, de plusieurs entités définies comme territorialement souveraines – ce que Savigny qualifiait de « droits territoriaux contradictoires », contradiction que l'on ne peut « résoudre par une règle simple »⁹³⁹ - trouve sa solution théorique dans l'analyse des effets du titre territorial sur les personnes et entités présentes sur le territoire concerné, analyse qui doit inviter à reconsidérer la définition traditionnelle du territoire retenue par la doctrine internationaliste (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Définition des pouvoirs et obligations du détenteur du titre

La jurisprudence de la Cour Suprême, des cours fédérales et étatiques, mais les écrits de la doctrine américaine tout aussi bien, démontrent que tant les « États-Unis », que les « États membres » et les « Nations indiennes » jouissent d'une « souveraineté territoriale » au sens tout à fait « classique » du terme. Il est, en ce sens, indispensable de « passer par le concept de la souveraineté » si l'on veut comprendre comment la « question du territoire » est envisagée aux États-Unis – et, plus précisément, quelles sont les conséquences qui ont été attachées à la possession d'un titre territorial par ces trois entités⁹⁴⁰ (Section 1). A ce pouvoir correspond cependant une obligation : celle de respecter sur cet espace de souveraineté les obligations découlant du droit international lui-même. Comprise certes comme une nouvelle liberté, l'indépendance des anciennes colonies est aussi une soumission aux règles de ce qui était encore le *jus publicum europaeum*, mais qui deviendra du fait même de la sécession de 1776, un *jus publicum* sinon universel, du moins étendu au continent nord-américain⁹⁴¹. C'est dans cette perspective – celle de s'affirmer en tant qu'*États indépendants*⁹⁴² – que le territoire des États membres et des États-Unis sera construit comme espace de sanction juridictionnelle du droit international (Section 2). Et c'est grâce à cette spécificité du système américain que Scott, s'interrogeant sur la juridicité du droit international, pourra écrire au début du XXe siècle que s'il est un territoire sur lequel « *international law is law* »⁹⁴³, c'est bien sur celui des États-Unis.

Section 1 – Le territoire, lieu de pouvoir du détenteur du titre

La conception du territoire comme lieu de pouvoir exclusif et absolu de l'État trouve, dès après l'Indépendance des colonies britanniques, une traduction pratique immédiate : les nouveaux États adoptent, chacun pour eux-mêmes, des lois dont l'objet est de soumettre les étrangers – y compris et surtout les citoyens des autres nouveaux États – à des régimes juridiques discriminatoires⁹⁴⁴. Les États se prévalent alors de leur titre territorial pour fonder juridiquement ce pouvoir : c'est leur souveraineté territoriale qui leur confère cette liberté de soumettre les personnes présentes sur leur territoire aux lois qu'ils entendent promulguer.

Mais ces « lois frauduleuses qui ont été adoptées par un trop grand nombre d'États » sont une source d'« animosité et de chamaillerie »⁹⁴⁵ : la souveraineté territoriale apparaît dès le début de l'histoire américaine comme un statut juridique *problématique* pour le territoire étatique, car source potentielle de guerre ou, à tout le moins, de conflits.

Or, pour y remédier, les Pères Fondateurs vont proposer – et les États adopter – *non un renoncement à cette souveraineté* (§1) ainsi que l'affirme trop souvent la doctrine lorsqu'elle se penche sur le phénomène fédéral américain, mais *un renoncement à certains des droits qui y sont normalement attachés* (§2).

§1 – Caractère classique de la définition du « pouvoir territorial souverain » des États membres, des Nations indiennes, et des États-Unis

Si l'on peut parler de « territoire » des États membres, des Nations indiennes ou des États-Unis, c'est parce qu'il s'agit d'un lieu où s'exerce un pouvoir que ces entités sont seules, et à l'exclusion de toute autre, juridiquement fondées à exercer, en vertu du titre territorial qu'elles détiennent en leur qualité d'entité politique auto-constituée⁹⁴⁶ (A) – et, c'est, en outre, un pouvoir absolu, en ce sens qu'il est matériellement illimité (B) : « dans les limites de [leur] territoire », ces entités jouissent bien « d'une compétence discrétionnaire, ne connaissant ni de limitation *rationae personae* ni de limitation *ratione materiae* », et où elles sont par conséquent compétentes, « sauf exception », pour « accomplir en toute matière toute espèce d'acte juridique à l'égard de toutes personnes »⁹⁴⁷.

A. Nature exclusive du pouvoir

C'est un « principe bien établi du droit des gens », juge en 1853 la Cour Suprême de l'État de Géorgie, en se référant à la définition vattelienne de la souveraineté territoriale, « que la souveraineté, unie au domaine, constitue *la jurisdiction exclusive* d'un État ou d'une Nation dans son propre territoire »⁹⁴⁸. *L'exclusivité* constitue ainsi la qualité *de principe* du pouvoir de l'État sur son territoire (1) – que seul son consentement exprès permet d'écartier (2).

1. Principe d'exclusivité du pouvoir étatique à raison du territoire

Le territoire de l'État, que l'on désigne par ce terme l'État membre, les États-Unis, ou les Nations indiennes tant qu'elles ont été considérées comme sujet du droit international⁹⁴⁹, est défini, entre 1789 et 1914, comme le lieu d'un pouvoir exclusif : aucune autre entité ne peut y exercer de pouvoirs concurrents, si bien que chacune des ces entités jouit du droit au respect de son « intégrité territoriale »⁹⁵⁰. Il n'y a en effet « aucune hésitation » quant à la question de savoir quelle est l'étendue de la compétence étatique : elle est « coextensive à son territoire »⁹⁵¹. « Dans les limites d'un État » il ne peut donc y avoir « aucun autre pouvoir souverain que le sien qui puisse prétendre exercer les fonctions gouvernementales ». Ainsi est-il « contraire à l'idée même d'indépendance du gouvernement que tout autre puisse exercer un droit de domaine et une autorité concurrente au sein même de ses limites » : il est « des choses qui ne peuvent coexister »⁹⁵². « Légiférer sur son propre territoire », ainsi que le précisera la Cour Suprême du New Jersey dès 1822, « est un attribut essentiel de la souveraineté » si bien qu' « en vertu des principes généraux, un État est incompétent pour adopter des lois par lesquelles il tenterait » de remettre en cause l'effet territorial de la législation d'autres États⁹⁵³. C'est une « proposition générale » que les lois d'un pays n'ont, en elles-mêmes, aucune « force extraterritoriale »⁹⁵⁴ : les lois d'un État – en l'espèce celles de New York – ne sont donc « parfaites qu'à l'intérieur de son territoire », et ne peuvent par conséquent prétendre punir une infraction commise en dehors du territoire étatique⁹⁵⁵, pas plus qu'un État ne peut rechercher la personne responsable d'une violation de ses lois sur le territoire d'un autre État⁹⁵⁶, ou encore

conférer à l'un de ses citoyens un titre de propriété sur des terres incluses dans les frontières d'un autre État⁹⁵⁷.

Cette exclusivité du pouvoir étatique au sein de ses frontières ne vaut toutefois qu'à la condition que l'État concerné jouisse sur l'espace considéré d'un titre juridiquement valable au regard du droit international. C'est ainsi que, dans une affaire particulièrement intéressante, la Cour Suprême de l'État de New York a jugé que la simple occupation, par l'armée fédérale, d'un fort situé sur son territoire et n'ayant jamais été légalement cédé aux États-Unis, ne se trouve pas, du simple fait de cette occupation, soustrait à l'exclusivité de la juridiction étatique⁹⁵⁸. A la suite d'un crime commis par un individu au sein de l'ouvrage fortifié en question, la Cour a ainsi jugé que « la terre sur laquelle le Fort Niagara est bâti, n'ayant jamais été cédée par cet État aux États-Unis, appartient à cet État, dont les cours ont donc compétence pour sanctionner les infractions aux lois de cet État commises au sein du fort ou de ses enceintes, et ce alors même qu'il a été mis en garnison par les troupes des États-Unis, et détenu par ces derniers depuis la défaite de la Grande Bretagne [suite à la guerre d'Indépendance] »⁹⁵⁹. De même, dans l'affaire *Gibbons v. Livingston*, déjà citée et dont a eu à connaître la Cour Suprême du New Jersey, il a été jugé que la seule *revendication* par un État d'une souveraineté sur un espace ne pouvait suffire à elle seule, dès lors qu'elle n'a pas été reconnue comme juridiquement fondée, à exclure l'applicabilité des lois de l'État détenteur d'un titre reconnu comme valable⁹⁶⁰. Ainsi, et comme l'écrira Wheaton quelques années plus tard, « le droit exclusif de chaque État indépendant à son territoire et à ses autres biens est fondé sur le titre originellement acquis par l'occupation, la conquête ou la cession »⁹⁶¹. Dès lors qu'un titre existe, « ce droit exclusif comprend les biens publics ou domaine de l'État »⁹⁶².

« Tout État » a ainsi « le contrôle de son propre sol et de toutes les choses qui lui sont attachées ou annexées, tous les vaisseaux amarrés aux jetées ou stationnés dans les ports à l'intérieur de ses côtes »⁹⁶³. Le « territoire » est constitué, notamment, de « la terre et [d]es eaux adjacentes sur lesquelles » l'État « revendique et exerce son *dominion* et son contrôle en tant que pouvoir souverain ». Le terme de « territoire » est utilisé « dans son sens physique, et non seulement métaphorique – il réfère aux aires et districts dont la situation est fixe et les frontières reconnues »⁹⁶⁴.

L'État territorialement souverain est ainsi celui dont le pouvoir est exclusif tant à l'égard du sol que des personnes : quoique le pouvoir sur le premier puisse s'analyser en terme de « propriété », et le second en terme de « souveraineté »⁹⁶⁵, « la juridiction et le sol vont de pair »⁹⁶⁶. Aux États-Unis, qui avaient accordé à une compagnie ferroviaire le droit de construire sur leurs terres une voie ferrée, la Nation Cherokee rappela ainsi que les États-Unis avaient « transféré le territoire concerné aux Cherokee » en « fee simple » et que cet espace par conséquent « se trouve sous la souveraineté et la juridiction » des Cherokee. En entamant des travaux de construction, la *Southern Kansas Railway Company* est donc entrée « sur le domaine et territoire » de ces derniers « sans droit, ni consentement ou autorisation »⁹⁶⁷.

2. Le consentement de l'État, exception à l'exclusivité du pouvoir étatique

Cette exclusivité du pouvoir de l'État à l'intérieur de ses frontières n'interdit cependant pas à l'État territorial d'y renoncer – à la condition qu'il y ait expressément consenti. Or, la question du consentement de l'État à l'exercice, sur son territoire, du pouvoir d'un autre État est particulièrement importante au cours du XIXe siècle, où tant les conséquences de l'adoption de la constitution fédérale, que celles de la présence des Nations indiennes sont, notamment, envisagées sous cet angle.

Selon une opinion constante, et sur laquelle nous reviendrons⁹⁶⁸, la constitution fédérale n'opère pas un transfert du titre territorial des États membres au gouvernement fédéral : comme l'a rappelé le juge Marshall en 1818, dans l'affaire *U.S. v. Bevans*, les Pères fondateurs de la constitution n'ont jamais considéré que cette dernière opérait comme « une cession de territoire, ou, ce qui est essentiellement la même chose, comme la cession d'une compétence générale ». La constitution en effet ne fait que conférer au juge fédéral et au gouvernement des États-Unis « le pouvoir d'adopter des lois dans certains domaines » : la « compétence générale » sur le territoire des États est bien celle des États eux-mêmes, celle du gouvernement fédéral n'étant qu'une compétence particulière, strictement limitée aux domaines énumérés dans le texte de 1787⁹⁶⁹. Dès lors, ainsi que le précisera l'année suivante la Cour Suprême de l'État de New York, « le pouvoir de légiférer exclusivement » au sein des « limites d'un État » ne peut être acquis

« par les États-Unis » qu’avec « le consentement de la législature de l’État » concerné, et non en le « dépossédant » unilatéralement, fut-ce avec son « consentement tacite »⁹⁷⁰.

Les États-Unis ne peuvent donc, *sur le territoire d’un État et sans son consentement*, acquérir quelque droit de législation que ce soit – mais seulement des droits de propriété privée, comme peut le faire tout citoyen étranger sur le territoire d’un autre État⁹⁷¹ - pas plus qu’ils ne peuvent – c’est une question rarement soulevée – disposer du territoire des États membres⁹⁷². Et ce qui vaut entre les États-Unis et les États membres vaut également entre les États eux-mêmes⁹⁷³, entre les États-Unis et les Nations Etrangères⁹⁷⁴, et, enfin, entre les Nations indiennes et toute autre entité souveraine : ainsi que le rappelait l’Attorney General W.Wirt, « tant qu’une tribu existe et demeure en possession de ses terres, son titre et sa possession sont souverain et exclusif, et il n’existe aucune autorité qui puisse entrer sur ses terres, pour quelque raison que ce soit, *sans son consentement* »⁹⁷⁵.

Un tel consentement a, au cours du XIXe siècle, été obtenu à de nombreuses reprises, soit par les États-Unis sur le territoire d’États étrangers, soit au sein même du territoire américain, par les diverses entités qui ont été reconnues comme y jouissant de la souveraineté.

La convention passée entre les États-Unis et la République de Panama pour la construction et l’administration du Canal du même nom constitue l’un des exemples les plus connus de renoncement, par un État, à l’exclusivité de la compétence sur son territoire au profit d’un autre État⁹⁷⁶. Mais l’exemple le plus intéressant, hors les cas inclus dans la constitution fédérale elle-même⁹⁷⁷, est sans doute celui fourni par les relations entre les Nations indiennes et les États-Unis qui, par de multiples traités⁹⁷⁸, ont accordé au gouvernement fédéral le droit d’exercer sur leur territoire certaines des compétences normalement attachées à la souveraineté : dès 1778, les États-Unis concluent ainsi et par exemple avec diverses Nations indiennes des conventions relatives aux compétences juridictionnelles respectives des deux Nations en matière criminelle⁹⁷⁹. L’article 4 du traité du 17 septembre 1778, conclu entre les États-Unis et la Nation Delaware stipulait ainsi que ni les premiers, ni la seconde ne pourraient juger seuls des crimes et infractions commis par leurs citoyens contre un citoyen de l’autre entité

partie⁹⁸⁰. L'article 10 du traité signé en 1791 avec la Nation Cherokee prévoit pour sa part que cette dernière doit extrader tout membre de cette Nation responsable de certaines infraction⁹⁸¹, la Nation Wyandot étant quant à elle, en vertu de l'article 5 d'un traité signé en 1789, tenue au même type d'obligation⁹⁸². On sait également que d'innombrables traités ont accordé soit aux Nations indiennes, soit aux États-Unis, des « droits territoriaux mineurs » sur le territoire de l'une ou l'autre de ces deux entités⁹⁸³ - certains cependant étant allés jusqu'à priver les Nations parties de la libre disposition de leur compétence territoriale⁹⁸⁴.

On ne saurait toutefois conclure avec Clinton que ces différents traités sont constitutifs d'un « empiètement » sur la souveraineté territoriale des Nations concernées, dans la mesure où ces exceptions à l'exclusivité ou à la libre disposition de leur compétence ont été acceptées par traité⁹⁸⁵.

B. Nature absolue du pouvoir

Le pouvoir d'un État au sein de son territoire n'est pas seulement, en vertu des principes du droit international, exclusif – il est encore absolu : « l'un des principes de base de la confédération américaine », écrit ainsi un juge du New Jersey en 1822, « est *l'absolue souveraineté* des États pour légiférer sur leur territoire »⁹⁸⁶. La Cour Suprême affirmera de même en 1886 que le gouvernement des États-Unis « a le droit et l'autorité nécessaires pour gouverner les tribus indiennes par des actes du Congrès plutôt que par traité, celles-ci étant situées dans les limites géographiques des États-Unis »⁹⁸⁷. Or, c'est peut-être sous cet angle que la définition du pouvoir du détenteur d'un titre territorial sur l'espace concerné a, entre 1789 et 1914, le plus évolué. En effet, la jurisprudence américaine révèle durant cette période une affirmation non seulement de la nature formellement et matériellement illimitée du pouvoir du détenteur d'un titre territorial (1), mais encore et surtout du droit pour ce dernier d'adopter sur son territoire les lois de son choix – quand bien même celles-ci seraient contraire au droit international lui-même (2) : inchangée dans sa définition, la souveraineté territoriale devient toutefois, à la fin du XIXe siècle, un principe supérieur à toute autre règle internationale.

1. Absence de limites matérielle et formelle au pouvoir

Selon Halleck, « le droit exclusif de législation en matière civile et criminelle » au sein de son territoire, de même que « la réglementation de la propriété mobilière ou immobilière, par quelque titre qu'elle soit détenue et qu'elle appartienne à un étranger ou à un citoyen de l'État » relèvent de la « souveraineté naturelle de l'État » dont la privation a pour conséquence sa disparition du rang des États indépendants et souverains⁹⁸⁸. La pratique américaine au cours du XIXe siècle confirme ce caractère absolu du pouvoir étatique à l'intérieur de ses frontières.

C'est en effet, et selon une jurisprudence constante, un « principe du droit des gens », que l'on recherche alors dans la littérature vattelienne⁹⁸⁹, que toute société a « le droit de disposer, en cas de nécessité ou pour la sécurité publique, de toute la richesse de l'État »⁹⁹⁰. Ce « droit de domaine éminent », « inséparable de la souveraineté »⁹⁹¹, fait ainsi de la *propriété privée*, à la différence de la souveraineté territoriale, un droit qui n'est « ni absolu, ni intangible », car toujours soumis tant au pouvoir de taxation de l'État, qu'à celui de ce dernier de priver « pour tout ou partie », les propriétaires de leurs biens⁹⁹². L'existence de propriétés privées sur le territoire étatique ne saurait ainsi priver l'État de sa souveraineté⁹⁹³ : c'est, bien au contraire, la propriété des individus qui est soumise à la suprématie territoriale de l'État, qu'elle soit celle de ses citoyens ou d'étrangers⁹⁹⁴ - et que ce « droit de domaine éminent » soit exercé par un État membre⁹⁹⁵, le gouvernement fédéral⁹⁹⁶, ou une Nation Indienne⁹⁹⁷.

Formellement absolue en ce sens qu'elle permet au détenteur du titre territorial de *disposer* librement de ses terres, la souveraineté territoriale l'est également matériellement : si de nombreux arrêts permettent de dire que le détenteur d'un titre territorial est libre, en vertu du droit international, de fixer librement son régime politique⁹⁹⁸ - ce qui inclus le libre choix et la libre révision de sa constitution⁹⁹⁹ - de soumettre à son pouvoir toutes les choses et toutes les personnes, y compris étrangères¹⁰⁰⁰, situées au sein de ses frontières¹⁰⁰¹, ou encore de faire exécuter par la force ses actes normatifs¹⁰⁰², c'est bien la définition donnée par la Cour Suprême dans l'arrêt *The Exchange* qui résume le mieux l'absoluité de ce pouvoir : la souveraineté

territoriale – qu'elle soit celle des États-Unis, des États membres ou des Nations indiennes, c'est le droit de tout faire au sein de son territoire¹⁰⁰³.

2. *Supériorité de la souveraineté territoriale sur les autres normes internationales*

La définition du pouvoir du détenteur d'un titre territorial que nous venons d'exposer ne fait pas, au cours du XIXe siècle, l'objet de changements importants : elle répond à la définition vattelienne d'un droit exclusif et absolu, d'empire et de domaine, sur l'espace concerné. Ce qui, par contre, évolue au cours de cette période, c'est l'importance prise par le titre territorial : « principe du droit international », cette souveraineté devient en effet, à la fin du XIXe siècle...le fondement de la violation du droit international lui-même.

Lorsque la Cour Suprême en 1889 juge dans l'arrêt *Chae Chan Ping v. United States* – considéré comme la première affirmation explicite par les États-Unis du droit pour le souverain territorial d'adopter des lois contraires aux prescriptions internationales¹⁰⁰⁴ – que « le gouvernement des États-Unis, par l'intermédiaire de son assemblée législative, p[eut] exclure les étrangers de son territoire » parce que « la compétence de l'État sur son propre territoire est, en cette matière, celle de toute Nation indépendante »¹⁰⁰⁵, l'affirmation n'a, en-soi-même, rien d'original ni de novateur : nous avons vu ci-dessus que le pouvoir du souverain territorial d'admettre ou non des étrangers sur son territoire, et de les soumettre à ses lois, est assez tôt reconnu¹⁰⁰⁶.

Ce qui, par contre, manifeste un changement dans l'importance accordée à la souveraineté territoriale de l'État, c'est que cet arrêt a pour conséquence la confirmation de la constitutionnalité d'une loi *contraire à un traité international*.

Conformément à la possibilité pour un État de renoncer à certains des pouvoirs normalement attachés à sa souveraineté, les États-Unis en l'espèce étaient en effet partie à un traité avec la Chine, d'après lequel « les États-Unis d'Amérique et l'Empereur de Chine reconnaissent le droit inhérent et inaliénable de tout homme de changer sa résidence et son allégeance, de même que les avantages mutuels de l'immigration et de l'émigration de leurs citoyens et sujets respectifs vers l'un ou l'autre des deux

pays »¹⁰⁰⁷. Or, postérieurement à la conclusion de cette convention, le Congrès devait adopter plusieurs actes relatifs aux travailleurs chinois, auxquels ils interdisaient l'entrée sur le territoire¹⁰⁰⁸. La Cour avait alors été saisie par M.Chae, un travailleur chinois résidant à San Francisco, qui s'était vu refuser l'entrée sur le territoire américain après qu'il soit retourné en Chine, car entre son départ des États-Unis et son retour, avait été adoptée la loi de 1888 par laquelle tout retour était prohibé. M.Chae contestait la constitutionnalité de cette loi, au motif qu'elle violait les traités conclus entre les États-Unis et la Chine¹⁰⁰⁹.

La réponse de la Cour est sans ambiguïté : « le pouvoir du législateur américain d'exclure les étrangers des États-Unis est inhérent à la souveraineté, et il ne peut y être renoncé de manière définitive par traité. L'acte du 1^{er} octobre 1888, par lequel les travailleurs chinois sont exclus des États-Unis, résultait d'un exercice du pouvoir législatif conforme à la constitution, et sa contrariété avec les traités conclus entre les États-Unis et la Chine a pour conséquence l'abrogation de ceux-ci »¹⁰¹⁰.

La Cour ce faisant ne fait que suivre le développement plus général du droit international classique et de sa conception par les États. Quoique la définition de la souveraineté territoriale ne change pas, sa valeur juridique, elle, évolue : si la « souveraineté territoriale » n'a jamais cessé de décrire « une relation au territoire parallèle à celle qu'entretiennent les individus à leur terre », le territoire étant considéré comme « l'espace d'une compétence absolue », cette conception du pouvoir étatique acquiert au cours du XIXe siècle une importance prépondérante par rapport à toute autre norme¹⁰¹¹.

Ainsi, alors même qu'en 1812, la Cour Suprême avait déjà affirmé que l'État est souverain sur son territoire mais que les normes adoptées par le législateur doivent toujours être interprétées conformément au droit international¹⁰¹², la première conception est devenue, en 1889, la seule qui soit utilisée par la Cour pour résoudre l'affaire soumise à son jugement. Fondée sur le droit international, la souveraineté de l'État sur son territoire est devenue le meilleur argument de la violation des prescriptions de ce droit.

§2 – Conséquences de la constitution fédérale sur le statut juridique du territoire des États membres

Si, comme nous venons de le voir, le territoire de l'État membre peut être défini dans les mêmes termes que ceux qui permettent de définir le territoire de l'État en droit international, c'est que la constitution fédérale se contente de constitutionnaliser les restrictions *jus naturalistes* à la souveraineté territoriale (A), et de prévoir un mécanisme de garantie juridictionnelle du titre territorial de l'État membre – sans pour autant modifier la nature de ce dernier (B). Contrairement, en effet, à l'opinion doctrinale quasi-unanime et que nous avons déjà rencontrée¹⁰¹³, d'après laquelle les États membres d'une Fédération « n'ont de droits qu'en leur qualité de membres de l'État fédéral » car ils auraient « perdu leur *status*, leur condition juridique primitive, et (...) n'[auraient] plus d'autre *status* légal que celui qu'ils possèdent à l'intérieur de l'Union »¹⁰¹⁴, la constitution fédérale américaine n'opère pas de déplacement du fondement de la compétence des États membres du droit international au droit interne.

A. constitutionnalisation des restrictions jus naturalistes à la souveraineté territoriale

La définition de la souveraineté territoriale telle qu'elle est comprise par les auteurs du droit des gens, et par Vattel notamment, ne saurait être complète sans que soient rappelées les limites que posent ces auteurs au droit d'empire et de domaine de l'État (1). Or, ce sont ces limites que les Pères Fondateurs de l'Union américaine choisissent, en 1789, de constitutionnaliser, afin de leur conférer une force juridique supérieure à celles de simples « droits naturels » auxquels les cantonnaient la doctrine et la pratique jusque là (2) : loin d'être comprise comme un renoncement au droit des gens, la construction constitutionnelle des limites posées par ce droit à la souveraineté territoriale des États membres est conçue au contraire comme *assurant sa pleine réalisation*. Sur ce point, comme l'a bien vu le Pr. Zoller, le statut juridique du territoire de l'État membre est celui d'une souveraineté « moderne » en ce sens qu'elle est limitée par le nécessaire respect des droits des individus¹⁰¹⁵.

1. *Limites jus naturalistes au droit d'empire et de domaine dans la doctrine internationaliste*

Face à la sévère critique que la doctrine internationaliste de l'entre-deux guerres a adressée à la conception vattelienne du droit des gens, soupçonnée d'être celle du tout pouvoir des États quand la doctrine grotienne serait plus favorable à la modération de ce pouvoir par les principes du droit naturel, il faut rappeler avec la Pr. Jouannet qu' « en dépit de la primauté apparente accordée au droit des gens positif, Vattel maintient toujours conjointement l'existence d'un droit naturel s'appliquant également aux rapports entre États »¹⁰¹⁶. Or, cette référence au droit naturel est fréquente dès lors qu'est en cause l'exercice par l'État des droits attachés à son titre territorial : elle fait peser sur le détenteur du titre certaines obligations qui, cependant, n'ont qu'un caractère « imparfait ».

Pour comprendre la nature des limites posées par Vattel à la souveraineté territoriale de l'État, il faut revenir à *l'origine* du droit de domaine et d'empire – non pas d'un point de vue positif, ce qui supposerait de rechercher à quel titre un État revendique tel ou tel espace comme formant son territoire – mais d'un point de vue théorique – ce qui suppose de recherche la *justification* de l'existence même de ces droits.

Or, comme l'écrit Vattel, à l'origine, « la terre appartient aux hommes en général : destinée par le Créateur à être leur habitation commune et leur mère-nourrice, tous tiennent de la Nature le droit d'y habiter et d'en tirer les choses nécessaires à leur subsistance et convenables à leurs besoins ». Si une Nation peut « s'établir dans une contrée », et y revendiquer un « droit de domaine et de jurisdictions exclusifs », c'est que « le Genre humain s'étant extrêmement multiplié, la terre n'était plus capable de fournir d'elle-même et sans culture, à l'entretien de ses habitants ; et elle n'eut pu recevoir une culture convenable de peuples vagabonds, auxquels elle eut appartenu en commun » : c'est pourquoi « il devint nécessaire que ces peuples se fixassent quelque part, et qu'ils s'appropriassent des portions de terrain (...). Voilà ce qui doit avoir donné lieu aux droits de propriété et de domaine, ce qui *en justifie* l'établissement »¹⁰¹⁷.

L’importance de cette référence à une « communauté primitive» au sein de laquelle l’espace n’est pas approprié, tient non seulement au fait qu’elle relève d’une tradition bien établie lorsque Vattel publie son *Droit des gens...*¹⁰¹⁸, mais également et surtout au rôle que *cette notion continue à jouer après l’introduction des droits d’empire et de domaine*. En effet même si, comme on a pu le noter, « pour Vattel, reconnaître (...) la spécificité du droit naturel applicable aux États, c’était en fait annoncer la disparition de celui-ci »¹⁰¹⁹, il n’en demeure pas moins que ce droit continue à jouer dans la doctrine vattelienne du droit des gens un rôle important, car il atténue considérablement le poids accordé à la souveraineté de l’État sur son propre territoire : « le Domaine des Nations », écrit ainsi Vattel après sa référence à la terre comme bien commun de tous les Hommes, « n’empêche donc point que chacune n’ait encore quelque droit sur ce qui appartient aux autres, dans les cas où elle se trouverait privée de l’usage nécessaire de certaines choses, si la propriété d’autrui l’en excluait absolument »¹⁰²⁰. De cette affirmation, suit l’énumération d’un certain nombre de droits que détient en vertu du droit naturel une Nation sur le territoire d’une autre : droit de se procurer des vivres, droit de se servir des choses appartenant à autrui, droit de passage, droit d’usage innocent ou encore droit d’habiter dans un pays étranger¹⁰²¹.

La doctrine vattelienne est, notamment, assez précise sur ce dernier point. En effet, les auteurs de l’Ecole Moderne du Droit de la Nature et des Gens, pour concilier l’émergence de l’ordre westphalien avec la liberté de mouvement qui prévalait avant cette territorialisation des relations interétatiques, ont dénié à l’État un droit absolu d’exclure les étrangers présents sur son territoire¹⁰²². L’auteur du *Droit des gens...* consacre ainsi un chapitre entier aux « Règles à l’égard des étrangers ». Il est vrai que le chapitre s’ouvre par l’affirmation du pouvoir exclusif du souverain de contrôler l’entrée de son territoire, et par conséquent de la soumettre aux conditions qu’il entend¹⁰²³. Mais Vattel ajoute immédiatement : « Est-il nécessaire d’avertir, que le maître du territoire doit respecter ici les devoirs de l’humanité ? Il en est de même de tous les droits ; le propriétaire peut en user librement, et il ne fait injure à personne en usant de son droit ; *mais s’il veut être exempt de faute et garder sa conscience pure, il n’en fera jamais que l’usage le plus conforme à ses devoirs* »¹⁰²⁴. Enfin, Vattel réitère à nouveau cette obligation d’humanité faite à la Nation dans le Chapitre X, où il précise que « le passage ou le séjour étant (...) d’utilité innocente, la Loi Naturelle ne lui donne

point le droit de le refuser »¹⁰²⁵ - que le passage et le séjour soient ceux de personnes ou de marchandises¹⁰²⁶.

Ainsi *la communauté originaire qui prévalait entre les hommes se prolonge-t-elle après l'introduction des droits de domaine et d'empire de l'État, et limite la souveraineté de ce dernier*. En vertu de la « société naturelle », le citoyen d'un autre État doit être librement reçu dans un pays étranger : les Nations ont l'obligation de lui accorder ce droit¹⁰²⁷. Les étrangers possèdent ainsi un droit indépendant, car fondé sur le droit naturel, d'entrer et de circuler librement sur les territoires nationaux, et par lequel le souverain qui reçoit un étranger « s'engage à le protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté »¹⁰²⁸.

La même construction vaut pour le statut juridique des fleuves – dont l'importance pour le commerce international est alors cruciale. Après avoir noté que la rivière appartient au Peuple sur les terres duquel elle coule, Grotius précise que « cette même rivière, considérée comme eau courante, est du nombre des choses qui sont demeurées en commun, c'est à dire que chacun peut y boire et y puiser autant qu'il en a besoin »¹⁰²⁹. Vattel, après Grotius et Pufendorf, estime tout également qu' « un fleuve peut être soumis au domaine et à l'empire », mais qu'en sa qualité d'eau courante « il demeure commun »¹⁰³⁰. Si cela justifie que chacun puisse y boire ou puiser, ce statut autorise également, selon ces mêmes auteurs mais également selon Wheaton, que « le droit de naviguer pour des motifs commerciaux sur une rivière qui s'écoule sur le territoire de plusieurs États » soit « commun à toutes les Nations situées sur les différentes parties de ses rives »¹⁰³¹.

Si, comme nous l'avons exposé dans les lignes précédentes, le droit naturel constitue dans la doctrine vattelienne une limite importante à la souveraineté territoriale de l'État, encore faut-il préciser quelle est la force juridique de ce droit. On ne saurait en effet passer sous silence la brèche dans laquelle se sont engouffrées la doctrine et la pratique internationales classiques pour rejeter toute limitation extérieure – c'est-à-dire ne découlant pas du consentement exprès de l'État – à la souveraineté territoriale de ce dernier. Cette brèche est celle de la qualification, par Vattel, des droits découlant de la « communauté originaire » de « droits imparfaits » - une qualification que la constitution américaine aura précisément pour objet de rejeter.

Du droit naturel, les États tirent en effet, selon Vattel, deux types d'obligations qui se distinguent de par la force avec laquelle elles s'imposent à eux. D'une part, un « droit parfait » est un droit « auquel se trouve joint le droit de contraindre ceux qui ne veulent pas satisfaire à l'obligation qui y répond » ; d'autre part, un « droit imparfait est celui qui n'est pas accompagné de ce droit de contraindre » et, ajoute Vattel, « on comprendra maintenant sans difficulté pourquoi le droit est toujours imparfait quand l'obligation qui y répond dépend du jugement de celui en qui elle se trouve »¹⁰³².

Or, l'ensemble des droits que nous avons évoqués ci-dessus relèvent de la seconde catégorie.

Alors qu'il évoque l'obligation pour le Souverain de recevoir sur son territoire les étrangers, et de les traiter avec les mêmes égards que sa propre population, Vattel rappelle ainsi que le souverain territorial conserve le droit de les en exclure, et que « le propriétaire peut en user librement, et il ne fait injure à personne en usant de ce droit ». La seule sanction qui découlerait du refus de reconnaître à un étranger la protection que le droit naturel lui accorde serait l'impureté de la conscience du « propriétaire » du territoire concerné¹⁰³³. De même, après avoir rappelé que le droit de domaine et d'empire n'a pas mis fin aux droits découlant de la communauté originaire des hommes¹⁰³⁴, Vattel rappelle qu' « il faut peser soigneusement toutes les circonstances, pour faire une juste application de ces principes »¹⁰³⁵ : à la différence du droit parfait que détient l'État à l'égard de son territoire, les atteintes à cette souveraineté sont soumises au jugement en conscience de l'État, mais également aux circonstances.

Comme l'a bien noté la Pr. Jouannet, si « on ne saurait sous-estimer le fait que les premiers théoriciens du droit international classique comme Wolff et Vattel considèrent encore ce droit naturel comme réellement juridique », encore faut-il bien voir qu' « en le reléguant dans l'ordre du droit imparfait, c'est-à-dire d'un droit dont la violation ne donne pas lieu à réparation, ils annoncent une liquidation à terme de l'idée d'un droit directement applicable à l'ensemble des hommes »¹⁰³⁶. Dans la doctrine internationaliste classique, dès la moitié du XIXe siècle, la souveraineté territoriale s'assimile ainsi à un droit absolu et exclusif sur les personnes – voir l'exemple de

l’immigration – et sur le sol – voir l’exemple de l’utilisation des fleuves internationaux. Certes, il est admis que l’État peut renoncer partiellement à l’exercice du pouvoir que lui confère son titre territorial, en concluant, par exemple, des conventions sur ces sujets. Pour autant, c’est toujours, en dernière instance, le pouvoir exclusif de l’État sur son territoire qui l’emportera¹⁰³⁷.

C’est cette logique, caractéristique de la nature juridique classique du territoire en droit international, que la constitution fédérale va s’efforcer de rejeter, afin de former entre les États membres une « union plus parfaite »¹⁰³⁸.

*2. La constitutionnalisation des limites *jus naturalistes*, « fondement de l’Union »*

La constitution de 1789 avait pour ambition, c’est un point trop souvent passé sous silence, de *fonder un nouvel ordre interétatique, défait des apories d’un système européen jugé inefficace et belligène*¹⁰³⁹. Dans cette perspective, la garantie des droits naturels exposés ci-dessus était fondamentale, et sera rendue effective par leur constitutionnalisation : l’article IV, Section 2 de la constitution relatif au statut des ressortissants d’un État lorsqu’ils se trouvent sur le territoire d’un autre État (a) et l’article I, section 8, relatif à la liberté du commerce entre les États, qui va notamment servir de fondement au développement des principes relatifs à la libre navigation sur les fleuves traversant le territoire de plusieurs États (b), ne sont que des reprises des « limites naturelles » à la souveraineté territoriale de l’État. Dans les deux cas, la doctrine et la jurisprudence qui ont interprété ces clauses ont en effet démontré que leur inscription dans la constitution n’était que la *traduction en droit positif des limites que le droit naturel pose à cette souveraineté*.

a. constitutionnalisation des « priviléges et immunités » des « étrangers »

Selon l’article IV, Section 2 de la constitution américaine « les citoyens de chaque État auront droit à tous les priviléges et immunités des citoyens dans les divers États ». Cette disposition est une reprise considérablement allégée du quatrième article des Articles de la Confédération¹⁰⁴⁰, dont Madison avait

dénoncé dans le *Fédéraliste* la « remarquable confusion de langage » sur laquelle il reposait¹⁰⁴¹. La forme adoptée en 1789 a permis d'éviter ces imprécisions, sans pour autant remettre en cause ce qui en avait fondé l'introduction, à savoir le maintien de la paix et du commerce entre les États de l'Union¹⁰⁴². En ce sens, cette clause constitutionnelle peut s'interpréter comme la traduction en droit positif des prescriptions *jus naturalistes* sur lesquelles insistait la doctrine internationaliste depuis Grotius au moins. En effet, si l'on remarque que dans cette doctrine, « l'idée d'une communauté antérieure, originaire et universelle du genre humain, dépassant les clivages étatiques, survit (...) de façon plus ou moins explicite » quoique « cette communauté universelle n'a[it] pas de rôle opératoire significatif, puisque l'interétatisme incite à reléguer l'individu dans l'ordre juridique interne des États »¹⁰⁴³, alors il est possible de remarquer que la constitution américaine confère à ce concept, par l'introduction de la clause d'immunité et de priviléges, un « rôle opératoire » car actualisant ce « vieux droit naturel de communication » auquel se réfèrent les auteurs du droit des gens. C'est ce que confirme l'interprétation qui a été faite de cette clause par les tribunaux américains, tant quant *au rapport* entre cette clause et le droit naturel, qui en apparaît comme le fondement, qu'à l'égard du *contenu* des droits qu'elle protège.

C'est dans l'arrêt *Corfield v. Coryell's*, rendu par une cour fédérale en 1823, qu'a été le plus longuement interprétée la disposition qui nous intéresse ici. Cette affaire concernait une loi adoptée par l'État du New Jersey prohibant aux non-résidents de cet État de ramasser des huîtres et des palourdes sur le territoire de ce dernier. En l'espèce, un navire immatriculé dans l'État de Pennsylvanie avait été saisi par les autorités du New Jersey pour violation de cette loi. La Cour, présidée par le Juge Washington dont l'opinion devait rester célèbre pour l'interprétation qu'elle propose de l'article IV, section 2 de la constitution, commence par affirmer que « le *jus privatum* qu'un État possède sur son sol immergé (...), tel que les pêcheries ici en cause, est la propriété publique de tous les citoyens de l'État auquel il appartient, et doit être utilisé en fonction de leur nécessité ou des lois qui en réglementent l'usage. ‘En vertu de la même autorité’ dit Vattel ‘le souverain peut faire des lois qui règlent la manière dont on doit user des biens communs. C'est ainsi que le Souverain peut établir une sage police de la chasse et de la pêche, les interdire dans les temps de la multiplication, défendre l'usage de certains filets, de toute méthode destructive, etc.’ (...) »¹⁰⁴⁴. De là découle le pouvoir

exclusif de l'État de New Jersey de réglementer l'utilisation des pêcheries en cause, et d'exclure, par exemple, toute utilisation par des personnes ne résidant pas dans l'État¹⁰⁴⁵.

A cette souveraineté de principe de l'État, la défense opposait cependant la clause d'immunités et de priviléges de la constitution et, à *défaut*, le principe du droit des gens selon lequel l'utilisation innocente de certaines choses ne peut être prohibée¹⁰⁴⁶. Or, le Juge Washington va faire droit à cet argument. « Quels sont », s'interroge le magistrat, « les priviléges et immunités des citoyens dans les différents États ? Nous n'avons aucune hésitation à confiner cette expression *aux priviléges et immunités qui sont, dans leur nature, fondamentaux* ; qui appartiennent de droit aux citoyens *de tous les gouvernements* ; et dont jouissent, de manière permanente, les citoyens des différents États qui composent cette Union depuis qu'ils sont devenus libres, indépendants et souverains. Enumérer l'ensemble de ces principes fondamentaux serait plus fastidieux que difficile. Ils peuvent néanmoins être regroupés sous ces différentes catégories : la protection par le gouvernement ; le bénéfice de la vie et de la liberté, couplé au droit d'acquérir et de posséder toute propriété, et de poursuivre et d'obtenir le bonheur et la sécurité ; tout en étant cependant sujet aux obligations justement prescrites par le gouvernement pour le bien commun de tous »¹⁰⁴⁷.

L'analyse par le juge Washington du pouvoir de l'État membre à l'égard des personnes qui, souhaitant entrer ou séjourner sur son territoire, n'en sont pas citoyennes, s'opère ainsi selon un schéma de raisonnement similaire à celui par lequel la doctrine internationaliste interprète l'influence des prescriptions du droit naturel sur le pouvoir de l'État. La clause a pour but d'assurer le respect, par les États y ayant consenti lors de l'adoption de la constitution, des devoirs découlant des considérations d'humanité et de communauté du sol. Certains auteurs ont ainsi noté la logique de « droit naturel » qui prévaut dans le passage sus-cité¹⁰⁴⁸. Mais au-delà de cette logique, c'est également le contenu précis des droits reconnus, sur la base de l'article IV section 2 de la constitution, par la jurisprudence postérieure de la Cour Suprême, qui tend à prouver que cette clause constitue une construction positive du droit des gens « nécessaire ».

De manière générale en effet, la Cour a reconnu que les « priviléges et immunités » en cause ne concernent que des droits de nature « privée »¹⁰⁴⁹ et qu’ils ne sauraient s’étendre aux droits politiques, une logique qui prévalait déjà dans la doctrine vattelienne, selon laquelle « le Citoyen, ou le sujet d’un État, qui s’absente pour un temps, sans intention d’abandonner la société dont il est membre, ne perd point sa qualité par son absence »¹⁰⁵⁰. C’est ainsi que le droit de suffrage ne fait pas partie des priviléges qu’un État doit reconnaître aux citoyens d’un autre État¹⁰⁵¹, pas plus que ne sont garantis à ceux-ci les droits « quasi-politiques » tel que celui d’accéder à certaines professions réglementées¹⁰⁵². A l’inverse, le droit de posséder une propriété privée, de jouir d’une telle propriété¹⁰⁵³ ou encore de passer sur le territoire d’un autre État ont été expressément reconnus comme étant protégés par la clause d’immunités et de priviléges¹⁰⁵⁴. Autant de droits que Vattel estimait devoir découler des règles que le droit naturel commande d’appliquer aux étrangers.

Aussi peut-on conclure avec Meyers qu’ « au regard de la condition dans laquelle se trouvaient les différents États au moment de l’adoption de la constitution, et les buts qu’on pensait alors être ceux pour lesquels la constitution a été adoptée, il est permis de penser que le but de l’introduction de la clause qui nous intéresse ici fut d’empêcher chaque État d’infliger aux citoyens des autres États qui franchiraient leurs frontières les inconvénients normalement attachés à la qualité d’étranger »¹⁰⁵⁵. Comme nous l’avons montré en effet, cette clause doit être comprise comme *une construction formelle, et non matérielle*, du droit international tel qu’il est présenté par la doctrine internationaliste à la fin du XVIIIe siècle. Ainsi l’État membre de l’Union américaine est-il un État dont la souveraineté est limitée par l’interdiction de toute discrimination entre ses citoyens et ceux d’autres corps politiques pour tout ce qui concerne leur « statut privé » ou, pour le dire en des termes plus proches du vocabulaire contemporain de l’adoption de la clause en cause, pour tout ce qui touche à leur humanité.

b. Constitutionnalisation du droit de passage sur les fleuves interétatiques

La rivière qui s’écoule entièrement dans les limites du territoire d’un État est absorbée par le « principe territorial », et fait partie de ce qu’Oppenheim appelle les « *fictional parts* » du territoire : son statut ne diffère en rien

de celui du sol solide. Il en va, au moins en théorie, différemment lorsque la rivière s'écoule sur le territoire de plusieurs États¹⁰⁵⁶ : par recours à l'idée d'une communauté primitive des biens¹⁰⁵⁷, ou par référence à la notion de « servitude naturelle » d'après laquelle la continuité physique du fleuve réclamerait une continuité juridique des droits¹⁰⁵⁸, la doctrine internationaliste comme les États en pratique ont revendiqué un droit à la libre navigation sur ces voies d'eaux dites « internationales ». Il est, cependant, possible de conclure avec H.Ruiz-Fabri qu'il « n'existe pas [en droit international] de principe général de limitation des souverainetés étatiques sur les fleuves internationaux »¹⁰⁵⁹. Tel n'est pas le cas au sein du système fédéral.

Certes, rien dans la constitution ne fait signe vers un renoncement des États à la maîtrise pleine et entière de leurs voies d'eau. A la différence de la clause d'immunités et de priviléges analysée ci-dessus, le texte constitutionnel est silencieux quant à la question de la navigation sur les fleuves s'écoulant sur le territoire des États-Unis. Pourtant, parmi les atteintes à la souveraineté de l'État qu'entraîne leur admission au sein du système américain, Biber fait figurer la libre navigation des rivières¹⁰⁶⁰ : l'affirmation est rendue possible par l'interprétation qu'a donné la Cour Suprême, au cours du XIXe siècle, de l'article I, Section 8 de la constitution, d'après lequel « le Congrès aura le pouvoir (...) de réglementer le commerce (...) entre les divers États »¹⁰⁶¹.

Selon la Cour en effet, « le commerce inclut la navigation. Le pouvoir de réguler le commerce comprend le contrôle, en cette matière et dans la mesure de ce qui est nécessaire, de toutes les eaux navigables des États-Unis qui sont accessibles par un autre État que celui dans lequel elles s'écoulent ». Concernant la navigation, ces eaux sont « la propriété publique de la Nation » et sont « sujettes à toute législation que le Congrès jugera nécessaire »¹⁰⁶². La clause de commerce est ainsi constitutive d'une « servitude relative à la navigation »¹⁰⁶³ grâce à laquelle le Congrès « peut réglementer tous les ponts enjambant des eaux navigables, procéder à la destruction des ponts obstruant la navigation, et punir ceux qui en reconstruiraient de nouveaux. Dans cette sphère de pouvoir, les pouvoirs tant législatif que judiciaire de la Nation sont suprêmes »¹⁰⁶⁴.

Le « droit de passage innocent », qui découle dans la doctrine vattelienne des prescriptions du droit naturel, se trouve ainsi actualisé par le recours à la notion de servitude, qui permet de concilier territorialité et interétaticité en détachant de la souveraineté l'exercice de certains droits particuliers. Le caractère opératoire de la notion, que la jurisprudence internationale n'a jamais retenu¹⁰⁶⁵, est ici assuré par la reconnaissance d'une claire distinction entre les deux dimensions du « territoire de l'État », la dimension physique conférant certains droits distincts de la dimension proprement politique du pouvoir étatique.

Ainsi l'Union américaine est-elle fondée sur les restrictions que l'« humanité » fait peser, dans la conception naturaliste du droit international, sur la souveraineté territoriale. La stabilité des relations interétatiques, au sein de la Fédération, s'en trouve renforcée – de même qu'elle l'est par la garantie juridictionnelle du titre territorial des États membres existante au sein de ce système.

B. Garantie juridictionnelle du titre territorial des États membres

La seconde conséquence de l'adoption de la constitution fédérale sur le titre territorial de l'État membre, c'est sa justiciabilité (1) – dont il ne faudrait pas déduire que les conflits territoriaux interétatiques intrafédéraux seraient soustraits au droit international : la Cour Suprême en effet joue, en cette matière notamment, le rôle d'un « tribunal international », chargé de régler pacifiquement et par le recours à ce droits les différends relatifs aux frontières des États¹⁰⁶⁶ (2).

1. Justiciabilité du titre des États membres

Selon l'article III, Section 2, Clause 1, de la constitution fédérale, « le pouvoir judiciaire [de la Cour Suprême] s'étendra aux différends entre deux ou plusieurs États ». Or, comme l'a rappelé le Pr. Beaud, cette disposition « pouvait entrer en conflit avec la jurisprudence de la Cour Suprême sur les “political questions” dans la mesure où l'on

pourrait estimer que certains litiges entre États – litiges territoriaux par exemple – relèveraient de ces litiges soustraits à la justiciabilité en raison de la nature “politique” de leur objet »¹⁰⁶⁷ : plusieurs États membres feront en effet valoir cet argument pour échapper à la Cour dans le cadre de tels conflits, au motif de leur souveraineté (a) – ce que la Cour cependant rejettéra, se fondant sur une interprétation volontariste du droit international d’après laquelle l’État ayant accepté la juridiction de la Cour, sa soumission à cette dernière ne remet pas en cause sa souveraineté (b).

a. *Doctrine des « political questions »*

Dans plusieurs arrêts, lorsqu’elle s’est trouvée confrontée à des questions soulevant celle de la détermination d’une ligne frontière ou de la reconnaissance de la souveraineté des États-Unis sur un territoire situé en dehors des limites extérieures de la Fédération, la Cour a jugé que la question en cause était une question politique ne relevant pas de sa compétence. Ainsi dans l’affaire *U.S. v. Arrendondo* la Cour devait-elle juger que : « la frontière entre les deux territoires est un sujet de controverses et de négociations entre les gouvernements américain et espagnol depuis de nombreuses années (...). Décider en faveur du plaignant supposerait d’adopter l’interprétation espagnole du traité relatif à la Louisiane, opposée aux revendications du [gouvernement des États-Unis], qui a pris possession et exercé les pouvoirs de gouvernement sur le territoire situé entre le Mississippi et Perdido. *Cette Cour n'a pas considéré la détermination de lignes frontières comme une question juridique mais politique – qu'il ne lui appartient pas de trancher, mais d'appliquer en fonction de l'action des autres départements de ce gouvernement* »¹⁰⁶⁸.

Cette qualification par la Cour Suprême des revendications territoriales comme revendications politiques insusceptibles de juridictionnalisation n’est pas seulement la conséquence de l’incompétence de la juridiction américaine pour juger d’affaires mettant en cause la validité et/ou l’étendue du titre territorial d’un État étranger : elle trouve plus largement un écho en droit international qui, dans la pratique comme en doctrine, est un droit

au sein duquel la judiciarisation des conflits est problématique, surtout dès lors qu'elle touche à des « droits fondamentaux ». Ainsi Vattel estimait-il déjà que « si l'on veut ravir à une Nation un droit essentiel (...), on ne tente pas même la voie des conférences sur une prétention si odieuse. On met dans cette querelle tous ses efforts, ses dernières ressources, tout le sang qu'il est beau de verser »¹⁰⁶⁹. Or, on se souviendra qu' « une Nation a droit à tout ce qui est nécessaire pour se conserver »¹⁰⁷⁰, ce qui inclut l'intangibilité de son territoire : dans la mesure où le droit international est construit sur une dimension territoriale du pouvoir étatique, toute mise en cause de l'étendue du territoire n'est rien d'autre qu'une remise en cause de l'étendue de son pouvoir. Aussi, si l'on peut juger que « les conflits territoriaux posséderaient, en quelque sorte, une justiciabilité naturelle », parce qu' « ils prennent la forme d'actions en revendication dont l'objet diffère de celui du contentieux de la responsabilité internationale »¹⁰⁷¹, encore faut-il rappeler, d'une part, que la judiciarisation des conflits interétatiques est extrêmement rare à la fin du XVIIIe, début du XIXe siècle, mais encore, de manière générale, que les États manifestent traditionnellement une résistance envers le règlement juridictionnel de leurs différends¹⁰⁷² : si l'examen du titre territorial des États se prête, du point de vue du juriste, particulièrement bien à un examen juridictionnel dans la mesure où il repose sur une pure opération de vérification de la validité d'une revendication, le droit auquel ce titre sert de fondement – la souveraineté – prive ce constat d'une grande partie de sa validité pratique.

Que la particularité du titre territorial, en ce qu'il a partie liée avec le pouvoir de l'État, rende délicate sa judiciarisation fût le raisonnement adopté par la Cour Suprême elle-même lors des premières affaires qu'elle eut à juger, et dont l'issue supposait de déterminer la compétence territoriale de l'un ou l'autre des États de l'Union – le cas le plus fréquent étant celui d'un particulier dont la validité du titre de propriété dépendait du régime juridique étatique applicable au lieu de situation de son bien immobilier. Ainsi de l'affaire *State of New York v. State of Connecticut* jugée en 1799 : deux individus s'étaient vus reconnaître, l'un par l'État du Connecticut, l'autre par l'État de New York, un titre de propriété sur une même parcelle de terre. Le juge Patterson devait alors remarquer que le seul moyen de déterminer qui des deux titulaires disposait d'un titre valide était de déterminer si la parcelle en cause se trouvait dans l'État du Connecticut ou de New York – une possibilité qu'il se refuse à admettre explicitement, en raison des conséquences que la reconnaissance d'une telle juridiction de la Cour serait susceptible de produire¹⁰⁷³. La souveraineté de l'État – qui est

également rappelée dans cet arrêt - interdit que l’étendue spatiale de son pouvoir fasse l’objet d’une reconnaissance par une autorité autre que l’autorité étatique – dans la mesure où cette reconnaissance s’interpréterait nécessairement comme une attribution, incompatible avec le caractère inhérent des droits de juridiction et de domaine que tire l’État de sa seule existence. Seule une transaction politique serait ainsi en mesure de régler de tels conflits : c’est cette thèse qu’avancera en défense l’État de la Virginie de l’Ouest dans l’affaire qui l’opposait à la Virginie à propos des comtés qui avaient été inclus dans ses frontières au moment de son accession au rang d’État¹⁰⁷⁴.

Selon le conseil de cet État en effet, la Cour « n’a pas compétence pour juger de cette affaire parce que les questions qu’elles soulèvent sont de caractère exclusivement politique – puisque la principale question qui doit être tranchée est celle des revendications contradictoires des deux États à l’exercice de la compétence politique et de la souveraineté sur les territoires et les habitants des deux comtés qui sont l’objet de la controverse »¹⁰⁷⁵. L’argument rappelle celui qui avait été avancé une trentaine d’années auparavant par l’État du Massachusetts dans le conflit qui l’opposait à l’État de Rhode Island, et auquel la Cour avait répondu que la question de sa compétence était douteuse en l’espèce car les parties étaient « deux États de l’Union, souverains à l’intérieur de leurs frontières »¹⁰⁷⁶.

En évoquant la doctrine des « political questions », les États de l’Union entendaient ainsi faire valoir un argument dont nous avons rappelé ci-dessus qu’il était appliqué par la Cour aux conflits entre les États-Unis et les États étrangers, et qui avait également fait l’objet de développements par Madison lors des débats devant la Convention de Philadelphie – desquels il ressortait que la Cour ne pourrait se prononcer sur des questions politiques, sans toutefois que cette notion ne soit précisément définie¹⁰⁷⁷. Il appartenait donc à la Cour de dire si la nature des conflits territoriaux intrafédéraux étaient similaires aux conflits territoriaux internationaux. Sans remettre en cause le caractère souverain de la compétence étatique à raison de son territoire, la Cour allait cependant, *grâce aux instruments que lui offrait le droit international*, opter pour la première solution – et allier ainsi souveraineté de l’État et justiciabilité du titre territorial.

b. *Rejet de la doctrine par la Cour Suprême*

La réponse de la Cour aux arguments du Massachusetts et de la Virginie de l'Ouest selon lesquels l'appréciation de la validité et de l'étendue du titre territorial étatique ne pouvait relever de la compétence judiciaire s'organise autour de deux moments complémentaires : l'un que l'on pourrait qualifier de « volontariste », parce qu'il fait du consentement des États à la juridiction de la Cour le fondement du caractère juridique de toute affaire qui lui est soumise ; l'autre, que l'on pourrait qualifier de « réaliste », qui vient nuancer cette interprétation en ne jugeant qu'avec précaution les affaires mettant en cause la reconnaissance d'un titre territorial plutôt que la simple détermination d'une ligne frontière dont le tracé serait discuté.

Dans les deux principales affaires relatives à des controverses territoriales entre États membres de l'Union, la Cour a commencé, pour répondre aux arguments selon lesquels elle n'était pas compétente, par affirmer que « le titre, la compétence, et la souveraineté sont des questions interdépendantes, que la détermination de la frontière conduit nécessairement à trancher, cette dernière étant la limite du territoire, c'est-à-dire la limite du pouvoir qui s'y exerce »¹⁰⁷⁸. La Cour, se faisant, rejette d'emblée la distinction qui apparaîtra plus tard dans la doctrine internationaliste entre conflit d'attribution et conflit de délimitation territoriale. Sa compétence pour juger des conflits territoriaux interétatiques n'apparaît donc pas comme étant fondée sur la nature du conflit, mais, comme la Cour l'affirmera expressément plus tard, sur le consentement des États, qui ont expressément reconnu sa juridiction dans la constitution.

La doctrine internationaliste, concernant les conflits territoriaux interétatiques, a en effet souvent distingué entre deux types de conflits, l'un proprement juridique, l'autre à caractère politique. Le premier type de conflit se rapporterait au cas où est disputée la *délimitation* d'un territoire – le second au cas d'une *attribution*¹⁰⁷⁹. Comme l'a noté la Cour Internationale de Justice, « chaque délimitation, aussi étroite que soit la zone controversée que traverse le tracé, a pour conséquence de répartir les parcelles limitrophes de part et d'autre de ce tracé »¹⁰⁸⁰ et, en ce sens, tout conflit territorial est un conflit d'attribution. Mais on pourrait dire alors que plus la zone concernée est vaste, plus l'issue du conflit est importante vis-à-vis de l'étendue spatiale du pouvoir étatique et, par conséquent, plus la question est susceptible d'être considérée comme politique¹⁰⁸¹ et la méfiance de l'État importante vis-à-vis de son règlement par une tierce autorité. On notera à cet égard que le Pr. Distefano, lorsqu'il se

penche sur le rôle du juge dans le cadre des conflits territoriaux, parle de « constatation » (les guillements sont de l'auteur) du titre par la juridiction, et en aucun cas d' « attribution »¹⁰⁸².

Une telle distinction, de laquelle découlait la compétence d'une juridiction pour connaître d'un conflit territorial interétatique, est rejetée dans l'arrêt précité de la Cour Suprême, dont le raisonnement semble presque annoncer celui de la C.I.J. : la Cour américaine retient une définition unitaire du conflit territorial comme conflit mettant en jeu l'étendue du pouvoir de l'État. En ce sens, à reconnaître sa compétence, la Cour admet conséquemment qu'elle sera conduite à se prononcer sur la dimension spatiale de la souveraineté territoriale.

C'est dans l'affaire *Rhode Island v. Massachusetts* – sous la plume du juge Baldwin – que la Cour Suprême va explicitement et pour la première fois affirmer sa compétence pour connaître des conflits territoriaux interétatiques. Il est nécessaire de citer ici un peu longuement le *Chief Justice* pour comprendre le raisonnement par lequel la Cour est arrivée à cette conclusion :

« Les Pères Fondateurs de notre gouvernement ne pouvaient pas ne pas savoir, alors même que cela a toujours été et est encore familier à n'importe quel homme d'État ou juriste, que les controverses entre Nations sont politiques et non judiciaires car le souverain peut seul les régler. *Par la Déclaration d'Indépendance, les États ont acquis un statut égal à celui des autres puissances de la terre*, et ont affirmé qu'ils étaient légalement fondés à faire ce que les autres États indépendants peuvent faire : “déclarer la guerre, faire la paix, contracter des alliances” ; et, en conséquence, régler leurs controverses avec une puissance étrangère, ce qu'ils ont effectivement fait en concluant une alliance avec la France en 1778, et entre eux en 1781. L'objet de ces alliances était de défendre et de préserver les droits qu'ils détiennent en tant qu'État, mais ils ont conféré au Congrès et à sa cour de justice le droit et le pouvoir de trancher les controverses qui les opposeraient entre eux, faisant de ces controverses des questions judiciaires, qu'elles surviennent au sujet d'une frontière, de leur compétence, ou de quelque cause que ce soit. *Ni l'autorité du droit, ni celle de la raison ne viennent confirmer l'argument selon lequel les frontières entre les Nations ou entre les États serait en sa nature une question plus politique que n'importe quelle autre (...).* Ces considérations permettent de définir ce qui fait d'un pouvoir ou d'un conflit une question politique ou judiciaire. Le premier renvoie à ce que le souverain ou l'État exerce par sa propre autorité (...), le second à ce qui relève d'une cour ou d'un tribunal judiciaire. Ainsi des controverses entre États ; *elles sont politiques par*

nature quand le souverain ou l'État se réserve le droit de les trancher
»¹⁰⁸³

Il ne faut pas s'y tromper : l'apparente lapalissade sur laquelle est fondée la conclusion du juge – est judiciaire toute question soumise à un tribunal – ne fait que masquer ce qui constitue le véritable fondement de la décision, qui repose sur le consentement des Nations ou États à soumettre leurs différends à un juge impartial. Selon Baldwin en effet, il apparaît clairement que les « Articles de la Confédération », dont il cite l'article relatif au règlement des controverses interétatiques (qui mentionnait expressément les controverses de frontières et/ou de compétence), résultent, comme la constitution de 1789, de la libre expression des États de se soumettre à un certain régime juridique, dont il découle notamment la compétence de la Cour dans toutes les controverses. Pour le dire autrement, le juge Baldwin opère un déplacement du critère de la justicierabilité, qui passe de la *nature du conflit au fondement de l'existence de la juridiction*. Le raisonnement du juge est, en substance, similaire à celui que tiendra la Cour Permanente de Justice Internationale en 1923, lorsqu'elle affirmera dans l'affaire du Vapeur Wimbledon que « quand l'État conclut un traité et s'impose des contraintes, il ne limite pas sa souveraineté mais ne fait que l'appliquer »¹⁰⁸⁴. La juridiction de la Cour Suprême en matière de controverses territoriales interétatiques se trouve ainsi fondée sur l'expression originelle du consentement des États, fondateur, plus largement, du système fédéral lui-même¹⁰⁸⁵.

Ainsi le titre territorial de l'État membre peut-il être constaté par un tribunal sans pour autant que soit remise en cause la souveraineté de ce dernier : comme le notait encore Baldwin, « les États ont renoncé à se soustraire à tout pouvoir judiciaire *en tant que souverains, par leur pouvoir originaire et inhérent*, par le transfert du droit d'exercer la justice dans de tels cas, mais qu'ils ne transféreraient pas à un tribunal inférieur. Par ce transfert, les parties en cause ont, *par leur propre consentement*, délégué à cette Cour la compétence pour les entendre »¹⁰⁸⁶. De l'expression de ce consentement il ressort que dans le système interétatique américain « la frontière entre deux États peut être une question judiciaire, susceptible d'être déterminée par cette Cour »¹⁰⁸⁷. L'ordre juridique mis en place en 1789 repose ainsi sur une garantie juridictionnelle du titre territorial étatique : la nature belligène des conflits territoriaux interétatiques européens, dont Hamilton craignait qu'elle ne se répande aux États-Unis¹⁰⁸⁸, a été écartée grâce à la distinction, opérée par la Cour Suprême sur la base de l'Article III, Section 2, Clause 1 de la constitution, entre la dimension politique

du territoire, et son aspect juridique. Car ce qui est sous-jacent à la jurisprudence ici présentée, c'est bien cela : la *nature du pouvoir de l'État* ne change pas parce que le fondement juridique de son pouvoir fait l'objet d'une interprétation juridictionnelle. L'interprétation du titre n'est pas une remise en cause du droit : d'où il ressort que la compétence de la Cour vaut « quand bien même le jugement de la Cour aurait des conséquences sur les limites territoriales de la juridiction de l'État partie à l'affaire en cause »¹⁰⁸⁹.

Certains arrêts postérieurs de la Cour invitent, toutefois, à nuancer un peu ce constat.

Nous avons dit jusqu'à présent que les décisions de la Cour Suprême reconnaissant sa compétence en matière de conflits territoriaux interétatiques étaient fondées sur le consentement originaire des États à sa juridiction tel qu'exprimé dans la constitution et que par-là, la Cour opérait une dissociation entre la nature du pouvoir de l'État et son fondement, les conflits territoriaux mettant en jeu le second sans toucher au premier. Pour le dire plus simplement, en reconnaissant à la fois la souveraineté des États et leur soumission à une juridiction commune, la Cour Suprême, sous la plume du juge Baldwin, opère une dissociation entre le titre juridique et le droit dont ce titre constitue le fondement. Plusieurs arrêts démontrent cependant que la Cour Suprême ne s'est livrée qu'avec précaution à de tels jugements, renforçant ainsi l'importance de la souveraineté territoriale de l'État membre. Certains arrêts laissent penser en effet que la Cour ne s'est autorisée à juger des conflits territoriaux interétatiques que dans les cas où la controverse ne mettait pas directement en jeu la souveraineté des États parties, mais uniquement leur propriété du territoire. Pour le dire avec Vattel, la Cour opérerait une distinction entre droit de domaine et droit d'empire, seules les controverses portant sur le premier relevant de sa compétence – ce qui permet de confirmer que l'État membre est bien conçu comme le détenteur d'un titre territorial que reconnaît le droit international à tout corps politique auto-constitué, titre sur lequel la Cour ne se penche dès lors qu'avec précaution.

Deux arrêts au moins permettent d'opter pour une telle interprétation : l'affaire *New York v. Connecticut*, déjà citée, et une nouvelle instance dans la controverse ayant opposé l'État du Rhode Island à celui du Massachusetts.

Dans le premier arrêt, on lit en effet que la question soulevée ne consiste pas « simplement » à « déterminer une question de frontière entre deux États » mais qu'elle « implique le droit de domaine qui, concernant une grande partie de [l'État de] New York, découle du droit d'empire ». Il en découle logiquement que « se prononcer sur le second, c'est nécessairement prendre partie sur le premier ». Or, cette corrélation entre les deux droits est problématique car à la différence de l'État du Connecticut, qui fonde sa prétention sur un titre positif, l'État de New York « revendique le droit de domaine comme conséquence de sa souveraineté et de sa juridiction, dont elle a été investie par la Révolution »¹⁰⁹⁰. Ainsi la Cour semble-t-elle accorder de l'importance à la nature du droit en cause et à son origine : le fait que le titre soit un titre positif, clairement identifiable, et qu'il soit constitutif d'un droit de domaine, rend la compétence de la Cour moins problématique que si le titre en cause n'est que la conséquence de l'existence de l'État et que le droit qu'il fonde ne peut, par conséquent, être facilement distingué du droit d'empire. En ce dernier cas comme nous l'avons rappelé plus haut, la question de la juridiction de la Cour est laissée en suspens, mais il est précisé qu'elle aurait d'« importantes conséquences »¹⁰⁹¹.

Tout conflit territorial portant sur un titre dont l'origine n'est autre que l'existence de l'État en tant que tel¹⁰⁹² semble inclure *de facto*, selon cette logique, une question de souveraineté, de laquelle la Cour ne saurait par conséquent connaître. L'argument du consentement des États est, ici, complètement absent.

Ce raisonnement est repris dans l'affaire *Rhode Island v. Massachusetts*, celle-là même qui avait vu le juge Baldwin déplacer précisément, par rapport à l'arrêt *New York v. Connecticut*, le critère de « juridictionnalité » de la question de la nature du droit en cause au consentement des parties. En effet, dans un nouveau jugement, rendu une dizaine d'années après celui que nous avons étudié et sous la présidence, cette fois, du juge McLean, la Cour va rappeler que la question de sa compétence a fait l'objet d'une précédente instance, mais va ajouter, de manière sibylline et sans qu'il ne lui soit plus

nécessaire de statuer sur cette question, que « ce qu'il nous est à présent demandé est seulement de déterminer le tracé de la frontière en cause. Cela, quelques soient les conséquences qui s'en suivent, est une question simple, ne différant qu'à peine, voir pas du tout, d'un conflit de démarcation entre deux individus. Cela n'implique pas de cession de territoire ni l'exercice d'une juridiction politique. En déterminant les droits respectifs des parties, nous ne faisons rien d'autre que de déterminer la vraie frontière, et le territoire jusqu'à cette limite relève de chaque côté de la juridiction concernée »¹⁰⁹³.

Ce court passage peut être interprété de deux manières : soit il rejette la théorie du consentement sur laquelle est fondé l'arrêt *Rhode Island v. Massachusetts* de 1838, soit il est destiné à en relativiser les effets. Car ici, le juge McLean semble dire que la compétence de la Cour ne découle pas du consentement des parties, mais bien de ce que, en plus de ce consentement, les conséquences de l'arrêt de la Cour ne comportent aucun risque quand à l'étendue spatiale du pouvoir étatique. En précisant qu'il ne fait qu'affirmer des droits existants, que sa juridiction ne consiste qu'à « retrouver » la vraie frontière d'après les titres en présence, la haute Cour semble bien restreindre considérablement sa compétence, la limitant à ce que Lapradelle appelait un « conflit de délimitation » et dont nous avons vu qu'il se distinguait d'un « conflit d'attribution ». La référence de McLean à l'absence de mise en cause de la « juridiction politique » fait également signe vers une prise en compte de la nature du droit en cause, dans la droite lignée de l'arrêt *New York v. Connecticut*.

Faut-il en déduire que la Cour aurait renoncé à faire produire à l'argumentaire de Baldwin dans l'arrêt de 1838 toutes ses conséquences ? Nous pensons plutôt qu'il s'agit là, davantage, d'un moyen destiné à en atténuer politiquement la portée, sans conséquence du point de vue de la compétence de la Cour et de la judiciarisation du titre territorial étatique au sein du système fédéral américain. La meilleure preuve en est sans doute qu'en 1870, dans l'un des conflits territoriaux qui a été décrit comme étant l'un des plus politique parce qu'il portait sur la détermination de la souveraineté à raison de deux « masses territoriales » (en l'espèce des comtés)¹⁰⁹⁴, la Cour a réaffirmé sans ambiguïté sa compétence, démontrant par là que sa juridiction s'étendait bien à la détermination de la validité des titres à la souveraineté politique des États de l'Union¹⁰⁹⁵.

2. *Nature du droit applicable en matière de conflits territoriaux devant la Cour Suprême*

La soumission des États à la juridiction exclusive de la Cour Suprême pour régler leurs controverses territoriales doit-elle être interprétée comme leur soumission à un ordre juridique hiérarchisé ou, pour le dire autrement, la Cour Suprême doit-elle, pour régler ces différends, faire application du droit fédéral ? Une réponse positive à cette question suppose l'existence d'un tel droit pour régler les controverses territoriales interétatiques ; une réponse négative suppose, à l'inverse, de déterminer quel droit pourrait s'appliquer en l'absence de lois fédérales sur ce point. C'est à cette question du droit applicable que s'est intéressé, alors qu'il était conseil du Massachusetts, Daniel Webster¹⁰⁹⁶, dans un mémoire en défense particulièrement riche du point de vue des rapports entre le droit international et la souveraineté territoriale. Mais alors que Webster juge que seul l'« État indépendant » peut être soumis à un droit international qui n'est, en tout état de cause, pas susceptible d'être administré judiciairement (a), la Cour répond à l'argument par une construction du droit international comme « droit prescrit par les souverains » (b).

a. *D. Webster et l'opposition entre la nature du droit international et son application par la Cour Suprême*

L'analyse par Webster de la juridiction de la Cour Suprême pour régler la controverse de frontières opposant l'État du Rhode Island à celui du Massachusetts contient deux points qu'il convient d'analyser : d'une part, est établi un lien entre la clause constitutionnelle relative à la compétence de la Cour pour juger des différends interétatiques et l'existence d'un droit applicable ; d'autre part, est rejetée la possibilité d'appliquer à ces controverses et le *Common Law*, et le droit international.

Si Webster reconnaît que le pouvoir judiciaire des États-Unis s'étend aux controverses interétatiques, ce qui serait au demeurant difficile à nier, il s'interroge toutefois quant au point de savoir si cette compétence doit être comprise comme s'étendant à l'ensemble des controverses possibles. Or, selon le même, « le pouvoir judiciaire s'étend à toutes les affaires mettant en cause les lois des États-Unis »¹⁰⁹⁷. La constitution, en précisant que le pouvoir judiciaire est compétent pour juger « en droit et en équité »¹⁰⁹⁸, restreindrait nécessairement

l'exercice de ce pouvoir aux affaires susceptibles d'être réglées selon ces deux corps de règles – les termes « droit et équité » renvoyant selon Webster à « ce code compliqué qui nous vient de la mère patrie, vaste mais non universel, et limité dans son application par certaines décisions précises »¹⁰⁹⁹. Qui plus est, la particularité du gouvernement des États-Unis – celui d'États souverains pour ce qu'ils n'ont pas cédé – oblige à considérer que seule une loi fédérale peut venir *donner compétence* à la Cour pour régler les *conflits entre États* – qu'elle réglera alors selon le droit et l'équité. « Chaque État, en vertu de sa souveraineté, et chaque citoyen de chaque État, en vertu de son allégeance à cet État, est soustrait à la compétence du pouvoir judiciaire des États-Unis tant que le gouvernement des États-Unis n'a pas rendu effectif ce pouvoir tel qu'il est prévu dans la constitution en organisant une cour de justice, en adoptant des règles de procédure, et en définissant les cas soumis à cette compétence »¹¹⁰⁰.

L'absence de loi relative à la nature de l'affaire en cause rendrait ainsi impossible toute compétence de la Cour, car « le pouvoir judiciaire signifie le pouvoir d'interpréter, et non de faire, les lois ». Pour le dire à l'envers : si aucune loi n'est applicable à la controverse en cause, c'est qu'aucun droit n'a été violé, et par conséquent, aucun recours en justice n'est possible – à moins d'admettre qu'une Cour de Justice ait pour fonction de créer des lois. A la différence de la Cour, qui interprétera le consentement des États comme suffisant à lui donner compétence, Webster estime donc que cette dernière doit être *substantiellement* fondée. L'argument est destiné, implicitement et dans la droite ligne de la théorie politique de Webster, à faire échec à toute compétence de la Cour en matière de conflits territoriaux interétatiques. Car s' « il devait être admis que seule la violation d'une loi relative aux relations interétatiques permettrait à un État d'en poursuivre un autre en justice », et que « la Cour par conséquent n'a pas compétence tant qu'une telle loi n'a pas été adoptée »¹¹⁰¹, cela ne signifie rien d'autre que le rejet absolu d'une telle compétence, dans la mesure où le gouvernement fédéral n'est pas fondé à adopter de lois en matière d'étendue territoriale de la juridiction étatique.

Webster cependant n'ignorait pas que tant le *Common Law* anglais que le droit international contiennent des principes relatifs au règlement des conflits territoriaux – qu'il s'agisse de la définition du tire territorial ou des conditions de sa validité. Il devait toutefois rejeter l'application de ces deux corps de règles, en un motif particulièrement intéressant du point de la définition du droit international sur laquelle il repose.

« Existe-t-il quelque droit que ce soit que cette Cour puisse reconnaître et appliquer pour réguler les relations entre les États de cette union ? »¹¹⁰² s’interroge Webster après la démonstration que nous venons de présenter. Le conseil de Massachusetts se penche, en premier lieu, sur l’applicabilité du droit international à la controverse de frontière qui oppose ce dernier à l’État de Rhode Island. « On suppose », écrit-il, « que lorsqu’une Nation est établie, et devient, par une révolution ou quelque autre moyen, un membre de la famille des Nations, il est, *ipso facto*, soumis au droit international ». Deux arguments cependant, qui tiennent à la nature du droit international, justifient que cette doctrine ne soit pas applicable aux États de l’union : d’une part, « la doctrine du droit international concerne la Nation, non les États de notre confédération » ; d’autre part, « ce droit lui-même n’est pas susceptible d’être administré par des tribunaux judiciaires lorsqu’il s’applique à des entités politiques. Les ambassadeurs sont ses avocats, et leurs arguments, la raison d’État »¹¹⁰³. Aussi, si selon Webster il est possible que le droit international soit appliqué par les tribunaux américains aux individus, c’est uniquement parce que ce droit est intégré au droit interne, mécanisme par lequel le droit international acquiert force obligatoire. Or, si la constitution prévoit bien que les traités sont la « supreme law of the land »¹¹⁰⁴, non seulement elle ne prévoit rien concernant le droit international non conventionnel mais encore ce droit n’est-il pas, quoiqu’il en soit, administrable judiciairement lorsque les sujets sont des États et non des particuliers¹¹⁰⁵. Il en irait exactement de même concernant le *Common Law*, qui « n’a aucune application quant à l’action d’États souverains (...). [I]l est hors de doute que [ce droit] ne s’applique qu’à des sujets, non à des souverains ; et uniquement concernant les droits de propriété, non de souveraineté »¹¹⁰⁶.

Résumons l’argument général de Webster : pour être compétente en matière de controverses interétatiques relatives à l’étendue territoriale de la juridiction des États, la Cour Suprême doit avoir un droit à appliquer à des telles controverses. Or, il n’existe aucune loi fédérale applicable à de telles controverses, et la souveraineté des États empêcherait qu’en soit adoptée une. Quant au *Common Law* et au droit international, le premier ne s’applique qu’aux individus, ce qui écarte son application à l’espèce, et le second, s’il s’applique bien aux entités politiques, n’a cours qu’entre les Nations et n’est, en tout état de cause, pas applicable dans un tribunal, à moins d’avoir été repris par la législation interne – auquel cas cependant, il n’est applicable qu’aux individus. L’argument de Webster mène au constat d’un

vide juridique : les relations interétatiques ne seraient, au sein de la Fédération, susceptibles de n'être soumises à aucun corps de règles.

Comme on le voit, cette conclusion est rendue possible par une construction du droit international qui limite son application en fonction de la *nature de ses sujets* et de sa *nature propre* : le droit international n'est applicable qu'à des « Nations » - terme que Webster ne précise pas, mais dont il faut vraisemblablement comprendre qu'elle désigne les entités « indépendantes »¹¹⁰⁷ – et n'est susceptible d'aucune administration juridictionnelle. Le même argument sera soutenu un peu plus tard, toujours devant la Cour Suprême, par l'État du Colorado, selon lequel la Cour Suprême ne serait pas compétente pour appliquer le droit international¹¹⁰⁸. Or, cette dernière va le répéter à plusieurs reprises, et sa jurisprudence sera fixée sur ce point à la fin de la période qui nous intéresse : en tant que le territoire marque la limite de l'exercice de compétences souveraines, la compétence de la Cour dans les cas de controverses territoriales s'exerce par application des principes qui s'appliquent aux États souverains, et qui peuvent n'être issus que du droit international.

b. *La « loi des souverains », droit applicable devant la Cour Suprême*

A l'argumentaire de Webster, la Cour dans l'arrêt *Rhode Island v. Massachusetts* oppose une réponse qui, d'une part, fait dépendre la nature du droit applicable à la nature de l'objet de la controverse et, d'autre part, écarte l'inapplicabilité du droit international aux États de l'Union. Cette construction du droit international, qui dissocie son application de la possession de la « personnalité internationale » au sens où nous l'entendons habituellement permettra également de montrer, par une analyse de l'interprétation par la Cour de la nature de sa fonction juridictionnelle, que le « droit international » ne concerne pas seulement des entités extérieurement souveraines et reconnues comme « Etat », mais beaucoup plus largement toute entité dont la compétence territoriale ne découle pas d'une autorité supérieure.

« Un souverain décide par sa propre volonté », répond la Cour au mémoire de Webster, « du droit qui s'applique au sein de ses frontières ; une cour ou un juge décide en fonction du droit prescrit par le pouvoir souverain, et ce droit est celui par lequel l'affaire sera jugée. Lorsqu'ils se soumettent à une cour jugeant en droit et en équité, sans prescrire aucune

loi particulière, les souverains ou États donnent à cette cour le pouvoir de décider du droit applicable en fonction des cas, *ce qui dépend du sujet de l'affaire en cause, de la source et de la nature des revendications des parties, et du droit qui les gouverne* »¹¹⁰⁹. Or en l'espèce, la Cour va appliquer le droit international, et ce à deux niveaux : d'une part, pour rappeler que même si, par sa décision, certains particuliers venaient à voir leur titre de propriété remis en cause – puisque le déplacement de la frontière pouvait entraîner le changement de l'ordre juridique de référence pour juger de la validité de leur titre – une telle propriété était quoiqu'il en soit protégée par le droit international¹¹¹⁰ ; mais également et surtout, d'autre part, pour juger de la validité des titres des deux États, qui doivent l'être d' « après le droit des gens »¹¹¹¹. L'affirmation sera encore plus explicite dans l'arrêt *Kansas v. Colorado* relatif à l'utilisation par un État de son territoire pour des activités susceptibles d'avoir des répercussions négatives sur le territoire d'un autre État, la Cour jugeant que « le droit international n'est pas un droit étranger dans ce tribunal »¹¹¹².

Ce faisant, la Cour rejette catégoriquement l'interprétation de Webster selon laquelle le droit international ne serait applicable qu'à des « Nations » et qu'il serait insusceptible de toute application par un tribunal en raison de la souveraineté de ces dernières. Bien au contraire, il apparaît que pour la Cour, le critère d'applicabilité du droit international est celui de *l'objet de la controverse et de la nature de la compétence* exercée. Or, le « territoire de l'État » marquant, *dans le système interétatique américain, le lieu d'expression des compétences que l'État n'a pas cédées au gouvernement central*, ses limites doivent être déterminées par le droit international car elles marquent la limite spatiale de la juridiction étatique. C'est dire, comme l'a excellemment noté Cowles, l'un des rares auteurs à s'être penché sur la question de l'application du droit international à l'intérieur de la Fédération américaine, que l'on ne saurait considérer le droit international comme un droit ne s'appliquant qu'aux « États indépendants ». La jurisprudence de la Cour invite au contraire à concevoir le droit international non comme un droit régissant exclusivement les États extérieurement souverains, mais également les relations de toute entité politique dont la compétence sur un espace ne découle d'aucune délégation de pouvoir accordée par une autorité supérieure¹¹¹³.

Une telle interprétation n'est toutefois valable que si nous parvenons à démontrer que la Cour, lorsqu'elle applique le droit international aux controverses territoriales

interétatiques intrafédérales, n'agit pas comme organe du gouvernement fédéral – auquel cas les États apparaîtraient bien comme soumis à une juridiction hiérarchiquement supérieure à eux-mêmes, faisant dès lors du droit applicable un droit interne plutôt qu'international. Deux éléments permettent de le montrer : les affirmations de la Cour elle-même, et le rôle des États-Unis, en tant qu'entité juridique à part entière, dans le cadre des controverses territoriales dont a eu à juger la Cour.

Sur le premier point, la Cour Suprême a affirmé elle-même sans ambiguïté que « siégeant aussi bien comme tribunal international qu'interne, nous appliquons le droit fédéral, le droit étatique, ou le droit international, selon les exigences de l'affaire en cause »¹¹¹⁴. Ainsi la nature de l'affaire détermine-t-elle non seulement le droit applicable, mais encore la fonction juridictionnelle de la Cour, qui ne peut-être résumée à celle d'organe du gouvernement fédéral : lorsqu'est en cause, pour ce qui nous concerne, une question de limite territoriale, non seulement le droit international est applicable, mais encore est-il administré par un tribunal impartial, c'est-à-dire qui n'agit pas pour le compte d'une tierce autorité.

Cela mène logiquement au second point : pour affirmer sa nature de « tribunal international » dans le cadre de certains litiges, la Cour devait nécessairement rejeter la possibilité pour les États-Unis, en leur « qualité corporative », selon le vocabulaire consacré, d'être partie. Or, c'est ce qu'a expressément affirmé la Cour dans l'arrêt *Florida v. Georgia*, relatif à nouveau à un conflit de frontière entre les deux États. La Haute Juridiction devait en effet noter à cette occasion que si les États-Unis ont un droit d'intervention au litige, car la répartition territoriale des compétences concerne l'ensemble de la communauté que forment les États de l'union, cette intervention ne pouvait faire d'eux une « partie au litige » : ils ne font que représenter les intérêts d'une troisième partie, à laquelle la Cour est libre d'accorder le poids qu'elle estime juste¹¹¹⁵.

En garantissant juridictionnellement le titre territorial des États, par la construction du droit international que nous venons d'étudier, la Cour Suprême a ainsi, comme le Pr. Beaud l'a noté, réalisé l'un des objets fondamentaux de l'Union : celui d'une « pacification par le droit des relations entre États »¹¹¹⁶ - sans pour autant écarter l'application, à ces relations, du droit international.

*
* * *

L'ensemble de la construction que nous venons d'étudier est généralement délaissée par la doctrine internationaliste, qui y voit une question de « droit interne » sans pertinence du point de vue du droit international. Or, comme nous venons de le montrer, l'apprehension de la question est différente si elle est analysée sans référence à cette distinction. Il apparaît en effet qu'un certain nombre de dispositions constitutionnelles soit ont directement repris les prescriptions du droit naturel relativement à l'étendue matérielle du pouvoir de l'État sur son territoire – cas de l'article IV, Section 2 –, soit ont été interprétées de telle manière à ce que soient réalisées en pratique de telles prescriptions – cas de l'interprétation de l'article I, Section 8 comme permettant d'assurer la libre navigation. Cette construction est alors comprise comme une construction du droit de la nature et des gens : il s'agit d'assurer l'harmonie et la stabilité des relations interétatiques par la transcription en droit positif de ce qui était laissé par Vattel à la libre appréciation de la conscience du Souverain¹¹¹⁷. Les obligations « imparfaites » sont ainsi devenues « parfaites » - et constituent, selon Hamilton, « le fondement de l'Union »¹¹¹⁸. Il en va de même quant à la garantie juridictionnelle du titre territorial des États membres, dont nous avons vu qu'il se définit en des termes tout à fait classique : que cette garantie juridictionnelle soit assurée par la Cour Suprême ne signifie pas que ce contentieux est soustrait au droit international, mais bien au contraire que le droit international trouve devant cette Cour une sanction. Scott, le grand internationaliste américain du début du XXe siècle, l'avait perçu : que la Cour puisse connaître des différends territoriaux entre États membres, compétence grâce à laquelle le droit remplace le recours à la force dans les controverses interétatiques¹¹¹⁹ sans que soit remise en cause la nature souveraine du pouvoir de l'État, fournissait à la Société des Nations un modèle d'évolution¹¹²⁰. Cette garantie en effet permet, *sans remettre en cause le statut juridique du territoire*, d'assurer le règlement pacifique, car juridique et non politique, des différends territoriaux¹¹²¹. Juger de la validité ou de l'étendue d'un titre territorial n'est pas remettre en cause la nature de ce dernier.

A la différence de la construction doctrinale classique de la souveraineté territoriale, d'après laquelle l'exclusivité du pouvoir de l'État sur son propre territoire est la clef de la stabilité des relations interétatiques, le système américain repose ainsi

sur une autre construction du droit des gens parce qu'elle prend au sérieux l'idée vattelienne selon laquelle l'exclusivité territoriale du pouvoir étatique s'arrête là où l'exercice des droits de domaine et d'empire porteraient atteinte aux exigences d'humanité – ou de stabilité de la communauté interétatique. Il en découle, comme l'a très bien vu le constitutionnaliste américain Willoughby lorsqu'il compare la situation des étrangers et des citoyens d'un État membre présents sur le territoire d'un autre État, que « les droits respectifs et les priviléges de l'un et de l'autre sont en pratique les mêmes » mais que « dans le cas du citoyen, ces droits et priviléges lui appartiennent sans législation expresse, du seul fait de sa citoyenneté, alors que ceux de l'étranger ne lui appartiennent qu'en vertu de lois adoptées spécialement à cet effet »¹¹²². Ce n'est pas affirmer autre chose que le « droit imparfait » de l'étranger s'est mué en « droit parfait » : « la solidarité entre de tels ressortissants n'est plus aléatoire et exceptionnelle », ainsi que l'a noté le Pr. Beaud, « mais elle devient permanente et institutionnalisée »¹¹²³.

Certes, on peut juger avec ce dernier que, de ce fait, « le droit fédéral se distingue, *structurellement*, du droit international dans la mesure où il n'est pas soumis aux conditions ordinaires du droit des traités »¹¹²⁴ - ainsi notamment, c'est l'exemple auquel se réfère l'auteur cité, de la réciprocité. Mais ce que nous espérons avoir montré, c'est que cette différence structurelle tient à une conception du pouvoir de l'État à l'égard de son territoire qui est originellement interprétée par la doctrine américaine non comme une différenciation de la structure interétatique américaine par rapport à la structure conceptuelle du droit des gens, mais au contraire comme une réalisation pleine et entière de cette dernière. En cela, si la clause d'immunité et de privilège constitue bien le « fondement de l'union », alors force est de constater que ce fondement découle d'une réflexion sur les prescriptions du droit des gens à l'égard de la nature du droit territorial des États membres de cette union. Ainsi, le statut juridique du territoire des États membres est à la fois classique – l'État y est souverain par principe – et novatrice – l'État s'est volontairement dépourvu, sur le fondement de la doctrine vattelienne, de ce que cette souveraineté a de problématique pour la stabilité des relations interétatiques. C'est également pour assurer la stabilité de ces relations – mais en ce qu'elles concernent, cette fois, les États-Unis et les Nations étrangères – que le territoire a été conçu comme lieu de sanction du droit des gens.

Section 2 – Le territoire, lieu de sanction du droit international

C'est un principe fréquemment rappelé, mais fréquemment violé surtout, durant la période confédérale : l'entité détentrice d'un titre territorial doit respecter sur son territoire les droits – conventionnels ou coutumiers – des Nations étrangères¹¹²⁵, sous peine de voir sinon, au mieux son « honneur », au pire son territoire, attaqué par ces dernières : la possession d'un titre territorial, si elle a pour conséquence le droit pour son détenteur de déployer sur l'espace concerné un pouvoir exclusif et absolu, a également pour corollaire l'obligation du titulaire de la souveraineté d'y respecter les normes internationales – sous peine, dans le cas contraire, de représailles.

Cette obligation se traduit aux États-Unis par la reprise, dès la fin du XVIIIe siècle et sous couvert de modifications, de l'adage « spécifiquement anglo-saxon »¹¹²⁶ du « droit des gens comme droit du pays », grâce auquel la seule détention d'un titre territorial a pour *conséquence immédiate* l'application du droit international *et sa sanction par les cours de justice* (§1). Mais l'application de ce principe dans un État monarchique et surtout unitaire, comme l'Angleterre, n'est pas comparable à l'application de ce principe dans un système républicain et fédéral : si la possession d'un titre territorial a pour conséquence l'obligation de sanctionner les violations du droit des gens qui s'y produisent, alors ce sont deux entités – États membres et, en tant que représentant des États-Unis, gouvernement fédéral – qui ont le pouvoir de sanctionner les violations du droit des gens sur leur territoire (§2), manifestant ce faisant la spécificité du statut juridique du territoire aux États-Unis, lieu de deux souverainetés¹¹²⁷.

§1 – Obligation de respecter le droit international sur le territoire

Les acteurs de l’Indépendance des colonies britanniques en ont pleinement conscience : les nouveaux États ne verront leur existence internationale respectée par les États étrangers qu’à la condition que les droits que tiennent ces derniers du droit international ne soient pas violés. L’obligation de respecter les droits coutumiers et conventionnels des Nations étrangères dans le cercle spatial de la souveraineté étatique est en effet théorisée durant la période confédérale comme étant nécessaire *au maintien de la reconnaissance internationale* de l’indépendance (A) – et le territoire construit, dès le début de la période fédérale et pour répondre efficacement à cette obligation, *comme lieu de sanction juridictionnelle des violations du droit international* (B).

A. Fondement théorique et contenu de l’obligation

La Cour Suprême en 1812 proclame que « les pouvoirs que détient en vertu de son titre territorial l’entité qui en est la détentrice s’accompagnent d’obligations dues aux autres États » parce qu’ « une Nation serait, en effet, considérée comme indigne de confiance » si elle utilisait « soudainement et sans avertissement son pouvoir territorial d’une manière contraire aux usages et obligations reconnues par le monde civilisé »¹¹²⁸. A cette date, cette prescription coutumière a déjà fait l’objet, aux États-Unis, de nombreuses réflexions – toutes destinées à préciser l’importance de son respect pour l’existence internationale indépendante d’une entité politique : durant la période post-révolutionnaire, l’enjeu pour les États-Unis n’est pas, comme cela aurait pu être envisagé, de développer un « nouveau droit des gens »¹¹²⁹, mais au contraire de montrer aux autres États l’importance qu’ils accordent au respect du droit international, considéré comme « nécessaire au caractère national et au bonheur de l’humanité » (1), et dont les prescriptions, coutumières ou conventionnelles, ne concernent pas tant l’État en tant que tel que les personnes présentes dans le cercle de sa juridiction (2).

1. « Caractère national » et « bonheur de l’humanité »

Le respect du droit international est, selon Kent, « nécessaire au caractère national » et au « bonheur de l’humanité »¹¹³⁰. L’indépendance, si elle constitue une libération du joug de l’Angleterre, est aussi, en effet, soumission au droit international : lorsque les États « cessèrent de faire partie de l’empire britannique, et

qu'ils assumèrent le caractère d'une Nation indépendante », écrit le même auteur, « ils devinrent les sujets de ce système de règles que la raison, la morale et la coutume ont établi comme droit public des Nations civilisées d'Europe » et promirent « l'obéissance » à ces règles¹¹³¹. L'existence des anciennes colonies comme nouveaux États, dans un monde où l'absence d'institutionnalisation du processus étatique oblige l'entité qui prétend à cette qualité à prouver par elle-même la réalité de sa prétention¹¹³², passe ainsi certes par l'affirmation de leur souveraineté sur leur territoire – importante surtout du point de vue de l'Angleterre – mais également par le « respect des règles dont les États indépendants sont les sujets »¹¹³³. La seule « déclaration d'Indépendance » - affirmation unilatérale de la souveraineté – est en pratique comme en théorie insuffisante pour garantir à leurs auteurs les droits que reconnaît à toute Nation le droit des gens¹¹³⁴. Ce n'est qu'à la condition du respect de « leurs devoirs internationaux » que les États, selon les Pères Fondateurs, seraient donc susceptibles de jouir d'un statut de « membre égal » à ceux des États existants¹¹³⁵. Car, comme « tout homme » qui « se doit à lui même de se comporter envers les autres avec civilité et courtoisie », toute Nation « est obligée en considération de sa propre dignité et de son caractère de se comporter envers les autres Nations avec bonté » si elle souhaite être considérée comme « souveraine » : « l'insolence et la grossièreté ne feront pas que dégrader et disgracier les Nations et les individus, mais les exposeront également aux hostilités et aux insultes »¹¹³⁶.

Il y a ainsi chez les Pères Fondateurs de la constitution fédérale cet « internationalisme », cet « idéalisme »¹¹³⁷, d'après lesquels *la souveraineté est préservée par la soumission volontaire aux règles du droit international*, aucune Nation n'étant suffisamment « éclairée » pour ignorer les jugements des autres Nations et espérer se gouverner seule avec sagesse et effectivité¹¹³⁸. Reconnus dès 1778 par la France¹¹³⁹, dès 1783 par l'Angleterre, les États-Unis demeurent pourtant après cette date une entité dont l'existence internationale est « fragile et incertaine » faute d'avoir fourni les « preuves » de leur capacité d'« agir comme une Nation, de respecter domestiquement les traités, et de se conformer aux usages établis du monde extérieur »¹¹⁴⁰. Parce que l'indulgence dont font preuve les Nations étrangères ne pourra pas « durer bien longtemps »¹¹⁴¹, il est urgent après 1776 que les États-Unis profitent de la rapidité avec laquelle ils ont obtenu leur indépendance pour fonder leur ordre

juridique sur « les principes de réciprocité », et qu’ils « soldent ainsi les dettes de l’honneur » qu’ils ont « contractées » en même temps qu’ils « acquéraient leur indépendance »¹¹⁴². Faute de quoi – la menace est alors exprimée par les diplomates anglais – les dispositions des traités ne seraient pas respectées par les cocontractants des nouveaux États¹¹⁴³.

2. *Une obligation dont les individus sont les objets*

L’obligation de respecter le droit international n’aurait toutefois, pour la question du territoire, qu’un intérêt limité si elle se trouvait cantonnée à de simples affirmations de l’importance morale de son respect par les États. C’est en effet parce que les violations de ce droit sont susceptibles d’être le fait d’individus, présents sur le territoire étatique, que la question de leurs sanctions intéresse également la question du statut juridique du territoire. A l’inverse d’une opinion fréquemment répétée, qui tend à accréditer l’idée que la prise en compte par le droit international des comportements individuels serait un phénomène récent¹¹⁴⁴, c’est bien parce que l’obligation de respecter le droit international concerne les *droits des individus* qu’elle constraint à une réflexion sur leur sanction *à l’intérieur* du cercle de souveraineté du détenteur d’un titre territorial.

Loin des affirmations doctrinales du début du XXe siècle selon lesquelles si le droit international s’appliquait aux individus, « il cesserait pour cela d’être du droit international »¹¹⁴⁵, le « droit des gens » est en effet conçu, à la fin du XVIIIe siècle, comme un droit dont certaines dispositions sont explicitement adressées aux individus. Chez Blackstone le droit des gens se définit ainsi comme « système de règles, déduites de la raison naturelle, et établies par *le consentement universel des habitants du monde civilisé* afin de solder les différends, d’ordonner les cérémonies et civilités, et d’assurer le respect de la justice et de la bonne foi dans les relations qui adviennent fréquemment entre deux ou plusieurs États indépendants, *et leurs ressortissants* »¹¹⁴⁶. Introduisant un

chapitre consacré aux « infractions contre le droit des gens », dans lequel l'auteur anglais théorise le principe du « law of Nations as part of the law of the land », cette définition est usuelle et indiscutée au moment de l'accession à l'indépendance des colonies anglaises. Les Républicains, à l'image de Jefferson, ne sont pas les seuls à considérer « le droit des gens comme un ensemble de règles que les citoyens américains devaient respecter »¹¹⁴⁷. Beaucoup plus généralement en effet, ce que l'on n'appelle pas encore le « droit international », est constitué d'un ensemble de règles dont l'étendue matérielle est beaucoup plus large que les pratiques et accords qui prendront ce nom par la suite¹¹⁴⁸ : il s'agit assez largement d'un « droit universel », distinguant peu, sinon pas du tout, entre les « droits publics et privés », et dont les États comme les individus peuvent être les sujets. L'évolution historique du « droit des gens » à partir du XVIIIe siècle, si l'on en croit Dickinson, a ainsi conduit à sa division en plusieurs catégories, dont deux au moins concernent des activités individuelles plutôt qu'étatiques : la première catégorie, la *lex mercatoria*, ou « *law of merchants* », est qualifiée de « règle du *jus gentium* »¹¹⁴⁹ dont l'objet est de régir les relations commerciales intra-étatiques comme internationales ; la seconde, la « *law maritime* », est tout également un « droit commun à toutes les Nations » - à distinguer du « droit de chaque Nation »¹¹⁵⁰ - et dont les individus sont les sujets : catégorie la plus « cohérente et la plus complète »¹¹⁵¹, ce « droit de la mer » concerne toutes les activités individuelles qui ont lieu sur cet espace dont la particularité tient à ce qu'il est « la propriété conjointe de l'ensemble des Nations »¹¹⁵².

A ce droit coutumier, s'ajoute en outre, pour ce qui concerne au moins les États-Unis, un ensemble de traités contenant des dispositions dont l'objet est de reconnaître des droits aux individus – et plus particulièrement les ressortissants de l'autre partie à la convention. Le traité conclu avec la France en 1778 contient ainsi, par exemple, des dispositions précises sur les droits de pêche des citoyens des États-Unis et des sujets français¹¹⁵³, de même que le traité signé avec l'Angleterre en 1783 stipule que les créanciers américains et anglais ne devront se voir opposer aucun obstacle au remboursement des dettes contractées¹¹⁵⁴. Enfin, l'article III du Traité de 1803 relatif au transfert du titre sur la Louisiane est à l'avenant : selon cette disposition « les habitants du territoire concerné devront être intégrés à l'Union des États-Unis » et voir, en tout

état de cause, c'est à dire même avant leur intégration, leur « liberté, leur propriété » et le droit de pratiquer « leur religion », « maintenus et protégés »¹¹⁵⁵.

B. Conception du territoire comme lieu de sanction du droit des gens

Si l'obligation pour l'entité titulaire de la souveraineté de respecter sur son territoire les droits des Nations étrangères est ainsi bien repérée, son respect effectif est, immédiatement après l'Indépendance, négligé : « il n'y a rien de plus difficile sous l'empire de nos nouveaux gouvernements », écrit Madison en 1784, « que d'attirer l'attention de nos législatures sur l'importance des devoirs qui découlent de nos relations avec les Nations étrangères »¹¹⁵⁶. « Le nombre de législatures, le milieu social dont leurs membres sont issus, et les circonstances qui entourent le travail législatif » rendent en effet nombreuses les violations « du droit des gens et des traités » par les États¹¹⁵⁷, dont la portée extérieure de la souveraineté territoriale est mal maîtrisée¹¹⁵⁸. Il en est ainsi, par exemple, du non-respect des dispositions conventionnelles de 1783 par lesquelles les anciennes colonies garantissaient le paiement des dettes des citoyens américains à leurs créditeurs anglais, la liberté de circulation ou la libération des prisonniers de guerre¹¹⁵⁹ : ces violations sont une « cause de difficulté et de détresse » pour les sujets de sa Majesté¹¹⁶⁰, et une cause possible de guerre contre les États-Unis¹¹⁶¹.

A la même période pourtant, s'amorce un mouvement qui ira se renforçant au cours du XIXe siècle : la reprise, par les cours de justice des États américains et la constitution américaine, du principe anglais du « droit des gens comme droit du pays » (1), grâce auquel le territoire de l'État n'est pas seulement lieu de pouvoir, mais également de sanction du droit international (2).

1. Le droit international comme « law of the land »

En 1781, le Congrès Continental adresse aux nouveaux États une résolution par laquelle il rappelle que « la justice criminelle » de chacun d'entre eux « ne prend pas suffisamment en compte les infractions au droit des gens », et qu'il serait « opportun » de recourir aux fonds publics pour réparer les violations commises par des

individus » dans ce domaine, le meilleur moyen de parvenir à ce but étant « l'érection d'un tribunal » qui, « dans chaque État », serait chargé de « punir les infractions au droit des gens »¹¹⁶². Cet appel n'est rien d'autre qu'une invitation à appliquer le principe anglais du « droit des gens comme droit du pays ».

Lorsque les colonies britanniques déclarent leur indépendance, les relations entre le droit anglais et le droit des gens sont en effet régies par le principe selon lequel « international law is part of the law of the land ». En 1737 et 1764, soit quelques années seulement avant la révolution américaine, les cours de justice britanniques ont déclaré, dans deux affaires, que « le droit des gens », tel qu'il ressort de la pratique des Nations et des écrits des auteurs, « fait, en sa totalité, partie du droit du pays »¹¹⁶³. Le principe est théorisé pour la première fois par Blackstone¹¹⁶⁴ – qui fut avocat dans l'une de ces affaires¹¹⁶⁵ – dans le Chapitre V de ses *Commentaries*.... Selon le juriste et théoricien anglais le droit des gens « fait partie du *Common Law*, qui est le droit du pays. Et les actes du parlement, qui ont de temps à autre été adoptés pour transposer ce droit universel, ou pour faciliter l'exécution de ses dispositions, ne doivent pas être comprises comme introduisant une nouvelle règle, mais comme étant simplement déclaratoires de l'ancienne constitution fondamentale du royaume, sans laquelle il ne ferait pas partie du monde civilisé »¹¹⁶⁶. C'est ce principe que vont appliquer les anciennes colonies britanniques pour assurer un respect effectif des droits des Nations étrangères sur leur territoire.

Car l'appel du Congrès mentionné ci-dessus sera rapidement suivi d'effets : en 1784 déjà¹¹⁶⁷, une Cour de Justice de Philadelphie rappelle que « le droit des gens fait partie du droit de Pennsylvanie ». En conséquence, le citoyen américain qui avait agressé, dans la résidence américaine du ministre plénipotentiaire français, le Consul Francis Barbe Marbois, doit être condamné en vertu des principes de ce droit, qui, dégagés de « l'autorité des auteurs et de la pratique des Nations », disposent que « la personne d'un ministre public est sacrée et inviolable ». Le crime commis est ainsi une atteinte « non seulement au Souverain » que le consul représente, mais encore « à la sûreté et au bien-être des Nations » : c'est un crime « contre le monde entier »¹¹⁶⁸. Le Congrès Continental salua cette « action de l'État de Pennsylvanie » par laquelle le « droit des gens est garanti »¹¹⁶⁹. Le droit des gens sera ainsi, à la suite de cette décision

et tout au long du XIXe siècle, appliqué « *ex proprio vigore* » par les États, qui sanctionnent grâce à l'application de ce principe les violations du droit des gens survenant « dans les limites de leur juridiction »¹¹⁷⁰, que la violation soit le fait d'un individu ou de l'action étatique elle-même.

C'est ainsi, par exemple, qu'en 1809, la Cour Suprême de Pennsylvanie juge le capitaine d'un bateau coupable de « baraterie », et le condamne car cet acte est « contraire au droit des gens », et qu'il n'existe « aucune différence entre le droit de l'État » de Pennsylvanie et « le droit des gens » car « ce droit fait partie du droit de notre pays »¹¹⁷¹. En 1839, la Cour Suprême de l'État de New York juge du cas d'un diplomate de la République indépendante du Texas¹¹⁷² accrédité auprès de la France qui, alors qu'il revenait de ce pays pour rejoindre le sien, fit l'objet d'un recours au civil par un citoyen de New York et fût arrêté à ce titre. A cette occasion, la Cour devait juger que d' « après l'opinion de Vattel, les principes du droit international relatifs aux droits et priviléges des ministres » doivent s'appliquer à ce cas, et le dit-Ministre ne pas être poursuivi¹¹⁷³. En matière civile, les cours étatiques ont en outre, à plusieurs reprises, affirmé que des contrats conclus par des citoyens américains avec les sujets d'États en guerre avec les États-Unis étaient susceptibles de violer les règles du droit de la guerre : ainsi devait en juger la Cour Suprême du Massachusetts en 1868, à propos d'un contrat de location conclu entre un citoyen de cet État et le citoyen de l'un des États séparatistes durant la guerre de Sécession. D'après l'arrêt *Kershaw v. Kelsey* en effet, le droit des gens « interdit toute relation entre les citoyens de deux belligérants qui serait incompatible avec l'État de guerre entre les deux pays, ce qui inclut notamment les actes de soumission volontaire à l'ennemi, ou pour lesquels sa protection est acceptée, de même que tout acte ou tout contrat qui tendrait à augmenter ses ressources »¹¹⁷⁴.

« Le droit international », résumera la Cour Suprême en 1900, fait aux États-Unis « partie du droit des pays », et doit être « pris en compte et appliqué par les Cours de Justice compétentes dès lors que des droits qui en découlent sont soumis à sa détermination »¹¹⁷⁵ : *la juridicité du droit international est ainsi assurée par cette conception du territoire comme lieu de sanction des violations de ses prescriptions*¹¹⁷⁶.

2. *Un principe de conciliation de la souveraineté et de la juridicité du droit international*

L’application aux États-Unis du principe du droit international comme « law of the land », telle que nous venons de l’exposer, traduit une conception du territoire originale par rapport à celle qui prévaudra dans la doctrine internationaliste dominante au début du XXe siècle : plutôt que d’être un lieu d’exclusion du droit international (a) le territoire est le lieu de garantie de sa juridicité (b).

a. *Un principe contraire à l’opposition ordre interne / ordre international*

Au tournant du XXe siècle, commence à être théorisée une distinction rigide entre un « ordre interne » et un « ordre international », chacun des deux ordres répondant à deux logiques différentes, l’une verticale – l’ordre interne se caractérise par une hiérarchie des normes juridiques – et l’autre horizontale – l’ordre international se caractérise par une égalité des normes juridiques¹¹⁷⁷. Dans le cadre de cette distinction, le « territoire de l’État » joue un rôle de pivot, dans la mesure où l’expression souveraine du pouvoir de l’État à raison de cet espace est garantie par le droit international : l’ordre international garantit l’inviolabilité de l’ordre interne. De manière bien connue, Triepel a ainsi donné du droit public une vision bipolaire, fondée sur les rapports sociaux qu’il régit et sur sa source : le « droit public interne » régit les rapports entre les sujets d’un État, et entre ces sujets et l’État lui-même, alors que le « droit international public » régit les rapports entre États égaux¹¹⁷⁸ ; de même, « dans le droit interne, la source du droit est en premier lieu la volonté de l’État lui-même » alors que « seule peut être source du droit international public une volonté commune de plusieurs ou de nombreux États »¹¹⁷⁹. De cette division du droit résulte deux mondes radicalement différents : le monde du droit interne, monde de sujétion et de souveraineté, et le monde du droit international, monde d’égalité et d’indépendance : « comme la source du droit interne est la volonté d’un seul État et comme la source du droit international est une volonté commune de plusieurs ou de nombreux États » écrit Triepel, « il s’agit de deux systèmes juridiques différents ». Par conséquent, « il n’est pas vrai que les relations entre des États ne diffèrent pas des relations entre des individus »¹¹⁸⁰.

Dans cette perspective, l'État sur le territoire duquel s'applique des normes auxquelles il n'a pas expressément consenti ne peut être défini comme sujet du droit international : le dualisme de Triepel, dont la Pr. Zoller a rappelé récemment combien il continuait à guider la conception contemporaine du droit dans la doctrine internationaliste¹¹⁸¹, conduit ainsi soit à disqualifier du rang des sujets du droit international l'entité qui applique sur son territoire un droit dont elle n'est pas exclusivement la source, soit à interpréter cette application comme résultant d'une « transposition » de la norme internationale en droit interne, car « une source de droit international est aussi peu capable de créer, par elle-même, une règle du droit interne qu'une source de droit interne n'est en état de produire, par elle-même, du droit international »¹¹⁸².

Mais Triepel l'avait bien vu : s'il est une doctrine qui contredit directement la sienne, et semble bien plutôt faire signe vers un monisme kelsénien qu'il critique tout autant¹¹⁸³, c'est la doctrine anglaise selon laquelle le droit des gens fait partie du droit du pays. « La théorie du dualisme entre le droit international et le droit interne », écrit ainsi Triepel, « semble avoir un autre adversaire dangereux dans la doctrine et la jurisprudence anglaises et anglo-américaines. Il est, dit-on, reconnu en Angleterre, comme aux États-Unis, que le droit international public est en même temps partie intégrante du droit national anglais et américain. En effet, la phrase “international law is a part of the law of the land”, se trouve si souvent exprimée dans la doctrine, surtout dans la jurisprudence, que l'on pourrait considérer cette phrase comme l'expression d'une théorie précise des rapports entre le droit international et le droit interne »¹¹⁸⁴.

La doctrine anglo-américaine est en effet fondée sur une perception totalement différente, par rapport à celle exposée par Triepel et devenue classique aujourd'hui, des relations entre droit international et droit interne¹¹⁸⁵. Selon la notion de « law of the land », les prescriptions du droit des gens – les exemples cités ci-dessus le montrent – sont considérées comme applicables sur le territoire étatique au même titre que n'importe quelle autre législation, et sans aucune « transformation » du droit des gens en « droit interne » : l'idée même que cette « maxime » exprimerait une théorie des rapports entre droit international et droit interne est discutable¹¹⁸⁶, car la distinction

entre ces deux mondes est proprement inopérante. Le droit des gens constitue une source autonome, destinée à régler certaines affaires dont la particularité est de comporter un élément que l'on dirait aujourd'hui d'extranéité. Ainsi les cours anglaises et américaines, note Dickinson, « développent le droit national en harmonie (...) avec la droite raison et la justice naturelle (...). Le droit international est intégré à part entière dans le droit national, gouvernant les problèmes ayant une dimension internationale »¹¹⁸⁷. Par l'application de ce principe, le « territoire » désigne un élément *attributif de compétence des jurisdictions pour sanctionner les violations du droit des gens* survenues dans leur juridiction. C'est une dimension tout à fait particulière de la « question du territoire » aux États-Unis, car elle oblige à inverser le regard que l'on porte habituellement sur le « territoire ». Généralement perçu comme un obstacle au respect du droit international, la « souveraineté territoriale » est aux États-Unis et jusqu'à la fin du XIXe siècle au moins¹¹⁸⁸, un moyen de son respect.

b. Une garantie de juridicité du droit international

A se focaliser sur la distinction, finalement récente, entre un ordre interne et un ordre externe¹¹⁸⁹, et à rejeter la doctrine du « law of the land » dans le monde du premier au motif qu'elle fait une application directe du droit international sur le territoire étatique, on se priverait de l'importance fondamentale que recouvrrait la reprise de cette doctrine par les États américains : celle de donner aux prescriptions du droit des gens une sanction juridique, et ce faisant d'assurer une construction de l'union américaine conforme aux prescriptions du droit des gens. Dans ce schéma, se trouve en effet, de manière tout à fait remarquable, réuni ce qui a pourtant toujours été jugé contradictoire dans la doctrine vattelienne : le pouvoir plein et entier du détenteur d'un titre territorial sur son territoire, grâce aux droits de domaine et d'empire qu'il y détient, et la sanction juridique d'un droit dont la source n'est pas la législature étatique.

Ainsi le respect du droit des gens par les États, dont Kent disait la difficulté¹¹⁹⁰, passe, selon cette théorie, par la sanction juridictionnelle des comportements individuels ou étatiques qui violeraient ce droit. Comme le dira de façon tout à fait révélatrice la Cour Suprême en 1795, une cour appliquant le droit des gens est, dans les faits, « la cour

de toutes les Nations du monde »¹¹⁹¹. Ainsi, tout comme les États-Unis, écrira Wilson, « ont surpassé les autres États dans l'excellence de leur constitution et gouvernement, il peut être raisonnablement espéré qu'ils les surpasseront, de même, dans la stabilité de leurs lois, *et dans la fidélité à leurs engagements* »¹¹⁹². En effet, ajoute l'auteur dans un autre passage, de même que les « cours anglaises de *Common Law* font application du droit des gens, et qu'elles l'ont, à ce titre, fait grandement progresser », aux États-Unis, ce même droit, qui « auparavant a été appliqué et administré par la force et le plaisir des parties à une controverse », « peut désormais l'être par une autorité pacifique, impartiale, indépendante et efficace » chargée « d'administrer judiciairement le droit des gens »¹¹⁹³. Dans le système américain, par le recours à la doctrine anglaise du droit des gens comme droit du pays, la possession par l'État d'un titre territorial apparaît ainsi non comme un problème, mais comme la solution à la juridicité du droit international. La reprise de cette doctrine va se révéler, cependant, problématique d'un autre point de vue : celui du projet d'union fédérale des États.

§2 – Dualité des entités compétentes pour sanctionner les violations du droit international dans le système fédéral

En reprenant la doctrine de *Common Law* selon laquelle le droit des gens « fait partie des lois du pays », les États, s'ils ont assuré le respect des principes du droit des gens dans une proportion bien plus grande que celle qui prévaut dans les États où cette disposition est inconnue¹¹⁹⁴, ont en même temps favorisé une interprétation totalement décentralisée, et par conséquent potentiellement contradictoire, de ces principes : « treize cours indépendantes, jugeant en dernier ressort des mêmes affaires selon les mêmes lois » écrira ainsi Hamilton dans le *Fédéraliste*, « est pour le gouvernement comme une hydre dont ne peut résulter que la contradiction et la confusion »¹¹⁹⁵.

Les Pères Fondateurs faisaient face ici à une situation qui deviendra classique en droit international, et en marquera même la profonde singularité : la souveraineté de l'État impliquant « la liberté d'interpréter ses propres engagements », la « conséquence de cette capacité souveraine est (...) que l'État est en droit commun juge de sa propre cause ». L'importance de cette « singularité du droit international » est à l'origine du doute de certains quant au « caractère juridique de ce qui ne serait qu'un prétendu droit,

qu'une rhétorique artificielle et superficielle »¹¹⁹⁶. Pour le dire autrement, si la sanction des violations du droit des gens par les individus grâce à la doctrine du droit des gens comme « law of the land » peut apparaître comme un progrès du droit des gens, elle ne résout pas la question de l'uniformité de son application dans la « communauté des États membres » de la Fédération. Or, la question du respect uniforme des droits des Nations étrangères sur le territoire des États membres est d'autant plus importante que le Congrès Confédéral est, tout comme le sera le Congrès fédéral, exclusivement compétent pour conclure des traités avec ces Nations¹¹⁹⁷ : la violation des dispositions conventionnelles par les États aurait pour conséquence l'engagement de la responsabilité des États-Unis dans leurs ensemble¹¹⁹⁸. Ces considérations vont conduire les Pères Fondateurs de la constitution fédérale à reprendre, en le modifiant considérablement, le principe du « droit des gens comme droit du pays ».

C'est pour pallier ces défauts en effet que la Convention de Philadelphie va compléter la définition anglaise du principe en y introduisant l'idée d'une *supériorité* du droit international *conventionnel* sur les autres normes – clause interprétée par la Cour Suprême durant le XIXe siècle comme autorisant les juridictions fédérales à renverser les décisions des cours étatiques et annuler les lois des États membres violant les dispositions des traités internationaux (A). Cette compétence est, cependant, matériellement limitée : les États membres demeurent en effet les entités chargées du respect du droit international *coutumier*, obligation dont la sanction est assurée par leurs propres cours de Justice (B). On retrouve par conséquent, dans ce schéma, le double statut juridique du territoire fédéral, les cours fédérales, de même que les cours des États membres, étant compétentes pour sanctionner les violations du droit international survenues dans le périmètre de leur juridiction.

A. *Compétence des cours fédérales*

Selon l'article VI de la constitution fédérale « tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi *suprême* du pays »¹¹⁹⁹. Cette définition du droit international conventionnel comme « droit suprême » a une double conséquence : le caractère auto-exécutoire (« *self-executing* ») des traités internationaux, qui acquièrent ainsi « le même statut que la loi », sans qu'il

soit besoin d'en passer par elle pour qu'ils aient force obligatoire (1), et la compétence de la Cour Suprême et des cours fédérales pour annuler les lois et renverser les décisions étatiques contraires aux traités conclus par le gouvernement central¹²⁰⁰ (2).

1. Etendue ratione materiae de la compétence

L'adage selon lequel « international law is part of the law of the land » est limité, en Grande Bretagne, aux dispositions coutumières de ce droit¹²⁰¹. Il ne vaut au contraire, *dans la constitution fédérale*, que pour le droit international conventionnel¹²⁰².

Cette restriction tient à la spécificité du système fédéral, et de la volonté des Pères Fondateurs de remédier au défaut, évoqué plus haut, des *Articles de la Confédération*, qui conféraient au Congrès Continental le pouvoir de conclure des traités avec les Nations étrangères, sans avoir celui d'obliger les États à son respect. Grâce à cette clause nouvelle, qui se faisant est « distinctement américaine » et n'a « plus grand-chose à voir » avec le principe anglais du « droit des gens comme droit du pays »¹²⁰³ sont ainsi résolus les « inévitables conflits » ne « manquant pas d'avvenir dans une république fédérale fondée sur la dualité de souveraineté »¹²⁰⁴ : la souveraineté des États membres ne peut s'opposer aux dispositions des traités conclus par le Président et le Sénat, directement applicables sur le territoire des premiers.

Dès 1786, Jay, alors secrétaire aux affaires étrangères de la Confédération, avait recommandé que les traités « conclus, ratifiés et publiés » par le Congrès lient immédiatement « la Nation dans son entier », et viennent ainsi s'ajouter « aux lois du pays », de telle manière à être appliqués et observés par « chaque membre » des États-Unis¹²⁰⁵. La constitution fédérale ne fait que reprendre cette recommandation¹²⁰⁶, grâce à laquelle les traités sont des « actes nationaux » dont l'application est indépendante « de la volonté et du pouvoir des législatures étatiques »¹²⁰⁷ : le but de la clause étant d'« assurer l'exécution des traités par les États »¹²⁰⁸, ceux-ci ne peuvent opposer ni le fait que le traité intervient dans un domaine qui n'a pas été délégué au pouvoir fédéral par la constitution, ni prétendre que le traité doit être « repris » en « droit interne » par l'intermédiaire d'une loi. Les traités en effet, selon une opinion quasi-majoritaire à

l'époque fondatrice du système fédéral¹²⁰⁹, et qui ne sera véritablement remise en cause qu'après la période qui nous intéresse¹²¹⁰, sont tous « self-executing »¹²¹¹, c'est-à-dire directement applicables sur le territoire fédéral¹²¹². Les traités « ont force de loi » et, parce qu'ils constituent « le droit suprême du pays », il n'est rien que le Congrès « puisse faire, ou refuser de faire, pour conforter ou remettre en cause sa validité » qui n'est fondée que « sur la constitution et le droit des gens »¹²¹³. Le « peuples des États-Unis », pour mettre fin à la situation créée par les Articles de la Confédération, a en effet souhaité écarter du « treaty-making power » certaines entités – les États membres, mais aussi le Congrès – si bien que l'application des traités sur le territoire doit être « immédiate » et conduire à l'annulation de tout « acte législatif » contraire « à ses dispositions »¹²¹⁴.

Comme l'écrivait Jay, la « constitution nationale » ayant chargé le gouvernement fédéral « d'assurer la gestion des affaires nationales avec les États et pouvoirs étrangers », il est « du devoir » de celui-ci de s'assurer que *les droits dont ils jouiraient au sein de [sa] jurisdiction* par le droit des gens et la foi en les traités ne soient pas violés »¹²¹⁵. En conférant au droit conventionnel le statut de « droit suprême du pays », la clause de suprématie assurait la transcription juridique de cette recommandation. La construction américaine est, en cela, tout à fait originale par rapport à l'application du droit international sur le territoire des Nations européennes : alors qu'un « un traité est, par sa nature, un contrat entre deux Nations, et non un acte législatif », si bien que ses « dispositions infra-territoriales » n'ont généralement pas d'effet direct, il en va « différemment aux États-Unis », ainsi que le remarquera Marshall, pays dans lequel les traités doivent être considérés par les Cours de Justice comme « l'équivalent d'actes de législatures » sans que des « dispositions législatives particulières soient nécessaires »¹²¹⁶. Grâce à la « clause de suprématie », les États-Unis ont transformé leur territoire, « à un degré sans précédent en Europe », en un lieu d'application et de sanction des traités internationaux¹²¹⁷.

2. Degré de la compétence juridictionnelle

Selon la seconde partie de l'Article VI de la constitution fédérale, « les juges dans chaque État seront liés » par les traités conclus par les États-

Unis, « nonobstant toute disposition contraire de la constitution ou des lois de l'un quelconque des États ». Cette disposition assure l'effectivité de la suprématie des traités en confiant aux juges étatiques le soin d'annuler les dispositions contraires au droit international conventionnel. Quant à l'article III, Section 2, clause 1, de la constitution, il confie au pouvoir judiciaire fédéral « tous les cas relatifs aux traités » conclus par les États-Unis¹²¹⁸ : les cours fédérales, et, par conséquent, la Cour Suprême en dernière instance, ont ainsi le pouvoir de contrôler l'application des traités par les juridictions des États membres – et, si nécessaire, d'annuler les lois étatiques contraires à un traité international signé par les États-Unis. C'est ce qu'a confirmé, dès 1796, la plus haute juridiction américaine dans l'arrêt *Ware v. Hylton*.

Dans cette affaire, relative à la conformité de certaines lois de l'État de Virginie à certaines dispositions du traité de paix conclu avec l'Angleterre en 1783, la Cour a jugé en effet que « le pouvoir des peuples des États-Unis ne peut pas être limité. Les constitutions des États ont été adoptées sous leur autorité, tout comme la constitution des États-Unis a été établie sous leur autorité, et il était en leur pouvoir de modifier ou d'abolir les constitutions des États, de faire primer le gouvernement général et les traités conclus sous leur autorité. *Un traité ne peut pas être le droit suprême du pays, c'est-à-dire de tous les États-Unis, si tout acte d'une législature étatique peut s'y opposer* (...). C'est la volonté déclarée des peuples des États-Unis, que tout traité conclu sous l'autorité des États-Unis doit être supérieur à la constitution et aux lois d'un État individuel ». La Cour conclut enfin de ce raisonnement que la loi d'un État contraire à un traité ne peut être simplement considérée comme « susceptible d'être déclarée nulle par la législature de l'État » car en ce cas « la volonté d'une partie des États-Unis pourrait contrôler ou défaire la volonté de la totalité »¹²¹⁹. La Cour Suprême a donc la charge d'annuler la loi étatique ou la décision de la juridiction étatique contraire à un traité international¹²²⁰.

La jurisprudence de la Cour durant le XIXe siècle est abondante sur ce point¹²²¹. Elle a permis la sanction efficace et uniforme de dispositions conventionnelles¹²²² aussi diverses que celles confirmant des titres de propriété individuels¹²²³, reconnaissant à des étrangers le droit d'acquérir une propriété sur le territoire d'un État membre¹²²⁴, ou encore assurant la possibilité pour un créancier étranger de recouvrer ses dettes

contractées par des citoyens de l'un des États membres de la Fédération¹²²⁵. Les traités ce faisant sont passés de « simples obligations morales », à de « véritables obligations juridiques »¹²²⁶ : le territoire fédéral, *pour ce qui concerne les obligations conventionnelles des États-Unis*, est le lieu d'une sanction juridictionnelle de ce droit.

B. Compétence des cours étatiques

Si la constitution fédérale a, sans équivoque possible, fait du territoire des États-Unis le lieu de la sanction des violations du droit international *conventionnel*, cette même constitution, ainsi que les arrêts rendus au cours du XIXe siècle, laissent planer un doute sur la valeur juridique du droit international *coutumier* dans le système fédéral : cette source du droit international est-elle également le « droit suprême » *des États-Unis* dont la violation, par les individus ou la législation étatique, peut être sanctionnée par les Cours fédérales ? (1) L'absence de réponse certaine à cette question, et la pratique des cours étatiques au cours du XIXe siècle, permettent de montrer que, dans certains cas au moins, *les cours étatiques sont les entités compétentes en dernière instance pour sanctionner les violations du droit international coutumier* commises par les individus ou les États membres (2) – cette conclusionachevant la démonstration de la spécificité du statut juridique du territoire des États-Unis, où cohabitent deux entités souveraines pour sanctionner les violations du droit international.

1. Etendue ratione materiae de la compétence

La question du statut juridique du droit international coutumier aux États-Unis, qui s'est cristallisée au cours du XIXe siècle, fait l'objet d'un intérêt doctrinal renouvelé¹²²⁷, qui démontre que deux réponses opposées peuvent être apportées à cette interrogation. Selon une première approche, que l'on a pu qualifier de « nationaliste » ou « moderne », le droit coutumier est, au même titre, que le droit conventionnel, « supreme law of the land », et sa violation doit être sanctionnée par les cours *fédérales* (a) ; selon l'approche dite « révisionniste »¹²²⁸ au contraire, les cours fédérales ne peuvent sanctionner les violations du droit coutumier qu'à la condition que les dispositions de ce dernier aient été reprises par la législation fédérale (b).

a. *L'approche « moderne »*

Selon l'approche « nationaliste », plusieurs éléments permettent d'affirmer que le droit international coutumier fait « partie du droit du pays » et doit à ce titre conduire à la sanction, *par les instances juridictionnelles fédérales*, des individus qui le violent et à l'annulation des lois étatiques qui ne le respectent pas. Certains de ces éléments sont textuels, d'autres jurisprudentiels.

Ainsi, et tout d'abord, d'après l'article I, Section 8, Clause 10, de la constitution fédérale, le Congrès a le pouvoir « de définir et de punir les pirateries et crimes commis en haute mer et les atteintes au droit des gens »¹²²⁹. La section 3 de l'article II dispose en outre que « le pouvoir judiciaire [des États-Unis] s'étendra à tous les cas de droit et d'équité ressortissant à la présente constitution, aux lois des États-Unis, aux traités déjà conclus, ou qui viendraient à l'être sous leur autorité ; à tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres plénipotentiaires et les consuls ; à tous les cas relevant de l'Amirauté et de la juridiction maritime ». Par les références qu'ils font au « droit des gens », aux « cas concernant les ambassadeurs, etc. », ces articles ont été interprétés comme conférant au Congrès le pouvoir de définir, et au juge fédéral le pouvoir de sanctionner, le droit international coutumier. Ainsi, selon le constitutionnaliste Willoughby – l'un de ceux qui ont le plus ardemment défendu cette position – « les cours [de Justice] ont jugé à de nombreuses reprises que l'effet des clauses [constitutionnelles] qui reconnaissent l'existence d'un corps de règles internationales et confèrent au Congrès le pouvoir de punir leur violation est de faire de ces lois, prises comme un tout, une partie du droit interne »¹²³⁰. Force est de constater que plusieurs indices permettent de penser que les Pères Fondateurs de la constitution américaine interprétaient ces clauses en ce sens¹²³¹. Ainsi par exemple, dans l'extrait précité du *Fédéraliste*, dans lequel Jay se félicite de l'interprétation uniforme du droit international qui prévaudra au sein de l'Union, est-il fait mention non seulement des « traités et articles de traité », mais également du « droit des gens »¹²³². George Mason estime tout également que l'objectif de la Convention de Philadelphie était d'établir « un système judiciaire compétent pour connaître *de toutes les affaires relatives au droit des gens* »¹²³³. Quant à Hamilton, il écrivait dans ses *Pacificus Papers* que « le droit des

gens est inclus dans le “droit du pays” »¹²³⁴. Ce n'est pas, cependant – et contrairement à ce qu'affirme Willoughby – sur le fondement de la constitution que les Cours fédérales ont appliqué le droit international coutumier.

En effet, alors même que l'inclusion du droit international coutumier dans le « droit du pays » par la constitution fédérale est douteux¹²³⁵, on trouve de nombreuses affirmations selon lesquelles cette « autorisation » n'est pas nécessaire pour que ce droit soit applicable par les juridictions fédérales américaines. L'*Attorney General* Randolph jugeait ainsi, déjà, dans les années 1790, que le « droit des gens est le droit du pays », « alors même qu'il n'a pas été spécifiquement adopté par la constitution ou par quelque acte interne que ce soit », car « ses obligations commencent et existent concurremment à celle d'une Nation »¹²³⁶. Il en découle par exemple, toujours selon l'opinion des *Attorney General* de la période, qu'alors même que le Congrès n'aurait encore adopté aucune loi punissant cette violation du droit international coutumier, doit être puni l'individu qui viole la souveraineté territoriale espagnole en cherchant à s'approprier une terre par la force¹²³⁷. Ces opinions, autorisées mais n'ayant pas de force juridique contraignante, ont été relayées par les Cours de Justice fédérales, meilleures alliées de l'opinion « moderne » selon laquelle le droit international coutumier fait partie du « droit du pays ». Dans deux arrêts rendus successivement en 1795 et 1796, la Cour Suprême a ainsi jugé que « le droit des gens fait partie du common law » de l'Union, ou encore qu'il « faisait partie du *Common Law* anglais » et qu'il a été repris par les États-Unis après l'Indépendance¹²³⁸. Exprimée dans l'arrêt *Boyle*, l'opinion du juge Marshall est à l'avenant : selon le *Chief Justice* en effet, « le droit des gens est cette grande source de laquelle découlent les règles relatives aux droits des neutres et belligérants tels que reconnus par les États civilisés et commerçants d'Europe et d'Amérique » et qui fait partie du droit applicable par la Cour Suprême depuis que les États-Unis ne font plus partie de l'empire anglais¹²³⁹.

Lorsque la même Cour déclare, en 1900, que « le droit international coutumier fait partie du droit du pays », ce sont ainsi plusieurs dizaine d'arrêts venant à l'appui de cette affirmation qui peuvent être invoqués¹²⁴⁰, si bien que l'on peut être d'accord pour conclure que « les hommes d'États et juristes américains ne considèrent pas le droit international comme liant le pays en conséquence d'une intervention législative » mais

comme « des règles dont le respect est une condition de l’admission de l’État dans la famille des Nations »¹²⁴¹ : la sujétion au droit international est indissociable, selon cette théorie, de l’applicabilité immédiate et inconditionnée des règles internationales par les juridictions de l’État concerné¹²⁴². C’est pourtant cette conclusion que conteste la théorie « révisionniste ».

b. L’approche « révisionniste »

En dépit des éléments présentés ci-dessus, selon lesquels le territoire américain formerait une unité juridique quant aux sanctions des violations du droit international, *écrit ou non*, une autre approche doctrinale – jugée « bien plus plausible »¹²⁴³ – a montré que cette unité se limite aux seules règles internationales *conventionnelles* – à moins, et c’est la seule exception envisagée, que les règles coutumières aient fait l’objet d’une transcription en droit interne, ce qui fut notamment le cas dès 1790, le Congrès ayant adopté un acte par lequel il fédéralisait *certaines* atteintes au droit des gens¹²⁴⁴. Outre ces cas de fédéralisation du droit international, les cours fédérales seraient dépourvues de toute compétence pour sanctionner les violations du droit coutumier commises par les États ou les individus, pas plus que la Cour Suprême ne pourrait déclarer inconstitutionnelle des lois étatiques contraires au droit des gens. Qui plus est, la sanction des normes *fédéralisant* le droit international coutumier ne peut plus être considérée comme une sanction du *droit international*, mais bien du droit fédéral.

Ainsi le Pr. Ku rappelle-t-il que « les Pères Fondateurs n’ont pas entendu fédéraliser l’ensemble du droit des gens coutumier, mais uniquement ceux des cas qui seraient susceptibles d’effectuer les relations extérieures » de l’Union¹²⁴⁵. Plusieurs éléments permettent de plaider en ce sens, et de renverser l’opinion « moderne ». L’un des plus convaincants – avec celui que constitue la jurisprudence des États eux-mêmes,

que nous étudierons dans un instant – réside dans la décision de la Convention de Philadelphie de supprimer du projet de constitution la mention au « droit des gens » dans l’Article III, qui définit les limites du pouvoir judiciaire fédéral. En effet, alors qu’un premier projet mentionnait la compétence de ces dernières pour les affaires « survenant dans le domaine du droit des gens »¹²⁴⁶, cette mention a finalement été évincée – sans explications¹²⁴⁷ – du texte final, pour y préférer une énumération précise des titres de compétence des cours fédérales¹²⁴⁸. On a déduit de la disparition de cette clause qu’elle révèle que le droit international coutumier ne *fait pas*, à la différence des traités visés par l’article VI, partie du droit fédéral¹²⁴⁹.

On remarquera également que Marshall, dont nous avons vu ci-dessus qu’il reconnaissait au droit international coutumier le statut de « law of the land », refusait ce statut au Common Law, jugeant qu’« il est clair qu’il n’y a pas de *common law* des États-Unis » car « le gouvernement fédéral est composé de vingt-quatre États souverains et indépendants, qui chacun peuvent avoir des usages et des coutumes locaux et une *common law* ». Or, on voit mal, en ce sens, ce qui distingue le « droit des gens » de quelque droit non-écrit que ce soit, et pourquoi ce droit pourrait faire partie du « droit du pays » sans avoir été au préalable « incorporé dans la constitution ou dans les lois des États-Unis » - alors même que les dispositions de *Common Law*, elles, ne pourraient avoir force légale au niveau fédéral « que par une adoption législative »¹²⁵⁰. Tucker, dans son appendice à l’édition des *Commentaries...* de Blackstone, notait aussi expressément « que cette question est d’une grande importance » car, à reconnaître l’existence d’un « droit fédéral coutumier », ce n’est pas seulement « l’étendue de la juridiction des cours fédérales » qui serait illimitée, mais également et surtout « les pouvoirs du gouvernement fédéral » : car si « le *common law* d’Angleterre a été repris par les États-Unis en leur capacité nationale, ou fédérale » la « juridiction » du gouvernement « doit lui être coextensive », si bien qu’elle est « illimitée »¹²⁵¹ - une conclusion contraire à la nature même du système fédéral.

Quand bien même, les Cours fédérales ou la Cour Suprême auraient rendu des décisions en sens contraire, ainsi que nous l’avons vu ci-dessus, la doctrine révisionniste rappelle que le « droit des gens », même considéré comme « droit du pays » ne saurait être considéré comme droit « *suprême* » du pays : jamais le droit international coutumier

n'a été compris, au cours de la période qui nous intéresse, comme *hiérarchiquement supérieur* au droit des États : lorsque la Cour Suprême a été confrontée à l'application, par un État, d'un droit non-écrit, international ou non, elle a conclut de manière constante à son incompétence pour apprécier la régularité d'un tel jugement¹²⁵². La constitution ou la loi de l'un des États membres peut ainsi être en contradiction avec le droit international coutumier tout en étant valide du point de vue du droit fédéral : il n'y a pas de « territoire fédéral » du point de vue des sanctions du droit international non-écrit¹²⁵³.

2. *Aperçu de la pratique des cours étatiques en matière de violation du droit international au cours du XIXe siècle*

La conclusion que tirent Bradley et Goldsmith de l'absence de supériorité du droit international coutumier sur le droit étatique, est sans appel : un État de l'Union « a la capacité, en l'absence de disposition constitutionnelle ou fédérale contraire, de violer le droit international et, dès lors, d'engager la responsabilité internationale des États-Unis »¹²⁵⁴. Les cours étatiques sont en effet seules compétentes pour juger des violations individuelles ou étatiques du droit des gens survenues sur le territoire des États membres – témoignant de la spécificité de la condition juridique du « territoire fédéral » en droit international, dont la définition est mouvante selon qu'il est envisagé comme lieu de pouvoir ou de sanction de ce droit.

Nous l'avons vu ci-dessus : en vertu du principe du « droit des gens comme droit du pays », le droit coutumier est appliqué « *ex proprio vigore* » par les États, qui sanctionnent ainsi les violations du droit international survenant dans les limites de leur juridiction et qui les sanctionnent, surtout, exclusivement et en dernier ressort : à l'ambassadeur espagnol qui demande au gouvernement fédéral de punir les violations du droit des gens commises à l'encontre de l'Espagne par des citoyens américains, l'*Attorney General* Lincoln répond au début du XIXe siècle que « le droit des gens fait partie du droit des États » si bien que ce sont « leurs cours qui sont compétentes pour sanctionner les dites offenses », les juridictions fédérales n'étant « pas compétentes » en l'absence de « législation fédérale » sur ce point¹²⁵⁵.

Les exemples d'application du droit international coutumier par les États membres sont, en outre, nombreux : on se souviendra notamment de cet arrêt de la Cour Suprême de Pennsylvanie jugeant le capitaine d'un bateau coupable de « baraterie », et le condamnant car cet acte est « contraire au droit des gens » ; de cet arrêt de la Cour Suprême de l'État de New York selon laquelle un ministre étranger en transit par le territoire de cet État ne peut être détenu sans violation des « principes du droit international » tels qu'exposés par Vattel ; ou encore de l'annulation par la Cour Suprême du Massachusetts des contrats conclus entre ennemis durant la guerre de Sécession¹²⁵⁶. L'obligation de respecter les droits des Nations étrangères sur le territoire pèse ainsi souvent sur l'État membre lui-même – sans que les cours fédérales, ni la Cour Suprême, ne possèdent sur ce point de compétence pour renverser les décisions des cours de justice étatique. La Cour Suprême l'a expressément confirmé, et à plusieurs reprises, au cours du XIXe siècle : selon un arrêt de 1875 « les règles générales de la guerre, telles que reconnues par le droit des gens applicable à cette affaire » n'ayant pas été « modifiées ou suspendues par la constitution, les lois, les traités ou déclarations du pouvoir exécutif des États-Unis », la Cour n'a aucun pouvoir de revenir sur les décisions des cours étatiques en cette matière car sa juridiction est « limitée » en fonction de la « matière en cause »¹²⁵⁷.

Selon l'approche nationaliste du statut juridique du droit international coutumier, cette conclusion – selon laquelle les cours étatiques « contrôlent l'interprétation, l'application, et le développement » de ce droit¹²⁵⁸, que les cours fédérales ne peuvent appliquer à moins que ce droit n'ait été fédéralisé¹²⁵⁹ – serait, quand bien même elle aurait été appliquée en pratique, « absurde », car elle a pour conséquence d'interférer avec la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères¹²⁶⁰. Cette critique méconnaît pourtant, selon nous, la spécificité de la condition juridique du territoire aux États-Unis : celle de n'être pas une, mais double. Parce qu'il existe une « double souveraineté » sur le territoire américain – voire triple si sont prises en compte les Nations indiennes – il existe une « double catégorie d'entités » chargée de respecter sur leur territoire les droits des Nations étrangères.

*

* * *

Les conséquences juridiques de la détention d'un titre territorial sont, aux États-Unis durant le long XIXe siècle, définies dans des termes tout à fait « classiques » : le titulaire de la souveraineté est une entité à laquelle le droit international reconnaît sur l'espace considéré une compétence exclusive et absolue – c'est l'aspect positif de la souveraineté territoriale – ainsi qu'une obligation de respecter ses prescriptions – c'est l'aspect négatif de cette souveraineté, dont l'importance aux États-Unis est traduite par le principe du « law of Nation as supreme law of the land ».

L'application de ce principe, de même que la définition de la souveraineté territoriale, révèlent toutefois la particularité du statut juridique du territoire des États-Unis : ce que confirme l'étude, entre 1789 et 1914, de ce statut, c'est en effet la dualité, voir la trialité, des entités définies comme détenant sur un *même espace* une compétence *exclusive et absolue*. En effet, et quoique cela ne soit plus vrai à la fin du XIXe siècle pour ce qui concerne les Nations indiennes – nous avons étudié dans notre première partie les fondements de cette évolution – tant ces dernières que les États membres ou les États-Unis sont juridiquement définis comme « territorialement souverains »¹²⁶¹. Un même espace géographique est ainsi l'objet de trois compétences concurrentes – ce qui est une conclusion apparemment contraire à la définition même de la souveraineté territoriale.

Pour lever cet apparent paradoxe, il est nécessaire de préciser que le statut juridique du territoire est pensé, dans le système américain – entendons par-là dans la constitution, mais également dans la pratique de ce système et dans la doctrine qui l'a théorisé – comme ne traduisant pas un pouvoir effectif et réel sur un espace donné, mais une *revendication à l'exclusivité*, opposable seulement à certaines entités. C'est ce que notre second chapitre a pour objet de démontrer.

Chapitre 2 – Effets du titre territorial sur le statut juridique des entités situées au sein des frontières

« La plupart des controverses soulevées par l’expansion territoriale [des États-Unis] », écrit K.Raustiala dans un ouvrage récent, « découlent d’une différence entre les règles du droit international et celles du droit constitutionnel ». En effet, « du point de vue du droit international, tout le territoire inclus dans les frontières des États-Unis relève de la souveraineté territoriale américaine », alors que « du point de vue constitutionnel », le gouvernement fédéral n’est pas souverain¹²⁶². Cette contradiction a été mise en avant, récemment encore, dans plusieurs affaires qui ont vu tant la Cour Suprême¹²⁶³ que la Cour Internationale de Justice¹²⁶⁴ et la doctrine internationaliste¹²⁶⁵ s’interroger sur la réalité de la souveraineté des États-Unis sur le territoire américain.

A ce problème de l’articulation des règles du droit international avec celles du droit constitutionnel américain – les États-Unis étant détenteurs d’un titre territorial selon les premières mais non-souverain selon les secondes – deux réponses différentes, et chronologiquement successives, ont été apportées au cours de la période qui nous intéresse, chacune de ces deux réponses étant représentative de ce que nous avons appelé une « conception » des conséquences de la détention d’un titre territorial du point de vue des personnes et entités situées sur le territoire concerné par le titre.

Selon une première conception, fondatrice – car elle le rend possible – du système américain, la compétence exclusive et absolue du détenteur d’un titre territorial n’exprime pas un statut juridique objectif et effectif, mais uniquement un statut *opposable aux entités étrangères* qui prétendraient déployer sur l’espace concerné leur propre pouvoir, si bien que cet espace peut être *le lieu de plusieurs compétences concurrentes dont sont titulaires des entités différentes*. Il s’agit ainsi d’une conception des « effets intra-territoriaux » du titre territorial que l’on peut qualifier de « pluraliste »¹²⁶⁶, dans la mesure où elle permet la coexistence, sur un même espace, « d’une multiplicité de lieux de gouvernance semi-autonome les uns des autres, et ayant

des revendications concurrentes et contradictoires »¹²⁶⁷ : le gouvernement fédéral peut ainsi, sans contradiction, être « souverain » aux yeux des États étrangers, et voir pourtant son pouvoir matériellement restreint par la constitution (Section 1).

Mais la seconde moitié, et la fin surtout, du XIXe siècle, voit se développer une autre conception des effets du titre – conception « unitaire » et « coloniale » cette fois, car elle prend prétexte du titre territorial international pour soumettre à un pouvoir exclusif, absolu et arbitraire les personnes et entités situées à l'intérieur du territoire concerné par le titre. Directement contraire au pluralisme car fondée sur une conception du territoire comme lieu d'un pouvoir unique, *tant du point de vue des entités étrangères que des entités situées dans le cercle des frontières*, cette conception témoigne du rôle joué par le droit international – ou, tout du moins, *d'une certaine construction du droit international* – dans l'unification du territoire juridique américain, unification à la fois impériale et contraire au projet fédéral initial¹²⁶⁸ (Section 2).

Section 1 – La conception pluraliste

La doctrine internationaliste, qui s'est généralement désintéressée de la question du territoire telle qu'elle se pose *au sein* des frontières américaines, dans la mesure où cet espace est considéré comme un espace de souveraineté, n'a pas vu que le titre territorial des États-Unis, pour être opposable aux Nations étrangères, n'en est pas moins *dépourvu de tout effet juridique à l'intérieur de ce territoire*. La portée théorique d'un tel constat serait quasi-nulle si ce n'était la particularité – qui « n'existe chez nul autre peuple », selon le juge Marshall¹²⁶⁹ – des entités présentes sur cet espace. L'absence d'effets du titre territorial sur le statut juridique interne du territoire permet en effet de concevoir la coexistence sur le territoire américain d'entités jouissant chacune, *en vertu du droit international*, d'un « droit exclusif et absolu » sur l'espace qu'elle occupe (§1) – possibilité dont les conséquences à l'égard des États étrangers sont palliées par le mécanisme de la responsabilité (§2).

§1 – Limitation des effets du titre aux entités extérieures au territoire

De la constitution fédérale (A) mais aussi et surtout de la pratique au cours de la période qui nous intéresse (B), il ressort que la possession d'un titre territorial ne produit aucun effet juridique du point de vue des entités qui se trouvent à l'intérieur du territoire concerné par le titre : c'est ainsi que la détention, par les États-Unis, d'un titre territorial, ne s'oppose pas, selon cette conception, à la détention d'un titre territorial sur une partie du territoire américain par les États membres ou les Nations indiennes.

Une telle conception permet de relativiser considérablement l'affirmation selon laquelle l'« existence, au même moment, au profit de différents gouvernements », d'un « titre absolu » sur le même espace terrestre est impossible¹²⁷⁰ : cette impossibilité en effet se résout dès lors que l'on comprend que l'exclusivité et l'absoluité de la compétence territoriale ne valent qu'à l'égard de certaines entités – celles qui sont extérieures au territoire considéré¹²⁷¹ – mais non à l'égard d'autres – celles qui sont présentes à l'intérieur de ce même territoire.

A. Limitation consécutive à l'existence d'une constitution

Le gouvernement fédéral se trouve, c'est un argument récurrent dans le débat américain au cours du XIXe siècle, dans une position différente de celle des Nations européennes dès lors qu'il est question de l'étendue de ses pouvoirs sur son territoire. En effet, l'action du gouvernement à l'égard des États membres est nécessairement restreinte par l'existence d'une constitution écrite – restreinte non seulement formellement, mais encore matériellement, puisque la constitution est *fédérale*, c'est à dire qu'elle n'est constitutive que d'une délégation de certains pouvoirs aux organes qu'elle institue. « Le gouvernement des États-Unis procède de la constitution » si bien que « tous les pouvoirs dont il jouit ou qu'il peut exercer doivent dériver implicitement ou explicitement de cet instrument »¹²⁷².

Ainsi, alors même qu' « un Anglais, un Français, un Russe ou un Allemand ne remettrait pas en cause le droit de son gouvernement de conquérir quelque terre que ce

soit, de la détenir et de la gouverner comme bon lui semble » parce que ces gouvernements « jouissent de la souveraineté dans sa forme la plus élémentaire », il en va autrement du gouvernement fédéral des États-Unis qui « se trouve dans une position différente » car les pouvoirs qui lui sont conférés, et les devoirs et limites qui lui sont imposés, le sont « par une constitution écrite »¹²⁷³. Aussi, dès lors qu'il est admis que le pouvoir du gouvernement fédéral « s'étend jusqu'aux limites du territoire » américain – ce qui est prouvé notamment par le fait que « toute tentative d'un pouvoir étranger d'empiéter » sur la juridiction territoriale des États-Unis « serait rejeté » - il faut admettre également que « la constitution a été faite pour l'ensemble du pays »¹²⁷⁴ : « où que s'exerce le pouvoir du Congrès, il s'y exerce de manière limitée et contrainte par les dispositions générales de la constitution qui seule lui confère l'autorité de légiférer »¹²⁷⁵.

Le gouvernement fédéral ne saurait ainsi se prévaloir du titre territorial international des États-Unis pour fonder son pouvoir sur le territoire des États membres : si ce titre est bien fondateur d'un pouvoir « exclusif et absolu », ce n'est qu'à l'égard des États étrangers, c'est-à-dire extérieurs aux frontières américaines. La Cour Suprême a ainsi affirmé de façon constante, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, que ce n'est que « dans leurs relations avec les souverainetés étrangères » que le terme d' « États-Unis » forme « une unité » et « inclut tous les territoires sujets à la juridiction du gouvernement fédéral, ou qu'ils soient situés »¹²⁷⁶. La pratique confirme en outre que les États membres demeurent, tout comme les Nations indiennes durant une bonne partie du XIXe siècle, territorialement souverains à l'intérieur des frontières américaines.

B. Une limitation constitutive du pluralisme des ordres juridiques sur le territoire des États-Unis

Que les effets du titre territorial soient limités aux États étrangers est en effet prouvé, dans la pratique au cours du XIXe siècle, par l'absence d'effets du

titre des États-Unis sur la détention par les États membres et les Nations indiennes de leur propre titre territorial (1), l'ensemble du territoire américain étant ainsi le lieu d'exercice de souverainetés territoriales diverses, relevant d'entités différentes (2).

1. *Absence d'effets du titre territorial des États-Unis sur la détention d'un titre territorial par les États membres et les Nations indiennes*

a. *Absence d'effets sur le titre territorial des États membres*

Contrairement à l'affirmation d'après laquelle « la délimitation territoriale des États membres (...) s'accompagne de limitations *ratione materiae* et *ratione personae* qui restent en thèse générale étrangères aux délimitations opérées par le droit international », si bien que « le territoire reste pour l'État membre une *limite d'action* » et qu'il n'est plus ce faisant « un *titre international* de compétence »¹²⁷⁷, l'analyse attentive du rapport entre la compétence territoriale des États membres et celle des autres entités présentes sur le territoire des États-Unis démontre que les premiers jouissent d'un titre international *opposable* aux autres États membres et au gouvernement fédéral.

En effet, si nous avons montré ci-dessus que la compétence territoriale des États membres est analysée en terme de souveraineté¹²⁷⁸, nous n'avons pas encore envisagé cette qualification sous l'angle de son opposabilité. Or, le titre territorial des États membres est bien un titre opposable tant aux autres États membres de la Fédération qu'au gouvernement fédéral : il y a là, comme nous l'annoncions, une reprise, au sein même du territoire fédéral, du « principe de base » de la conception « westphalienne » de la souveraineté¹²⁷⁹.

A plusieurs reprises déjà, nous avons cité des affirmations en ce sens de la Cour Suprême et de la doctrine américaine relativement à l'opposabilité du titre aux autres États et au gouvernement.

On se souvient ainsi que le titre territorial de l'un des États fédérés interdit à tout autre État de la Fédération de prétendre punir une infraction commise sur le territoire du

premier¹²⁸⁰, d'y conférer un droit de propriété à l'un de ses ressortissants¹²⁸¹, ou encore d'y rechercher la personne responsable d'une violation de ses lois¹²⁸². Et c'est bien cette opposabilité du titre territorial des États membres aux autres États qui fera écrire à Story, en introduction de ses *Commentaires sur le droit international privé*¹²⁸³, que cette branche du droit, dont l'objet est de résoudre les conflits de loi « nés de la division de la Terre en différentes souverainetés sur différentes régions »¹²⁸⁴, est « du plus grand intérêt et de la plus grande importance aux États-Unis »¹²⁸⁵.

On se souviendra également que le titre territorial des États membres est opposable au gouvernement fédéral qui ne peut prétendre réglementer les situations survenant sur le territoire des premiers que dans les domaines auxquels ils ont volontairement renoncé à leur souveraineté par l'adoption de la constitution, ou si le titre territorial concerné a été cédé par un État à l'Union¹²⁸⁶. Le gouvernement fédéral n'est, en outre, pas fondé à intervenir dans les conflits de frontière opposant les États membres, preuve de ce que la définition de l'étendue et de la nature du pouvoir des États sur leur territoire, si elle *intéresse* l'Union, est *hors d'atteinte* de ses pouvoirs¹²⁸⁷, et doit être réglée non par le droit fédéral, ou le droit interne des États membres, mais bien par les principes du droit international public.

b. Absence d'effets sur le titre territorial des Nations indiennes

L'absence d'effets du titre territorial des États-Unis sur la compétence territoriale des États membres vaut également pour les effets de ce titre à l'égard des Nations indiennes. En effet, et quoiqu'il faille distinguer attentivement les différentes natures juridiques des territoires de ces entités, qui n'ont pas tous le même statut (α), un grand nombre de ces dernières vivaient jusqu'à la fin du XIXe siècle sur des terres relevant de leur compétence « exclusive et absolue », leur titre territorial étant alors considéré comme opposable tant au gouvernement fédéral qu'aux États membres dans les frontières desquelles ces territoires étaient inclus (β).

a . Diversités des statuts juridiques des territoires des Nations indiennes

Tout lieu occupé par des Nations indiennes ne peut être défini comme « territoire » de ces dernières, en ce sens qu’elles y exerceraient une compétence exclusive et absolue insusceptible d’être remise en cause par une autorité extérieure. Au cours du XIXe siècle en effet, les traités conclus entre ces Nations et les États-Unis ont contribué à la création de statuts territoriaux particuliers, dont la « réserve » est la plus connue, mais qu’il convient de bien distinguer de la « souveraineté », qui demeure pour un certain nombre d’entre elles.

« Ile de territoire Indien dans une mer d’établissements blancs »¹²⁸⁸, la « réserve indienne » désigne tout d’abord, au début de la période qui nous intéresse, la portion de territoire restant à une Nation Indienne après qu’elle en a cédé une autre portion aux États-Unis : la réserve désigne « la part de territoire non-cédé »¹²⁸⁹, si bien que rien ne distingue alors la « réserve » du « territoire » entendu comme lieu de souveraineté. C’est ainsi, par exemple, que dans le traité signé en 1794 avec les Six Nations, il est prévu à l’article 2 que « les États-Unis reconnaissent que les terres réservées aux Nations Oneida, Onondaga et Cayuga par les traités qu’elles ont conclus avec l’État de New York, désignées sous le terme de “réserve”, constituent leur propriété ; les États-Unis ne les revendiqueront jamais ni ne troubleront (...) leur libre usage ou disposition ; la dite réserve demeurera leur tant qu’ils n’auront pas choisi de la céder au peuple des États-Unis, qui a le droit de l’acheter »¹²⁹⁰.

La « réserve » dont il est question ici, ainsi que le prouve cet article, n’est donc rien d’autre qu’une *reconnaissance* de ce que les Nations indiennes, ainsi que nous avons déjà eu l’occasion de le dire¹²⁹¹, jouissent, sur les terres qu’elles occupent « depuis un temps immémorial »¹²⁹², d’une souveraineté « inaliénable et sacrée »¹²⁹³ - dont nous verrons dans un instant qu’elle était, dans la pratique, opposable et opposée tant au gouvernement fédéral qu’aux États membres, qui ne pouvaient par conséquent légalement revendiquer sur ces territoires de compétence exclusive et absolue – quand bien même ils se trouvaient inclus dans leurs limites.

A partir des années 1830 toutefois, le terme de « réserve » acquiert un sens nouveau¹²⁹⁴ : de territoire que *se réserve* une Nation Indienne dans un traité de cession territoriale, la « réserve » devient un territoire *attribué par* le gouvernement fédéral à une Nation indienne. En effet, à la différence de la réserve telle que définie en son sens premier, la

« réserve » au cours du XIXe siècle va désigner une institution juridique nouvelle : un lieu, situé sur le domaine public fédéral, que certaines Nations indiennes sont seulement *autorisées* à occuper par le détenteur du titre – les États-Unis¹²⁹⁵. Ce nouveau statut territorial, qui participe de la politique de *removal* entamée au début des années 1830 par le Président Jackson, constitue un changement *fondamental* par rapport au statut juridique originel du territoire des Nations indiennes.

En effet, et tout d'abord, la création d'une réserve n'est pas constitutive d'une cession du titre territorial des États-Unis à la Nation Indienne à l'attention de laquelle la réserve concernée est créée. Il suffit de consulter les traités à l'origine de ces réserves pour se convaincre de ce que, loin de constituer une « réserve de souveraineté » d'une Nation Indienne, la « réserve » désigne alors bien plutôt le lieu d'une « souveraineté réservée » au gouvernement fédéral. Ainsi par exemple, dans le traité conclu en 1855 entre ce dernier et les tribus du Middle Oregon, celles-ci acceptent de céder *l'ensemble du territoire concerné par leur titre* territorial, le traité réservant toutefois aux tribus une partie de cet espace, « tant que le Président des États-Unis n'en aura pas décidé autrement »¹²⁹⁶. Les tribus indiennes concernées – et, à la fin du XIXe siècle, c'est presque l'ensemble d'entre elles qui le sont¹²⁹⁷ – se voient ainsi accorder une « maison » pour leur « usage et occupation »¹²⁹⁸, dont elles peuvent être privées unilatéralement et à tout moment.

Car si une réserve ne peut être originellement créée que par traité – sans quoi la conception des Nations indiennes comme détenant un titre territorial du fait d'une « occupation immémoriale » de leurs terres n'aurait pas de sens – ce statut conventionnel constitue une fragilisation considérable du statut des Nations concernées, *puisque à leur titre originel est substitué un statut conventionnel* dont le régime juridique est le même que celui de tout traité international : l'abrogation unilatérale, si elle constitue une violation du droit international, n'est pas une violation du droit fédéral¹²⁹⁹. Qui plus est, chacun des traités devient créateur d'un régime juridique particulier, la « Nation Indienne » concernée, qui mérite alors ses guillemets, acceptant une réduction plus ou moins grande de son droit de se gouverner elle-même au sein de la réserve créée : de la possibilité pour le gouvernement fédéral de vendre certaines terres de la réserve à des particuliers¹³⁰⁰ à la définition des modes d'élection et de rémunération des chefs indiens de la réserve¹³⁰¹, les quelques traités susmentionnés suffisent à montrer que la réserve est le lieu, peut-être, d'une certaine *autonomie*.

des Nations qui y sont cantonnées, mais *non d'une souveraineté territoriale* de cette dernière. Cohen ne jugeait-il pas que le statut juridique d'une réserve indienne est « comparable au cas des territoires nouvellement acquis sur lesquels, d'après le droit international, les lois précédemment existantes » - en l'occurrence celle des Nations indiennes – « subsistent tant qu'elles n'ont pas été remises en cause par le nouveau souverain » - en l'occurrence le gouvernement fédéral¹³⁰² ?

β . Opposabilité du titre des Nations indiennes aux États membres et au gouvernement fédéral

La création de réserves indiennes ne date que des années 1830, et il faut attendre la toute fin du XIXe siècle pour que la quasi-totalité des Nations indiennes aient été relocalisées dans l'une d'entre elles¹³⁰³. Avant cette date, ces Nations constituent des entités territorialement souveraines : elles jouissent alors sur l'espace qu'elles occupent d'un droit exclusif et absolu de gouvernement, que ni les États membres, ni le gouvernement fédéral, ne peuvent remettre en cause. Le statut juridique du territoire des Nations indiennes constitue en cela une nouvelle illustration de la conception pluraliste des effets internes du titre territorial.

En effet, alors même que tant les États membres que le gouvernement fédéral possèdent un titre territorial, ce dernier n'est pas considéré, dans la première moitié du XIXe siècle tout au moins, comme produisant à l'égard des Nations indiennes un quelconque effet juridique. Tant que les Nations indiennes ont été définies comme sujets du droit international, titulaires pour cela d'un droit exclusif et absolu sur leur territoire, leur titre a été considéré comme opposable tant aux États qu'au gouvernement, alors même qu'elles sont généralement situées soit *au sein des frontières d'un État membre*, soit à cheval *sur les territoires de plusieurs États de l'Union*¹³⁰⁴. *Que les Nations indiennes ne puissent être définies comme des « Nations étrangères », parce qu'elles sont situées au sein des frontières américaines*¹³⁰⁵, *n'a donc pas pour conséquence leur soumission au pouvoir du législateur fédéral ou des États membres.*

Les Nations indiennes disposent en effet, tout d'abord, d'un titre territorial opposable à l'État membre sur le territoire duquel elles sont pourtant situées – et ce sans qu'aucun traité conclu entre les Nations et les États concernés ne soit intervenu.

L'opposabilité n'est donc pas celle d'un droit territorial particulier, mais bien de la souveraineté originelle dont jouissent alors les Nations indiennes en leur qualité de « peuple »¹³⁰⁶. C'est sur ce fondement que la Cour Suprême des États-Unis a, en 1832 dans l'affaire *Worcester v. Georgia*, censuré une loi de l'État de Géorgie qui permettait notamment aux autorités publiques d'arrêter, sur le territoire de la Nation Cherokee, situé à l'intérieur de ses frontières, les citoyens américains y résidant sans autorisation. Jugeant que cette loi avait pour objet une « affirmation de la juridiction » de l'État de Géorgie « sur la Nation Cherokee », la Cour rappela que *les nombreux arguments plaidant contre « l'existence d'un pouvoir indépendant à l'intérieur d'un État souverain » sont réfutés par « l'histoire des États-Unis »*¹³⁰⁷ - quand bien même il s'agirait là d'une situation « unique au monde »¹³⁰⁸ : *au classicisme de la définition de la souveraineté territoriale, répond ainsi l'originalité de sa mise en pratique aux États-Unis.*

Les Nations indiennes disposent également, ensuite, d'un titre territorial opposable au gouvernement fédéral. C'est dans l'affaire *Cherokee Nation v. Georgia* que la Cour Suprême a le plus clairement reconnu l'opposabilité au gouvernement fédéral du titre territorial des Cherokee, qui, quoique situés « dans les frontières des États-Unis », sont les « maîtres exclusifs de leur territoire, gouverné par leurs propres lois, usages et coutumes »¹³⁰⁹. Cependant, et comme nous l'avons déjà montré¹³¹⁰, l'affirmation de la Cour Suprême ne fait ici que corroborer une doctrine et une pratique dominantes dans les premières années du XIXe siècle. De l'affirmation de Jefferson selon laquelle « les Indiens ont un droit d'occuper leurs terres qui est indépendant des États à l'intérieur des frontières desquelles ils se trouvent » et que, dès lors, aucun acte d'un État ou du gouvernement fédéral ne pourrait conférer un droit à ces terres, « tant qu'il n'aura pas été cédé par traité ou par une transaction équivalente »¹³¹¹, au nombre considérable de traités effectivement conclus par les États-Unis pour acquérir le titre des Nations indiennes¹³¹² - ou prévoir l'obligation de posséder un passeport pour franchir les frontières du territoire de la Nation concernée¹³¹³ – l'opposabilité du titre de ces dernières aux premiers est une réalité qui ne sera contestée que dans la seconde moitié du XIXe siècle.

2. Pluralité des ordres juridiques souverains sur le territoire des États-Unis

D'après Scully, « l'expansion continentale [des États-Unis] au cours du XIXe siècle a eu pour conséquence l'existence d'une diversité de relations juridique entre les peuples et les régions d'une part et le gouvernement fédéral d'autre part, produisant ainsi un riche mélange de souverainetés, et conduisant à définir l'Amérique comme une entité aux revendications juridictionnelles variées et concurrentes, remettant en cause les liens entre constitutionnalité et territorialité »¹³¹⁴. Contrairement en effet à l'affirmation classique selon laquelle les États-Unis formeraient un État fédéral dont le territoire serait dès lors le lieu d'une souveraineté unique, les développements précédents ont permis de montrer que le système américain, dont il ne faut pas exclure les Nations indiennes, peut être mieux défini comme un système pluraliste, au sein duquel *plusieurs entités, constituant des ordres juridiques différents, mais situées sur un même espace, peuvent cohabiter* : le système américain repose sur un « emboîtement d'ordres juridiques » - un auteur parle à cet égard d'*« interlocking arenas »*¹³¹⁵ - plutôt que sur une hiérarchisation de ces ordres.

Défini comme une situation juridique au sein de laquelle « il existe une pluralité d'ordres normatifs institutionnels, chacun possédant sa propre constitution »¹³¹⁶ et ayant des « revendications concurrentes à l'exercice de l'autorité »¹³¹⁷, mais où « il est possible que chacun [de ces ordres] reconnaise la légitimité de chacun des autres dans sa propre sphère, sans qu'aucun n'affirme ou ne reconnaisse la supériorité constitutionnelle d'un autre »¹³¹⁸, le pluralisme juridique correspond en effet à la situation américaine pendant une partie du XIXe siècle¹³¹⁹.

Les « ordres normatifs institutionnels » sont ceux que constituent les États membres, le gouvernement fédéral, et les Nations indiennes, chacun possédant sa propre constitution, qu'elle soit écrite – cas des États membres et du gouvernement fédéral – ou non – cas de certaines Nations indiennes. Dès après l'Indépendance, ces entités ont des revendications conflictuelles les unes avec les autres : le Pr. Onuf a montré¹³²⁰, et nous y reviendrons¹³²¹, que la résolution des conflits territoriaux entre les États durant la période post-révolutionnaire est à l'origine de la République fédérale, de même, comme nous l'avons vu, que les relations entre les Nations indiennes, les États membres, et le gouvernement fédéral, ont fait l'objet de nombreux conflits relatifs à la compétence des

uns et des autres pour déployer leur pouvoir sur les terres occupées par ces Nations. Or, ces conflits juridictionnels ont bien été résolus, dans un premier temps tout au moins, par la reconnaissance de la légitimité de chacune des entités dans sa propre sphère, sans qu'aucune n'affirme ou ne reconnaissse la supériorité constitutionnelle absolue d'une autre : la « supériorité » même de la constitution fédérale est limitée aux domaines qu'elle comprend. Le système américain s'est constitué autour de l'idée que *la souveraineté territoriale n'est un statut qui n'existe juridiquement qu'en tant qu'il est opposable aux entités situées hors du territoire concerné.*

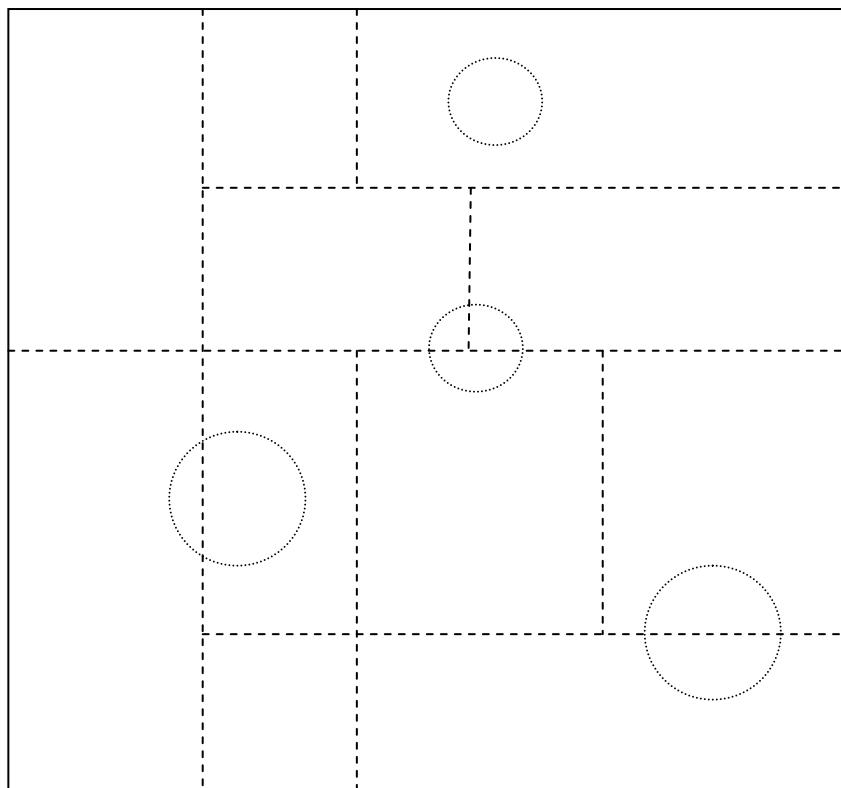
Car c'est bien grâce à cette idée que l'espace est susceptible de définitions juridiques variables, selon les entités auxquelles la définition est opposée. Le pluralisme des ordres juridiques est ainsi *rendu possible* non pas, comme c'est le cas dans l'ordre juridique international classique, par l'affirmation d'une multiplicité de souverainetés sur des espaces différents, mais par *une définition subjective de l'espace, dont le statut juridique est fonction de la relation entre deux entités considérées.*

Si le gouvernement fédéral, les États membres, et les Nations indiennes, peuvent cohabiter sur un même espace, c'est en effet parce que l'espace qu'elles occupent ne constitue le lieu d'une compétence exclusive et absolue *qu'aux yeux de certaines entités* – et non d'autres. Ainsi, les États-Unis, représentés par le gouvernement fédéral, sont-ils territorialement souverains *au regard* des États européens, mais non des États membres ou des Nations Indiennes car, *du point de vue de ces dernières*, c'est le gouvernement fédéral lui-même – ou les autres États membres – qui représentent des « entités étrangères »¹³²². Il n'y a là aucune « construction du droit interne »¹³²³, mais bien une certaine conception des effets juridiques du titre territorial à l'égard des entités situées à l'intérieur des frontières internationales.

Durant une bonne partie du XIXe siècle, parler du « territoire des États-Unis » en tant qu'espace d'une souveraineté unique, c'est donc se placer du seul point de vue des États européens, extérieurs à ce territoire. On peut certes proposer, pendant cette période, une représentation schématique objective du territoire américain – voir, pour cela, le schéma reproduit en page suivante – mais encore faut-il préciser que cette objectivité ne peut qu'être celle d'un observateur omniscient, c'est-à-dire du seul

théoricien : du point de vue de la pratique, les différents espaces de souveraineté ci-dessous représentés se résolvent en un seul, selon que le schéma est observé par l'État membre, la Nation indienne, ou la Nation européenne. L'impossibilité théorique de l'existence simultanée, sur un même espace, de pouvoirs souverains appartenant à des entités différentes se résout dans cette subjectivité que la pratique est seule à connaître.

*Représentation schématique des différents espaces de souveraineté
sur le territoire des États-Unis*



[Solid Square] Territoire des États-Unis

[Dashed Square] Territoire des États membres

[Dotted Circle] Territoire des Nations indiennes

S2 – La responsabilité comme garantie du pluralisme

Selon la conception pluraliste des effets internes du titre territorial, c'est donc l'« étranger » qui « fait » l'exclusivité de la compétence sur l'espace considéré : à l'égard de toute autre entité, c'est-à-dire à l'égard de toute entité ne pouvant être définie comme « étrangère », le titre territorial ne pourra être opposé. Ainsi et par exemple, comme l'a bien vu Wilkins, le traité de Paris de 1783, en tant qu'il opère un transfert du titre territorial de l'Angleterre aux États-Unis après la guerre d'Indépendance, ne crée « un titre exclusif et absolu sur toute l'Amérique » au profit des États-Unis que *du point de vue* des Nations européennes, et non des États membres ou des Nations indiennes¹³²⁴. Une telle conclusion ne va pas cependant sans poser un certain nombre de problèmes.

En effet, si cette conception est juridiquement « valable », mais néanmoins « gênante »¹³²⁵, c'est parce qu'elle conduit à donner d'un même espace – le « territoire des États-Unis » - deux définitions différentes (A). C'est par l'intermédiaire de la responsabilité internationale que le système américain permet de résoudre ce qui, dès lors, se révèle être moins un problème qu'une solution au défi que constituait la volonté de créer une *Union d'États*, qui cependant apparaissent *unifiés au regard des États étrangers*¹³²⁶ (B).

A. Responsabilité du détenteur du titre

L'idée que les effets du titre territorial se limiteraient à une opposabilité de l'exclusivité et de l'absoluité de la compétence de son titulaire aux États étrangers, sans produire toutefois de conséquences juridiques à l'intérieur du territoire concerné, est problématique dans la mesure où l'entité territorialement souveraine à l'égard de certaines entités ne l'est plus à l'égard d'autres entités (1). Cette ambivalence, que la pratique contribuera à mettre en lumière au cours du XIXe siècle, est atténuée cependant par la responsabilité internationale du détenteur du titre, grâce à laquelle sont

réparées les conséquences de l'impossibilité, pour le titulaire de la souveraineté, de remplir ses obligations internationales en raison de l'absence d'effets internes de ce titre (2).

1. Problème posé par l'absence d'effet interne du titre territorial

Nous l'avons dit plus haut : la détention d'un titre territorial entraîne pour le titulaire de la souveraineté l'obligation de respecter sur son territoire le droit international. Or, si les États-Unis ont adopté pour satisfaire à cette obligation le principe de la sanction juridictionnelle des violations d'un droit international considéré comme « *supreme law of the land* », l'efficacité de ce principe est atteinte par la conception sus-mentionnée du titre territorial¹³²⁷ : le détenteur du titre est privé de la possibilité juridique d'*obliger* les entités présentes sur son territoire de respecter *effectivement* le droit international. La souveraineté territoriale qu'il *oppose* aux États étrangers n'étant pas *invocable* à l'intérieur du territoire : ni les États membres ni les Nations indiennes ne peuvent être soumis au pouvoir du gouvernement fédéral, quand bien même un tel pouvoir serait nécessaire à la satisfaction des obligations internationales des États-Unis. C'est ce qu'illustre de manière particulièrement convaincante l'affaire du Vapeur Caroline, qui interroge au milieu du XIXe siècle les rapports entre la nature juridique du territoire telle que définie par le titre territorial des États-Unis, et les limites du pouvoir fédéral tel qu'il est encadré par la constitution. Connue pour une autre raison – il y est généralement fait référence pour la théorie de la légitime défense préventive qui fut alors avancée par l'Angleterre¹³²⁸ – cette affaire est en effet également, et surtout, riche d'enseignements quant au statut juridique du territoire fédéral et à ses conséquences sur la responsabilité du gouvernement fédéral pour les actes des États membres.

Suite à la destruction, sur le territoire des États-Unis et par des agents de la Couronne Britannique, d'un bateau américain ravitaillant des canadiens en rébellion contre la Couronne britannique¹³²⁹, c'est en effet l'État de New York – et non le gouvernement fédéral – qui a procédé à l'arrestation d'Alexander McLeod, agent britannique accusé du meurtre de l'un des membres d'équipage du Caroline tué dans l'assaut. Or, selon l'Angleterre, cette arrestation constitue une violation du droit

international¹³³⁰ : l'acte de McLeod étant « un acte public commis par des personnes au service de sa Majesté, obéissant aux ordres d'autorités supérieures », le prévenu jouit de l'immunité accordée par le droit international aux représentants officiels d'États présents sur le territoire d'un autre État¹³³¹. L'affaire, dès lors, ne peut faire l'objet d'aucune procédure judiciaire, mais seulement de négociations diplomatiques entre les deux gouvernements¹³³² - voie par laquelle l'Angleterre avait donc demandé au gouvernement fédéral d'ordonner la libération du prévenu¹³³³.

Or cette demande est constitutive pour le gouvernement fédéral de ce que Hyde a qualifié de « dilemme »¹³³⁴.

Le gouvernement en effet est « pris » entre la définition du territoire qui découle de son titre international – qui en l'espèce lui permit de rappeler à l'Angleterre que la destruction du Vapeur « présente le cas d'une invasion injustifiée, en temps de paix, d'une partie du territoire des États-Unis »¹³³⁵ et peut dès lors constituer « un motif de protestation de la part du gouvernement des États-Unis »¹³³⁶ - et les limites constitutionnelles de son pouvoir – le gouvernement des États-Unis répondant alors à la demande de l'Angleterre de libération de son ressortissant que « la juridiction des différents États qui constituent l'Union est, au sein de son champ d'application, parfaitement indépendante du gouvernement fédéral »¹³³⁷, si bien que ce dernier se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à la demande britannique – de même qu'en 1895 le Président des États-Unis se trouvera dans l'incapacité juridique d'obliger le gouverneur du Colorado à réunir un « *grand jury* » pour juger le meurtre de plusieurs travailleurs italiens survenu sur le territoire de cet État, les lois du Colorado ne prévoyant pas une telle procédure¹³³⁸.

Certes l'argument des États-Unis est, *du point de vue anglais* concernant l'affaire Caroline, tout à fait insoutenable : la nature exclusive et absolue de la compétence territoriale des États-Unis, fondée sur leur titre, les oblige en retour à respecter sur cet espace les prescriptions du droit international – en l'espèce, donc, la règle de l'immunité des représentants d'États étrangers¹³³⁹. Les États membres, pour leur part, ne jouissent d'aucun titre opposable à l'Angleterre pour fonder leur prétention à juger le ressortissant anglais. En effet, le seul titre dont pourraient se prévaloir les États membres étant issu,

selon l'Angleterre, de l' « *internal compact* » fondateur de l'Union américaine¹³⁴⁰, les puissances étrangères n'ont « rien à voir » avec lui : la constitution fédérale, dont découle selon cet argument la compétence des États membres¹³⁴¹, est inopposable aux États non-membres de l'Union, si bien que « c'est au gouvernement fédéral, et non à l'État membre » qu'un pouvoir étranger « doit s'adresser pour obtenir réparation » d'une violation du droit international¹³⁴².

L'opposition des deux gouvernements est caractéristique du problème posé par la dualité juridique du territoire des États-Unis – et si l'affaire du Vapeur Caroline est celle qui a le plus évidemment mis en avant ce problème, d'autres faits, qui n'ont certes pas abouti à une opposition aussi frontale entre les États-Unis et des États étrangers, témoignent néanmoins de sa récurrence au cours de la période qui nous intéresse¹³⁴³. Or, dans tous ces cas, il est juridiquement impossible de décider en faveur de l'argument du gouvernement américain ou du gouvernement étranger concerné : aucun des deux arguments n'est juridiquement infondé, ni mieux fondé que l'autre.

La solution à ce conflit passe alors soit par une définition unitaire de l'espace – incompatible cependant avec la nature originelle du projet fédéral et la détention, tant par les États membres que les Nations indiennes, d'un titre territorial¹³⁴⁴ – soit par une compensation de l'impossibilité pour le gouvernement fédéral de satisfaire aux obligations découlant de son titre.

2. *La solution de la responsabilité*

L'issue des affaires dans lesquelles le gouvernement fédéral, faute de pouvoir imposer certaines actions aux États membres¹³⁴⁵, s'est trouvé dans l'incapacité de répondre de ses obligations envers les États étrangers, démontre que la solution du problème a d'abord été trouvée dans la reconnaissance de la responsabilité des États-Unis du fait de cette violation de ses obligations internationales.

C'est à nouveau l'affaire du Vapeur Caroline qui le démontre le mieux : faute de pouvoir satisfaire à la demande britannique de libération du ressortissant anglais auteur du meurtre du citoyen new-yorkais, le gouvernement fédéral a expressément reconnu

que l'Angleterre était fondée à demander aux États-Unis la réparation du dommage ainsi causé – sans que cela ne remette pour autant en cause la compétence de l'État de New York pour juger la personne concernée¹³⁴⁶. De même, lorsque le gouverneur du Colorado refusa la demande que lui avait adressée en 1895 le Président des États-Unis de réunir un « *grand jury* », le Président des États-Unis demanda au Congrès d'indemniser le gouvernement italien pour réparer les dommages ainsi causés¹³⁴⁷. Plus généralement, on se souvient que la responsabilité du gouvernement fédéral pour les actes commis par les États membres dans les domaines ne relevant pas de la compétence de ce dernier ont été à l'origine, dans les années post-révolutionnaires, des réflexions relatives à l'application du principe du « *international law as law of the land* » aux États-Unis¹³⁴⁸ - sans pour autant que la solution finalement adoptée ne vienne tout à fait régler le problème, les cours fédérales n'étant pas compétentes pour revenir sur les jugements des cours étatiques relatives aux violations des prescriptions internationales coutumières¹³⁴⁹.

Que le gouvernement fédéral soit responsable des actes commis par les États membres ou par les Nations indiennes violant le droit international est ainsi établi dans la pratique – de même que dans la doctrine¹³⁵⁰ : comme l'a résumé Baldwin si « le peuple des États-Unis en distribuant le pouvoir souverain, a pensé qu'il était approprié de faire peser sur les États [membres] le devoir de préserver l'ordre sur leur territoire », ce peuple « a également considéré qu'il était approprié de faire du gouvernement des États-Unis leur seul représentant pour tout ce qui concerne les relations internationales et diplomatiques » si bien qu'en cas de dommage causé par un État à un État étranger, ce dernier « ne peut s'adresser qu'aux États-Unis pour obtenir réparation »¹³⁵¹.

B. Une garantie du pluralisme juridique

L'absence d'effet interne du titre territorial aux États-Unis, alliée à la responsabilité du gouvernement fédéral pour les violations du droit international sur son territoire, garantit que la dualité – voir la trialité si l'on intègre dans ce schéma les Nations indiennes – territoriale sur laquelle est fondée le système américain est préservée quand bien même le territoire des États-Unis formerait une unité du point de vue des États étrangers (1). Peu connue, la compétence de la Cour Suprême pour juger des conflits entre États membres et étrangers vient qui plus est atténuer les risques que

fait peser sur les relations internationales de l’Union la dualité du statut juridique du territoire (2).

1. Une garantie de la pluralité des ordres juridiques et de l’unité juridique extérieure du territoire

La doctrine, américaine comme internationaliste, voit souvent dans la reconnaissance de la responsabilité internationale du gouvernement fédéral pour les actes des États membres – actes qu’il ne peut ni prévenir ni sanctionner – une « faiblesse », un « problème » du système américain : la dissociation entre la compétence territoriale « exclusive et absolue » du gouvernement fédéral au regard des États étrangers, et la compétence matériellement limitée par la constitution de ce même gouvernement au regard des États membres, est ainsi considérée par Woolsey comme un « défaut » de la constitution américaine, la responsabilité pesant sur le gouvernement fédéral sans que ce dernier ne puisse remédier au problème à l’origine de l’engagement de sa responsabilité ; plus récemment, d’autres auteurs ont jugé qu’ « il est inapproprié et irresponsable pour un État membre (...) agissant pour lui-même et sans égard pour l’opinion publique ou la politique nationale, d’adopter des mesures dont les conséquences devraient être supportées par la Nation toute entière »¹³⁵². Le Pr. Haupais, dans sa thèse consacrée aux relations entre droit international public et organisation interne de l’État, note tout également que cette « situation » - que l’auteur illustre par une référence à l’incident italo-américain précité – est « regrettable »¹³⁵³.

Il nous semble pourtant – et nous suivons en cela les propositions récemment formulées par Ramsey¹³⁵⁴ et Lee¹³⁵⁵ – que la responsabilité des États-Unis pour les actes commis par les États membres, plutôt que de constituer un « problème fonctionnel » du système fédéral¹³⁵⁶, voir plus simplement une « mauvaise idée »¹³⁵⁷, a au contraire été pensée par les Pères Fondateurs comme une conséquence normale d’un projet fédéral dont l’objet premier est de sauvegarder le pluralisme des ordres juridiques sur le territoire américain – tout en assurant l’unité de ce dernier du point de vue des États étrangers : « étrange » peut-être aux yeux de l’internationaliste actuel, en ce qu’il prive un sujet du droit international de la compétence de faire cesser des actes qui lui sont pourtant imputables, le système est cependant conforme au dessein originel des Pères fondateurs¹³⁵⁸. La responsabilité permet de prendre le risque du pluralisme car elle

garantit la *réparation du dommage* que ce pluralisme engendre dès lors que le risque se réalise – comme ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire du Vapeur Caroline. A l'inverse, considérer comme « anormale » la responsabilité du gouvernement fédéral pour les actes des États membres ou des Nations indiennes, c'est considérer soit que ces deux entités doivent être exposées directement aux États étrangers – auquel cas le projet fédéral n'a plus de sens – soit que le gouvernement fédéral doit avoir les moyens juridiques de censurer toute action qui, survenue sur son territoire, porte atteinte à un État étranger – auquel cas la constitution fédérale devient celle d'un État unitaire.

2. *Les atténuations des conséquences du pluralisme au regard des États étrangers*

La question de la responsabilité du gouvernement fédéral pour des actes commis par les États membres, sans que le premier ne soit en mesure d'agir ou de légiférer de telle manière à ce que cet acte cesse ou ne puisse se reproduire à l'avenir - ce qui conduit à constater avec le Pr. Haupais que la « structure fédérale » constitue un « obstacle à certaines modalités de réparation »¹³⁵⁹, le gouvernement fédéral étant dans l'incapacité de faire cesser l'illicite - s'est reposé récemment dans les affaires *LaGrand et Avena*, chacune relative à la violation, par un État membre, d'un traité international.

Ces deux affaires, qui ont opposé les États-Unis à l'Allemagne et au Mexique et ont donné lieu à deux arrêts de la Cour Internationale de Justice en 2001 et 2004, ont beaucoup fait parler d'elles, à la fois par la nature des obligations qu'a fait peser la Cour sur les États-Unis – obligeant notamment ces derniers à modifier une règle de son droit pénal sans que celle-ci ne viole expressément une norme internationale¹³⁶⁰ – mais également pour le non-respect, par les États-Unis, des mesures conservatoires prononcées par la C.I.J. A la requête de l'Allemagne en effet, la Cour a demandé aux États-Unis de surseoir à l'exécution des Frères LaGrand, condamnés à la peine capitale par l'État d'Arizona¹³⁶¹. Or, le gouvernement des États-Unis a opposé à l'ordonnance de la Cour la structure fédérale des États-Unis : la constitution américaine ne conférant pas au gouvernement le pouvoir d'intervenir en matière pénale, les Etats membres n'ayant pas renoncé à leur souveraineté en ce domaine¹³⁶², le Président n'a pas compétence pour obliger ces derniers à renoncer à l'exécution d'une sentence pénale.

Beaucoup moins connues cependant sont les procédures qui ont eu lieu devant la Cour Suprême des États-Unis – et qui mettent en lumière la façon dont les Pères Fondateurs ont tenté d’atténuer les effets du pluralisme juridique existant sur le territoire américain.

Le 3 mars 1999 en effet, soit le lendemain de la décision rendue par la C.I.J., la République Fédérale d’Allemagne, dont les Frères LaGrand étaient les ressortissants et que l’Arizona s’apprêtait à exécuter, a initié devant la Cour Suprême une procédure destinée à obtenir le respect des mesures conservatoires prononcées par la Cour Internationale¹³⁶³. Or, cette procédure, initiée contre les États-Unis, l’était également contre le gouverneur de l’Arizona. D’après la constitution fédérale en effet – c’est une disposition souvent oubliée de l’article III, Section 2 – la Cour Suprême jouit d’une juridiction exclusive de première instance « dans toutes les affaires où un État est partie », ce qui inclut notamment les recours intentés par des États étrangers contre un État membre¹³⁶⁴. La Cour Suprême pourtant a jugé que « la possibilité pour un gouvernement étranger » d’attraire devant elle un État membre « est probablement contraire aux dispositions du XIe amendement »¹³⁶⁵. Tel n’est cependant pas notre interprétation de cet amendement – et nous suivons en cela l’opinion dissidente du juge Breyer¹³⁶⁶ ainsi surtout que l’analyse approfondie qu’en a proposé récemment, à la suite de cette opinion dissidente, T.H.Lee¹³⁶⁷. Selon ce dernier en effet, il ressort tant de la lettre même du XIe amendement, que de l’intention originelle des Pères Fondateurs, que les États membres peuvent être jugés par la Cour Suprême dans des affaires les opposants à des États étrangers.

Car cet amendement n’exclut pas explicitement des parties pouvant introduire une instance devant la Cour Suprême les « États étrangers », mais uniquement les « citoyens ou sujets » de ces États¹³⁶⁸. De plus, contrairement à l’affirmation de la Cour Suprême dans l’affaire *Principality of Monaco*, jugée en 1934 et qui constitue la première interprétation restrictive du XIe amendement¹³⁶⁹, la possibilité pour les États étrangers d’attraire devant la Cour Suprême un État membre constitue bien un mécanisme prévu par les fondateurs du système américain – et ce afin de limiter les effets du « pluralisme » que nous avons présenté ci-dessus.

En reconnaissant la compétence de la Cour Suprême pour les conflits entre États membres et étrangers, la constitution de 1789 offre en effet *un mécanisme pacifique* de résolution des conflits nés de la structure fédérale, et plus largement pluraliste, du système américain. A une époque où la guerre constitue un moyen légal pour faire valoir ses prétentions, l'impossibilité pour le gouvernement fédéral de remplir ses obligations internationales en raison de la souveraineté des États membres dans certains domaines constitue un danger dont la réalité est prouvée par les nombreuses affirmations en ce sens dans les *Federalist Papers*¹³⁷⁰ et dans la jurisprudence de la Cour Suprême elle-même¹³⁷¹. Prenant acte de la possibilité qu'un État viole le droit international sans que le gouvernement fédéral ne puisse mettre fin à cette violation ou garantir sa non-répétition, les Pères Fondateurs ont offert aux États étrangers une autre solution, participant d'une « stratégie » plus générale visant à régler par la paix les controverses interétatiques¹³⁷². La Cour Suprême a été pensée en ce sens comme « une institution destinée à préserver la paix, à éviter la guerre » : elle apparaît donc comme un « tribunal arbitral quasi-international pour régler les controverses entre un État étranger et un État [membre] »¹³⁷³, le premier pouvant rechercher devant ce tribunal la responsabilité du second¹³⁷⁴.

« Astucieuse mais risquée », cette « innovation institutionnelle »¹³⁷⁵, dont le peu de succès pratique¹³⁷⁶ ne doit pas masquer l'intérêt théorique, témoigne à la fois de la perception qu'avaient les Pères Fondateurs de la spécificité de la nature juridique du territoire fédéral, et de la façon dont ils ont tenté d'en atténuer les effets au regard des États étrangers. Qu'elle ait été écartée par la Cour Suprême au XXe siècle au motif que les États membres jouissent d'une « immunité souveraine »¹³⁷⁷ n'est pas sans paradoxe : n'était-ce pas précisément l'objectif des Pères Fondateurs que d'atténuer les effets de cette souveraineté en permettant à la Cour Suprême d'en juger les excès¹³⁷⁸ ?

Section 2 – Les conceptions unitaire et coloniale

D'après sa conception pluraliste, le titre territorial ne produit aucun effet interne : son détenteur ne jouit sur l'espace concerné d'aucune souveraineté dont il pourrait se prévaloir à l'égard des personnes et entités situées sur cet espace. Ce n'est qu'à l'égard des tiers, qui se confondent ici avec les États situés à l'extérieur des frontières que dessine le titre, que ce dernier produit ses effets. Classique dans la mesure où la distinction entre effets externes et effets internes du titre est bien établie dans la doctrine internationaliste, plus originale en raison de la coexistence de plusieurs entités souveraines sur un même espace qu'elle permet, cette conception ne prend véritablement son sens que lorsqu'elle est confrontée à son inverse, que nous qualifierons de conception « unitaire » et « coloniale ».

A la fin du XIXe siècle en effet, la conception des effets internes du titre territorial change radicalement aux États-Unis : opposable seulement aux États extérieurs aux frontières américaines pendant plus d'un siècle, le titre sera conçu au tournant du XXe siècle comme constituant le fondement du pouvoir du gouvernement fédéral *au sein* des frontières de l'Union. Deux conceptions sous-tendent ce renversement, chacune démontrant *comment le droit international a servi à unifier juridiquement le territoire américain* – là où cette unification ne valait auparavant qu'à l'égard de certaines entités seulement – et, surtout, *à justifier l'entreprise coloniale des États-Unis*.

La première de ces conceptions peut être qualifiée d'« unitaire » car elle tend à réduire considérablement les soi-disant « défauts » qu'emporte la « structure fédérale » sur les relations de l'Union avec les États étrangers : prenant prétexte de l'unité du territoire fédéral à l'égard de ces derniers, le gouvernement fédéral développe sur cet espace un pouvoir lui-même uniforme, destiné à éviter que la souveraineté des États membres ne conduise trop souvent l'Union à voir sa responsabilité engagée (§1).

« Coloniale », la seconde conception l'est car elle prend prétexte de la possession par le gouvernement fédéral d'un titre territorial opposable aux États étrangers pour justifier que certains territoires « jouissent d'un statut de droit public interne distinct de celui de la métropole et subordonné à celle-ci »¹³⁷⁹ (§2).

§1 – La conception unitaire

En fondant sur l’unité du territoire fédéral au regard des États étrangers une compétence interne sur toutes les questions susceptibles de remettre en cause cette unité si elles relevaient des seuls États membres (A), le gouvernement fédéral, aidé en cela par la Cour Suprême, consacre à la fin du XIXe siècle une conception du titre territorial contraire à la nature fédérale de l’Union (B).

A. Nullité des lois étatiques « affectant » le pouvoir fédéral en matière d’affaires étrangères

Ce qu’il est convenu d’appeler aux États-Unis la « *doctrine of foreign policy preemption* » - ce que l’on pourrait (imparfaitement) traduire par la « doctrine de la préemption en matière d’affaires étrangères » - se définit comme l’incompétence des États membres pour adopter toute norme juridique susceptible d’affecter les relations étrangères des États-Unis (1), au motif, selon la jurisprudence de la Cour Suprême et la doctrine américaine, de la « logique fédérale » : l’unité juridique de l’Union *au regard des États étrangers* justifie la privation de certaines compétences étatiques *des États membres* (2).

1. La « préemption » fédérale

La préemption fédérale en matière d’affaires étrangères ne doit pas être confondue avec l’incompétence constitutionnelle, déjà étudiée¹³⁸⁰, des États membres pour conclure certains actes avec des États étrangers, tels que des traités ou alliances¹³⁸¹, ou d’adopter certains actes touchant directement les relations avec ces États, tel que, par exemple, le fait d’accorder une lettre de représailles¹³⁸².

La particularité de cette doctrine est, en effet, de considérer comme inconstitutionnelle une loi, ou tout acte juridique étatique, dont les conséquences, selon la terminologie consacrée, « *affectent* les relations étrangères de la Nation »¹³⁸³. Selon

cette doctrine en effet, « toute réglementation étatique qui a plus qu'un effet indirect ou accessoire sur des États étrangers »¹³⁸⁴ sera considérée comme « inconstitutionnelle »¹³⁸⁵. C'est ainsi que, dans ce qui constitue la première application juridictionnelle de cette doctrine, la Cour Suprême a jugé en 1875 qu'une loi californienne soumettant l'entrée des immigrants sur le territoire de l'État de Californie à autorisation¹³⁸⁶ constitue un « empiètement sur le droit du Congrès de réguler le commerce avec les Nations étrangères », et doit à ce titre être déclarée nulle. En effet, quoique « le droit des États d'adopter des lois pour se protéger des pauvres, des criminels, et des étrangers malades accostant à leur frontière existe », ce droit est « limité à l'adoption de lois absolument nécessaire à cette fin, si bien que cette mesure de police ne peut être à ce point étendue qu'elle empêche ou gêne d'autres catégories de personnes d'entretenir avec les peuples des États-Unis des relations personnelles ou commerciales »¹³⁸⁷.

Cet arrêt permet en outre de mettre en avant une autre particularité de la préemption fédérale : celle-ci n'est pas fondée sur l'Article VI de la constitution, d'après lequel les lois fédérales et traités internationaux constituent le « droit suprême de pays » et l'emportent à ce titre sur les lois étatiques contraires. En effet, une loi étatique peut, sur le fondement de la doctrine de la préemption, être déclarée inconstitutionnelle *quand bien même il n'existerait aucune loi fédérale ou traité international contraire*¹³⁸⁸. Il s'agit donc d'une « préemption » générale, conférant au gouvernement fédéral le pouvoir d'empêcher *toute interférence* d'un État avec la politique étrangère de la Nation¹³⁸⁹.

Née au cours du XIXe siècle, à la suite, notamment de l'affaire du *Caroline*, cette doctrine de la préemption fédérale en matière d'affaires étrangères est consécutive, selon ses partisans, de la « logique du système fédéral »¹³⁹⁰.

2. « Logique fédérale » de la préemption

Ainsi, selon le juge Miller, auteur de l'opinion majoritaire dans l'affaire *Chy Lung v. Freeman*, « si le gouvernement a interdit aux États de conduire des négociations avec quelque État étranger que ce soit, de déclarer la guerre,

et s'est chargé de prendre lui-même en charge ces relations, peut-on considérer que la constitution, qui est à l'origine [de ces pouvoirs], soit aussi insensée qu'elle laisse aux États le pouvoir d'adopter des lois dont l'exécution rende le gouvernement responsable [auprès des États étrangers] ? ». Et la Cour de conclure : « la constitution n'est pas un instrument de cette nature. S'il en était ainsi, un seul État pourrait, de son propre chef, nous jeter dans de désastreuses querelles avec les États étrangers »¹³⁹¹. On retrouve une argumentation similaire quelques années après, dans une affaire à nouveau relative à l'immigration et déjà rencontrée : dans l'arrêt *Chae Chan Ping v. United States* jugé en 1889, la Cour en effet a estimé que si les États « ont le contrôle des affaires locales », ils « disparaissent » en matière d'affaires étrangères, car les États-Unis ne forment à cet égard « qu'un seul peuple, qu'une seule Nation, qu'un seul pouvoir »¹³⁹² - ce qui justifie que le gouvernement fédéral soit compétent en matière d'immigration.

Au-delà des arrêts de la Cour Suprême, la pratique montre également que le problème de la contradiction entre le pluralisme juridique sur le territoire fédéral et l'unité juridique du territoire fédéral au regard des États étrangers a encouragé le gouvernement – sans que la constitutionnalité de son action ne donne nécessairement lieu à une action devant une juridiction – à intervenir dans des domaines qui relevaient normalement de la compétence étatique. Après l'affaire du Caroline, le Secrétaire d'État a ainsi demandé au Congrès – qui a fait suite à sa requête – d'adopter une loi conférant aux cours fédérales le pouvoir de remettre en liberté des personnes détenues par un État membre lorsque cette détention conduit le gouvernement fédéral à violer le droit international¹³⁹³.

Ainsi, comme le résume Ramsey, « la nécessité d'une unité dans les affaires extérieures semble militer contre l'existence d'un régime constitutionnel permettant à d'innombrables compétences locales de mettre en œuvre leurs propres politiques » dont l'effet serait de créer une « cacophonie » incompatible avec l'unité sus-mentionnée¹³⁹⁴. C'est parce que les faits survenus sur le territoire de la Fédération sont, du point de vue des États étrangers, imputables à une entité unique – le gouvernement fédéral – que ce dernier doit posséder, selon cette doctrine, le pouvoir d'uniformiser juridiquement cet

espace. Or, une telle construction du « système fédéral » ne correspond pas, selon nous, à la nature originelle de ce système.

B. Contrariété de la conception unitaire avec la nature fédérale de l'Union

La doctrine de la préemption fédérale en matière d'affaires étrangères permet au gouvernement fédéral « d'intervenir dans des domaines qui relèvent normalement de la compétence des gouvernements des États, afin de répondre au mieux à ses obligations internationales »¹³⁹⁵ : plutôt donc, que de concevoir la responsabilité du gouvernement fédéral comme un moyen de répondre aux risques que fait peser sur ses engagements internationaux sa structure fédérale, comme dans la conception pluraliste¹³⁹⁶, la conception unitaire justifie le pouvoir interne du gouvernement fédéral par la nécessité de minimiser les possibilités de survenance de ce risque.

Rien, pourtant, dans la constitution ne vient fonder une telle restriction de la compétence des États et un tel pouvoir du gouvernement fédéral (1), ce qui invite à interroger la validité théorique de la « logique fédérale » invoquée par la doctrine et la jurisprudence du XIXe siècle pour justifier la doctrine de la préemption (2).

1. Absence de fondement constitutionnel

Déterminer le fondement constitutionnel de la doctrine de la préemption fédérale en matière d'affaires étrangères est essentiel pour soutenir juridiquement cette compétence, dans la mesure où ce gouvernement est un gouvernement dont les compétences sont énumérées, et non illimitées. C'est ainsi que dans une étude récente, B.R.Clark a rappelé que « la constitution semble interdire aux États d'intervenir en matière d'affaires étrangères »¹³⁹⁷ - un argument largement repris

par la doctrine américaine, au XXe siècle, dès lors qu'il s'agit de définir le fondement de cette compétence du gouvernement fédéral¹³⁹⁸, doctrine qui peut également se prévaloir de l'arrêt *Zschernig v. Miller* rendu en 1968, d'après lequel une loi adoptée par l'Oregon, restreignant les possibilités pour les étrangers d'hériter de certains biens situés dans cet État, « est inconstitutionnelle » au motif que *la constitution* « confère au Président et au Congrès la compétence d'intervenir en matière d'affaires étrangères »¹³⁹⁹.

Rien, pourtant, dans la constitution, ne confère au gouvernement fédéral le pouvoir d'intervenir – directement ou en remettant en cause une loi étatique – dans tous les domaines qui sont *susceptibles* de perturber, ou d'affecter, les compétences reconnues par les articles suscités, ce qui rend cette « doctrine » d'autant plus problématique qu'elle confère au gouvernement fédéral un pouvoir particulièrement large.

Certes, la constitution confère un certain nombre de compétences au gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères : ainsi de celle de conclure des traités, qui relève du Président et du Sénat¹⁴⁰⁰, ou encore celle de déclarer la guerre, conférée au Congrès¹⁴⁰¹. Elle consacre également le renoncement des États membres soit à certaines compétences – celle d'être partie à une confédération ou alliance¹⁴⁰² – soit à leur exercice sans le consentement du gouvernement – celle, par exemple, de conclure des accords internationaux¹⁴⁰³.

On ne voit pas cependant – et nous suivons en cela l'opinion dissidente du Juge Taney dans les *Passengers Cases*¹⁴⁰⁴ – laquelle de ces dispositions serait de nature à interdire aux États membres d'adopter des lois dont les conséquences *pourraient* « affecter » l'exercice effectif, par le gouvernement fédéral, de sa compétence en matière d'affaires étrangères – ou, à l'inverse, d'autoriser le gouvernement fédéral d'intervenir dans des domaines qui ne lui ont pas été expressément délégués par la constitution, mais qu'il devrait « investir » pour ne pas compromettre ses compétences en matière de relations extérieures. Il ne fait aucun doute que, sur le fondement des articles sus-mentionnés, le Président peut conclure des traités, ou le Congrès adopter des lois, qui auront une valeur supérieure aux lois étatiques intervenant, le cas échéant, dans

ces domaines. Mais la doctrine de la « *federal preemption* » en matière d'affaires étrangères va plus loin : elle prétend, en effet, fonder sur la constitution une « exclusivité » du gouvernement fédéral qui permettrait de prévenir, ou de condamner, *toute interférence étatique* directe ou indirecte avec la politique étrangère nationale¹⁴⁰⁵. Elle justifie ainsi que le gouvernement fédéral adopte une loi au motif qu'elle est nécessaire pour la conduite des affaires étrangères, ou encore que la Cour Suprême censure une loi étatique dont les effets sont gênants pour cette même raison¹⁴⁰⁶ - sans que la constitution ne semble à même de fournir à cet ensemble de pouvoirs un fondement satisfaisant – ni qu'elle puisse alors limiter l'exercice de ce pouvoir¹⁴⁰⁷.

2. *Une logique contraire à l'intention originelle des Pères Fondateurs*

Force est de constater dès lors que la « logique du système fédéral » telle qu'elle est exposée à la fin du XIXe siècle ne correspond pas à la « logique du système fédéral » telle qu'elle est exposée au moment de l'adoption de la constitution et pendant une bonne partie du XIXe siècle.

Comme nous l'avons montré plus haut, le territoire de la Fédération est pensé comme un lieu dont la définition juridique varie selon les entités concernées par cette définition, si bien qu'aucune correspondance n'est nécessaire entre l'une ou l'autre des définitions. C'est même le propre de ce système que de donner de l'espace une définition ambivalente, sans laquelle l'Union soit se désagrège – il n'y a plus que des territoires, ceux des États membres – soit se résout en un État unitaire – il n'y a plus qu'un territoire, celui de l'« État fédéral ».

Dans cette conception, la souveraineté des États membres, *fondée sur leur titre territorial originel et limitée seulement aux domaines expressément confiés aux gouvernement fédéral*¹⁴⁰⁸, existe *au risque* de la responsabilité du gouvernement fédéral auprès des États étrangers dans le cas où elle a pour conséquence d'affecter les relations extérieures de l'Union. Le mécanisme international de la responsabilité, complété par la possibilité pour les États membres d'être attaques par un État étranger devant la Cour Suprême, permet de réparer les conséquences de ce risque dans le cas où il survient. Le « dessein constitutionnel » des Pères Fondateurs, comme l'ont récemment noté Bradley

et Goldsmith, n'était pas « de faire des affaires étrangères une valeur absolue » fondatrice d'un pouvoir général du gouvernement fédéral : l'histoire des États-Unis au XIXe siècle est ainsi « pleine d'exemples d'actions d'États [membres] affectant les affaires étrangères » sans que l'on considère pour autant que « l'intérêt national » doive primer sur cette « conséquence du fédéralisme »¹⁴⁰⁹.

La conception unitaire des effets du titre territorial, qui prend prétexte de l'unité que ce titre confère au territoire des États-Unis aux yeux des États étrangers pour interdire à tout État membre d'adopter des lois susceptibles de fissurer cette unité, est contraire à cette « logique ». Elle méconnaît profondément, pour fonder juridiquement un pouvoir pourtant inconstitutionnel, et en un mouvement qui sera caractéristique aussi de la construction coloniale des effets internes du titre territorial, l'originalité fondamental de la nature juridique du territoire fédéral.

§2 – La conception coloniale

A l'issue de la guerre avec l'Espagne, les États-Unis signent, en 1898, un traité de paix par lequel la première « renonce à ses revendications à la souveraineté » sur l'île de Cuba et « cède l'île de Porto Rico » et l'« archipel des Philippines » aux États-Unis¹⁴¹⁰. L'article IX du même traité prévoit que « les droits civils et le statut politique des habitants des territoires cédés aux États-Unis seront déterminés par le Congrès »¹⁴¹¹ - alors même que les traités opérant cession de titre territorial aux États-Unis contenaient, jusqu'alors, une clause d'après laquelle « les habitants des territoires cédés devront être incorporés à l'Union des États-Unis et jouir aussitôt que possible et en vertu des principes de la constitution fédérale de tous les droits, avantages et immunités des citoyens des États-Unis »¹⁴¹².

Cette différence de rédaction entre les traités antérieurs et le traité de 1898 va donner lieu aux « débats les plus importants de l'histoire des États-Unis » après ceux relatifs à l'esclavage¹⁴¹³, soulevant des « questions nouvelles » d'une « importance capitale »¹⁴¹⁴. L'ensemble du débat est relatif au statut des habitants : l'article IX du traité avec l'Espagne doit-il être compris comme conférant au Congrès des États-Unis le pouvoir absolu – c'est-à-dire, notamment et surtout, non limité par la constitution – de

décider du statut juridique de l'espace et des habitants passés sous la souveraineté américaine¹⁴¹⁵? Pour le dire autrement, la seule détention par le gouvernement fédéral d'un titre territorial international est-elle suffisante pour lui conférer le droit, non au regard des États étrangers mais de l'Union, de gouverner ces espaces et leurs habitants?

Largement traitée par la doctrine¹⁴¹⁶, la question reçoit une réponse juridictionnelle en 1901, dans un ensemble d'arrêts connus sous le nom d' « insular cases »¹⁴¹⁷. Cette réponse est constitutive, avec d'autres apportées à la question du statut juridique des terres indiennes et de leurs habitants, de ce que nous avons appelé la « conception coloniale » du titre territorial : par un « déplacement » des principes constitutionnels normalement applicables (A), rendu possible par les « principes » du droit international¹⁴¹⁸ dont la détention d'un titre territorial est le premier (B), la Cour Suprême justifie la soumission de certains territoires au pouvoir absolu et illimité du gouvernement fédéral.

A. Limites intraterritoriales à l'applicabilité de la constitution fédérale

Lorsque se pose, à la fin du XIXe siècle, la question de l'étendue du pouvoir du gouvernement des États-Unis sur l'archipel des Philippines et l'île de Porto Rico, il se dégage de la pratique et de la jurisprudence de la Cour Suprême au long du XIXe siècle le principe d'une applicabilité immédiate de la constitution aux territoires acquis par les États-Unis auprès de Nations étrangères¹⁴¹⁹ (1). C'est ce principe que remet en cause une partie de la doctrine américaine, ainsi que la Cour Suprême, estimant, dans la continuité de ce qu'elle avait déjà amorcé concernant les terres indiennes, qu'il existe des « limites intraterritoriales »¹⁴²⁰ à l'application de la constitution fédérale (2).

1. Le principe : applicabilité de la constitution à l'ensemble du territoire des États-Unis

Ainsi que nous l'avons exposé plus haut, l'existence d'une constitution écrite aux États-Unis interdit au gouvernement fédéral – qu'elle institue – d'agir en dehors des prescriptions de ce texte – et par conséquent de se fonder, par

exemple, sur le titre territorial international des États-Unis pour obliger les États membres à respecter les obligations internationales de l'Union. A la fin du XIXe siècle surgit cependant une nouvelle question : celle de l'applicabilité de la constitution non plus quant à l'action du gouvernement fédéral à l'égard des États membres, mais à l'égard des territoires qui, nouvellement acquis auprès d'États étrangers, n'ont pas encore acquis le statut d'État au sein de la fédération.

La réponse de principe est la même que celle exposée ci-dessus : selon la doctrine et la jurisprudence dominantes jusqu'à la fin du XIXe siècle, la constitution fédérale doit être appliquée de manière uniforme à l'intérieur des frontières des États-Unis. Or, l'acquisition d'un titre de souveraineté sur un nouvel espace ayant pour effet de transformer cet espace d'« étranger » en « domestique », l'action du Congrès sur ces nouveaux territoires est nécessairement restreinte par la constitution.

Qu'il ne puisse y avoir de « territoire américain » qui ne le soit « constitutionnellement », découle des fondements démocratiques et républicains du système constitutionnel des États-Unis. Considérer en effet que le Congrès puisse exercer, sur un espace situé au sein des frontières américaines, un pouvoir illimité faute pour la constitution de s'y appliquer, c'est accepter que soit « greffé sur les institutions républicaines » créées en 1789 un « système colonial tel qu'il existe dans les gouvernements monarchiques ». Or, les Pères Fondateurs de la constitution n'ont « certainement jamais » envisagé une telle possibilité – qui aurait été, en tout état de cause, rejetée par le peuple. L'« esprit », le « génie », et la « lettre » de la constitution fédérale sont contraires à « l'idée que [les États-Unis] puissent acquérir des territoires partout sur la terre, par traité ou par conquête, et les détenir ensuite comme de simples colonies ou provinces – leurs habitants jouissant seulement des droits constitutionnels que le Congrès choisirait de leur accorder »¹⁴²¹.

Rien, dès lors, ne permet de justifier que le pouvoir du Congrès ne soit pas limité par les dispositions de la constitution fédérale lorsqu'il s'exerce sur les habitants des territoires sur lesquels les États-Unis viennent d'acquérir un titre. Le transfert du titre territorial d'un État étranger aux États-Unis a pour conséquence en effet de faire entrer cet espace dans le cercle de la juridiction américaine : si un « pays étranger » est un pays

« exclusivement soumis à la souveraineté d'une Nation étrangère et se trouvant en dehors de la souveraineté des États-Unis »¹⁴²², le « territoire des États-Unis » désigne à l'inverse tout espace soumis à la juridiction exclusive de ces derniers¹⁴²³. A la question de savoir « si un territoire acquis par les États-Unis du fait de la cession d'un pouvoir étranger » peut « demeurer étranger » du point de vue de certaines lois – en l'occurrence fiscales – et se trouver par conséquent hors du champ d'application territoriale de la constitution, la Cour Suprême a répondu sans équivoque dans l'arrêt *DeLima v. Bidwell* qu'un territoire « ne peut être à la fois domestique et étranger »¹⁴²⁴ : un « pays cédé [aux États-Unis], dont la cession a été acceptée, la possession délivrée » et que les États-Unis ont ensuite « occupé et administré » sans interférence de l'ancien souverain, fait partie du « territoire des États-Unis », tout comme « une maison vendue en *fee simple*¹⁴²⁵ appartient à son propriétaire »¹⁴²⁶. La Cour a en outre montré, dans ce même arrêt, que de l'acquisition du titre français sur la Louisiane à celui de la Russie sur l'Alaska, une pratique constante permet d'affirmer qu' « il n'y a pas une once d'autorité à l'appui de l'opinion selon laquelle une région cédée aux États-Unis et dont ils ont pris possession pourrait rester une région étrangère pour quelque motif que ce soit »¹⁴²⁷ : aucun acte n'est, dès lors, nécessaire, pour faire d'un territoire un territoire « domestique » après qu'il ait été cédé aux États-Unis »¹⁴²⁸.

Au sein des frontières américaines, le seul espace où le pouvoir du Congrès n'est pas limité par la constitution est ainsi constitué par les territoires des Nations indiennes – mais il faut bien comprendre, cependant, la raison de la non-application de la constitution à ces espaces : l'inapplicabilité de la constitution découle de l'absence de pouvoir du Congrès pour gouverner ces Nations. C'est parce que les entités indiennes ont « le pouvoir de réguler leurs relations internes et sociales », parce qu'elles « font acte d'allégeance à une organisation politique autre que celle des États-Unis », que les Indiens se trouvent en dehors du pouvoir du gouvernement fédéral – et donc du champ d'application de la constitution¹⁴²⁹.

2. L'exception coloniale : applicabilité de la constitution aux seules « parties » des États-Unis

A ce principe de l'applicabilité de la constitution aux actions du gouvernement fédéral, quel que soit l'espace concerné par cette action (dès

lors qu'il se trouve dans les frontières internationales américaines), une partie de la doctrine, confirmée par la Cour Suprême au tournant du XXe siècle, répond par la spécificité de la constitution fédérale qui, parce qu'elle aurait été adoptée par les États et pour les États seulement, ne limiterait le pouvoir du gouvernement fédéral que dans les cas où son action viserait soit le territoire des États, soit les territoires non-étatiques « incorporés »¹⁴³⁰ aux États-Unis – le pouvoir du gouvernement n'étant pas constitutionnellement limité sur les autres espaces et pouvant dès lors être qualifié de « colonial ».

Sans remettre en cause le principe selon lequel « le gouvernement des États-Unis procède de la constitution » si bien que « tous les pouvoirs dont il jouit ou qu'il peut exercer doivent dériver implicitement ou explicitement de cet instrument »¹⁴³¹, cette conception coloniale repose, en premier lieu, sur l'idée que « la constitution a été créée par le peuple des États-Unis compris comme union d'États, devant être gouverné seulement par les représentants des États »¹⁴³². À la question de savoir « quelle est l'étendue du territoire des États-Unis », les tenants de l'exception coloniale répondent ainsi qu'une analyse « intelligente » de ce problème suppose de savoir ce que l'on entend par « États-Unis »¹⁴³³ - substituant ainsi à une problématique juridique – celle des limites territoriales d'une compétence – une problématique politique – celle de la « nature » de l'Union en question¹⁴³⁴.

En insistant alors sur l'aspect interétatique de cette dernière – le nom d' « États-Unis » « est le nom collectif des États qui sont unis par et sous l'empire de la constitution »¹⁴³⁵ - il est aisément d'affirmer que les arrêts cités ci-dessus, d'après lesquels le gouvernement fédéral serait restreint par la constitution lorsqu'il agit sur les territoires nouvellement acquis et n'ayant pas encore été érigés en États membres, procéderait d'une « erreur fondamentale »¹⁴³⁶ car négligeant la nature particulière, car interétatique, de l'Union¹⁴³⁷. Webster, dès 1828, estimait ainsi déjà « absurde » et « impossible » d'étendre la constitution aux territoires non-étatiques, la constitution ayant été faite « pour les États et non pour les territoires » ni, d'ailleurs, pour les Nations indiennes : la constitution étant silencieuse sur le statut juridique de ces dernières¹⁴³⁸, tout comme elle l'est concernant le statut juridique des territoires nouvellement acquis, le pouvoir du

Congrès sur ces Nations a été jugé, à partir de la fin du XIXe siècle, « plein et entier » et non restreint par la constitution¹⁴³⁹.

C'est sur le fondement de cette conception d'une constitution dont le champ d'application est restreint « *intuitu personae* » que la Cour a jugé que les marchandises importées de Porto Rico ou des Philippines pouvaient être taxées en dépit de la clause constitutionnelle d'après laquelle les taxes doivent être uniformes à l'intérieur des États-Unis¹⁴⁴⁰, ou encore que les habitants de ces territoires ne sont pas protégés par les Vème et VIème amendements relatifs au droit d'être jugé et condamné par un jury¹⁴⁴¹ - que la Cour, pour le dire autrement et dans les termes de l'opinion dissidente du juge Harlan dans ces deux arrêts, a fait passer les États-Unis « de l'ère du constitutionalisme libéral, gardé et protégé par une constitution écrite, à l'ère de l'absolutisme législatif »¹⁴⁴².

B. Fondement de la compétence fédérale sur le droit international

Consacrée par la Cour Suprême au tournant du XXe siècle, l'exception coloniale à l'application territoriale de la constitution fédérale ne peut être considérée comme complète si n'est pas exposé le rôle central que joue le droit international pour justifier juridiquement cette exception. Affirmer, en effet, que la constitution n'est pas applicable dans les territoires non-étatiques de l'Union, c'est affirmer dans le même temps que le pouvoir du gouvernement fédéral n'est pas fondé sur cette dernière lorsqu'il agit dans ces espaces. C'est en invoquant le titre territorial international des États-Unis que les tenants de la conception coloniale vont contourner cette difficulté, estimant que ce titre fonde le pouvoir du gouvernement *à l'intérieur* des frontières américaines (1), ce dernier n'étant alors restreint que par les rares limites que pose le droit international au pouvoir de l'État sur un territoire nouvellement acquis (2).

1. Fondement de la compétence fédérale interne sur le titre territorial international

Ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, le titre territorial international est considéré, dans le cadre de la « conception pluraliste », comme ne produisant d'effets qu'à l'égard des entités situées à l'extérieur des frontières dessinées par ce titre. Tout pouvoir s'exerçant sur les personnes et entités situées dans le cercle du territoire doit produire pour être fondé à le déployer un *autre titre* – et, en l'espèce, un titre constitutionnel. C'est ce schéma que remet en cause la conception coloniale, en fondant le pouvoir du gouvernement fédéral sur les territoires non-étatiques sur le seul titre territorial des États-Unis : ce titre produit ainsi un « effet interne », puisqu'il n'est *plus seulement opposable aux entités étrangères, mais devient invocable à l'égard des personnes et entités situées sur l'espace considéré*.

Avant d'être consacrée par la Cour Suprême dans l'arrêt *Downes v. Bidwell* relatif au statut de Porto Rico, cette conception coloniale du titre territorial a émergé au cours du XIXe siècle, dans la doctrine et la jurisprudence relatives au statut juridique des Nations indiennes. Discrète mais présente dès les années 1820, l'idée selon laquelle le gouvernement fédéral pourrait, pour soumettre les Nations indiennes à son pouvoir, se prévaloir du titre acquis auprès des Nations européennes, devient récurrente dans les années 1880. Parce que « la juridiction dans ce pays appartient, *d'après le droit des gens tel qu'il est établi*, au gouvernement des États-Unis », les « Indiens », « n'ont pas la propriété de leur sol » car « le droit de disposer du sol appartient à celui qui a la juridiction » sur l'espace concerné¹⁴⁴³. Simplement doctrinale en l'espèce, cette affirmation de l'invocabilité interne du titre territorial – qui est reprise par les États membres eux-mêmes pour justifier l'extension de leur pouvoir sur les terres indiennes situées à l'intérieur de leurs frontières¹⁴⁴⁴ – est utilisée par la Cour Suprême en 1846 avant d'être définitivement consacrée en 1886. Rendu au milieu du XIXe siècle en matière criminelle, l'arrêt *U.S. v. Rogers* rappelle en effet que « le pays où le crime a été commis », quoiqu'occupé par les Indiens Cherokee, « fait partie du territoire des États-Unis » ; or, selon le juge Taney, auteur de l'opinion majoritaire, il est « fermement et clairement établi », si bien que la question n'admet « aucune contestation », que, « les Indiens résidant à l'intérieur des limites territoriales des États-Unis », sont « sujets à son autorité », le Congrès pouvant dès lors « punir tout infraction » où qu'elle soit commise¹⁴⁴⁵. Si d'autres arrêts viendront remettre en cause cette solution, tel ne sera plus le cas après l'arrêt *Kagama* qui, rendu quelques années seulement avant les *insular*

cases, annonce ces derniers en rappelant que le Congrès peut gouverner les Indiens car « ceux-ci se trouvent dans les limites géographiques des États-Unis » et sont, dès lors et nécessairement, « soumis aux lois » du gouvernement fédéral¹⁴⁴⁶.

Cette conception du titre territorial international comme fondement du pouvoir du gouvernement fédéral sur les espaces non-étatiques du territoire américain, caractéristique d'un mouvement général de territorialisation du droit qui préfère, comme critère de rattachement à un ordre juridique, la situation spatiale plutôt que l'origine nationale¹⁴⁴⁷, est centrale dans les « *insular cases* ». Il est en effet, selon l'arrêt *l'arrêt Downes v. Bidwell*, un « principe général du droit des gens » d'après lequel « le statut juridique d'un territoire acquis est librement déterminé par le gouvernement acquéreur »¹⁴⁴⁸. Affirmer que le pouvoir du Congrès de gouverner les nouveaux territoires devrait résulter de la constitution reviendrait, selon l'arrêt *Goetze v. U.S.*, à « confondre les principes du droit international avec ceux du droit constitutionnel », car « le champ d'application de la constitution est défini par la détermination du statut de ses habitants, et non par le titre à la terre », le nouveau territoire n'étant pas « concerné par la constitution du seul fait de l'acquisition du sol »¹⁴⁴⁹. Qui plus est – et dans la droite ligne d'un argument que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer¹⁴⁵⁰ – considérer que le gouvernement fédéral serait soumis à la constitution lorsqu'il gouverne ces territoires reviendrait à priver les États-Unis des pouvoirs qui appartiennent, d'après le droit international, aux Nations indépendantes. A l'argument de l'inapplicabilité de « la règle générale du droit des gens d'après laquelle le gouvernement acquéreur fixe le statut du territoire acquis » au gouvernement américain, en raison de la nécessaire applicabilité à ce territoire de la constitution, la Cour Suprême répond ainsi qu'une telle démonstration repose sur « la présomption erronée que les États-Unis sont dépourvus des pouvoirs qui sont absolument inhérents et essentiels à son existence en tant que Nation »¹⁴⁵¹. Or, comme le rappelle Thayer, « si l'on demande ce que cette Nation peut faire pour atteindre les fins pour lesquelles elle a été créée », la réponse est « tout ce que les autres Nations souveraines peuvent faire »¹⁴⁵².

Cette invocation interne du titre territorial comme fondement du pouvoir du gouvernement fédéral permet de faire des « nouveaux territoires et de leurs habitants » une simple « propriété »¹⁴⁵³, l'espace concerné « appartenant aux États-Unis » du point

de vue du droit international sans pour autant « faire partie » des États-Unis au sens du droit constitutionnel¹⁴⁵⁴ – seul droit contenant de réelles limites à l'exercice de l'autorité détentrice du titre.

2. *Faiblesse des limites internationales au pouvoir fédéral*

Fonder le pouvoir du gouvernement fédéral sur le titre territorial qu'il détient du droit international a pour principale conséquence de soustraire l'action du Congrès à toute limite ou presque¹⁴⁵⁵ : ni le droit international coutumier, ni le droit international conventionnel, ne contiennent de limites au pouvoir politique du détenteur du titre. Selon un « principe du droit des gens » en effet, « tout gouvernement souverain » peut « acquérir un territoire par découverte, convention ou traité et conquête » et « chaque fois qu'un gouvernement acquiert un territoire par l'un de ces moyens, la relation du territoire avec le nouveau gouvernement doit être déterminée par le pouvoir acquéreur, sauf stipulation conventionnelle sur le sujet »¹⁴⁵⁶. C'est ainsi, selon cette opinion, que « le territoire de Louisiane, cédé par la France, et les territoires situés à l'Ouest des *Rocky moutains*, cédé par le Mexique, sont devenus la propriété et le domaine absous des États-Unis, *sujets seulement aux conditions relatives aux droits du peuple habitant ces territoires que le gouvernement, lors des négociations diplomatiques, a jugé bon d'accepter*. Ayant légalement acquis ces territoires, le gouvernement des États-Unis était le seul qui puisse y imposer ses lois, et sa souveraineté à leur égard était donc complète »¹⁴⁵⁷. La démonstration peut se prévaloir de l'autorité d'Halleck, qui écrit dans son traité de droit international – cité par la Cour – qu'en cas de conquête, le nouveau souverain peut choisir soit de gouverner le peuple conquis « en accord avec ses lois », c'est-à-dire en lui conférant les « droits, priviléges et immunités de ses propres sujets », soit, si le peuple en question est « fier, sauvage et agité », en « resserrant la bride de son gouvernement », afin de « freiner leur impétuosité, et de les conserver en état de sujexion »¹⁴⁵⁸. Comme le résumera Langdell, « la simple acquisition par un pays (A) de la souveraineté sur un autre pays (B) ne produit d'autre effet légal que de conférer à ce dernier une nouvelle souveraineté, et de substituer le législateur et le chef de l'exécutif de (A) à ceux de (B) (...). (A) peut faire avec (B) ce qui lui plaît, dès lors que la souveraineté qu'il a acquise à son égard est

absolue. Il peut, par exemple, incorporer (B) de telle manière à ce que (B) cesse d'exister comme région à part ; ou (A) peut conserver la séparation entre les deux pays et réduire les habitants de (B) en servitude »¹⁴⁵⁹.

Il n'est que deux limites possibles à ce pouvoir : celle qui découle du droit international coutumier d'une part – selon laquelle la propriété privée des habitants d'un territoire objet d'un changement de souveraineté ne peut être supprimée par le nouveau souverain¹⁴⁶⁰ – et celles qui découlent, le cas échéant, du traité de cession : comme la Cour le rappelait ci-dessus à propos de la Louisiane ou des territoires cédés par le Mexique – mais cela est vrai jusqu'à la cession, en 1867, du titre russe sur l'Alaska – les traités territoriaux contiennent jusqu'à cette date une clause prévoyant expressément que les habitants des territoires cédés doivent être incorporés à l'Union des États-Unis et jouir aussitôt que possible et en vertu des principes de la constitution fédérale de tous les droits, avantages et immunités des citoyens des États-Unis¹⁴⁶¹. Or, à la différence de ces traités, la seule clause relative aux habitants de Porto Rico et des Philippines dans le traité signé avec l'Espagne en 1898 est celle qui prévoit la liberté pour le Congrès de déterminer leur statut juridique¹⁴⁶².

Certes, la Cour Suprême et la doctrine ont tenté de minimiser les conséquences de cette conception en rappelant qu'il est « certains principes de justice naturelle inhérents au caractère anglo-saxon qui n'ont besoin d'aucune expression dans quelque loi ou constitution que ce soit pour produire leurs effets ou pour garantir les dépendances territoriales contre une législation manifestement contraire à leurs intérêts »¹⁴⁶³. Mais comme devait le rappeler le juge Harlan dans son opinion dissidente : les « sages qui ont écrit la constitution » l'ont précisément écrite en se souvenant de ce que l'expérience avait montré : la « seule garantie contre l'oppression d'un gouvernement » consiste à retirer ou limiter, *dans une constitution écrite*, le pouvoir d'opprimer¹⁴⁶⁴.

*

* * *

La conception coloniale des effets internes du titre territorial, d'après laquelle le titre n'est pas seulement opposable aux États étrangers, mais encore et surtout invocable comme titre de gouvernement des personnes situées sur le territoire concerné, repose à la fois sur une contradiction logique, et sur une construction biaisée des principes du droit international.

D'une part, en effet, il est contradictoire de fonder le pouvoir des États-Unis de gouverner les territoires nouvellement acquis sur le pouvoir qui « appartient à toute Nation indépendante » tout en insistant par ailleurs sur la spécificité de la constitution fédérale comme constitution d'une union interétatique. C'est précisément en raison de cette spécificité que le Congrès ne peut pas « régir les nouveaux territoires comme les autres Nations l'ont fait ou peuvent le faire avec leurs nouveaux territoires »¹⁴⁶⁵.

D'autre part, et surtout, la conception coloniale repose sur une construction biaisée des principes du droit international, dont elle ne sélectionne que les aspects favorables à l'entreprise de « subordination et de dépendance » que dénonçait déjà Kent dans ses *Commentaries...*¹⁴⁶⁶ : ainsi que la jurisprudence de la Cour Suprême et la doctrine l'ont affirmé – dans des opinions que la Cour elle-même « oublie » de citer dans l'arrêt *Downes v. Bidwell* – le principe d'après lequel le gouvernement détenteur d'un titre territorial est libre d'administrer son territoire comme il l'entend *n'est rien d'autre qu'un principe d'exclusion de tout incursion d'un État étranger dans le mode de gouvernement d'un autre État, et non un principe justifiant la soumission du peuple de ces territoires au pouvoir absolu et arbitraire du détenteur du titre*.

Halleck lui-même, pourtant cité par la Cour dans l'arrêt de 1901, précisait que « ce sont les lois et institutions du nouveau souverain » qui « affectent l'application du principe du droit international » d'après lequel ce nouveau souverain est « libre » d'administrer le territoire sur lequel il vient d'acquérir un titre¹⁴⁶⁷. Or, dès lors que ce nouveau souverain doit son existence à une constitution écrite, ainsi que l'avait affirmé la Cour en 1845, son territoire doit être « en conformité avec sa constitution et avec ses lois » et non avec celle « de l'État qui lui a cédé » ce territoire¹⁴⁶⁸.

Méconnaître cela, c'est oublier que les pouvoirs du Congrès des États-Unis « ne dérivent pas du droit international qui, quoique faisant partie du droit interne, ne constitue pas la charte organique du pays »¹⁴⁶⁹.

CONCLUSION DU TITRE 1

L'étude de la construction du statut juridique du territoire aux États-Unis de 1789 à 1914 offre une curieuse similitude avec l'étude de la question du statut juridique du territoire de l'État en droit international. Similitude, tout d'abord, car le territoire des entités en présence – qu'il s'agisse des États membres, des Nations indiennes ou des États-Unis en tant qu'entité juridique distincte des États membres – est défini dans les mêmes termes que ceux utilisés pour définir le territoire de l'État en droit international : il s'agit d'un espace au sein duquel le détenteur d'un titre jouit d'un pouvoir absolu et exclusif – à condition de répondre des violations du droit international qui surviendraient sur cet espace. Similitude *curieuse*, ensuite, car son constat conduit à une apparente contradiction : ce sont *plusieurs entités* qui, au sein d'un *même espace*, sont définies comme souveraines.

On ne saurait résoudre cette contradiction soit en affirmant que les États membres ne sont pas *réellement* souverains car ils devraient leur existence à une norme fédérale, soit en affirmant que la « double souveraineté » caractéristique de l'organisation fédérale ne serait « pas plus étrange que le fait que, dans un domaine déterminé, un tribunal de première instance et un tribunal de seconde instance possèdent simultanément la compétence locale »¹⁴⁷⁰. En effet, d'une part, la compétence des États sur leur territoire ne découle pas d'une norme fédérale, mais de la détention du titre territorial que reconnaît le droit international à toute entité auto-constituée ; d'autre part, et conséquemment, le pouvoir du gouvernement fédéral n'a rien d'un « second degré de juridiction » : c'est un pouvoir délégué, dans certains domaines, par les États.

La contradiction ne se résout qu'en introduisant dans la définition internationale du territoire un nouveau terme : celui de l'opposabilité.

Ce que révèle l'expérience américaine entre 1789 et 1914, c'est en effet que *le titre territorial n'est fondateur d'un pouvoir exclusif et absolu qu'à l'égard de certaines entités* – celles qui sont extérieures aux frontières concernées. Pour prendre en compte cette réalité, la définition générale du territoire en droit international devrait donc être la suivante : il s'agit de l'espace sur lequel le détenteur du titre est fondé à *revendiquer* un pouvoir exclusif et absolu. L'introduction de la notion de revendication dans cette définition permet en effet de rendre compte de l'opposabilité ; elle dit ainsi la relativité du statut juridique du territoire, qui n'est le lieu d'un pouvoir *réel et effectif* – non plus simplement revendiqué, donc, mais véritablement exercé – que dans certains cas, desquels est exclue l'organisation fédérale américaine jusqu'à la fin du XIXe siècle. Ce n'est, en effet, qu'au prix d'une déformation de cette organisation que le gouvernement fédéral a déployé, à cette date, un pouvoir souverain effectif sur le territoire américain – alors même que le premier titre territorial des États-Unis sur cet espace date de 1783.

TITRE 2 – STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE NON-ÉTATIQUE

La « question du territoire » aux États-Unis entre 1789 et 1914 ne concerne pas seulement la définition et l'articulation des statuts juridiques des territoires des États membres, des Nations indiennes ou des États-Unis eux-mêmes, mais également la définition du statut juridique des espaces non-étatiques inclus dans les frontières américaines.

L'existence de ces espaces est d'abord la conséquence d'un épisode peu connu¹⁴⁷¹ – quoique déterminant – de l'histoire américaine : la cession, aux États-Unis, du titre territorial que certaines colonies détenaient sur les terres du Nord Ouest. Après l'indépendance, certains États – les « *landed States* » - s'appuient en effet sur les chartes royales, qui les avaient constitués en tant que colonies et leurs reconnaissaient des droits sur certaines parties du continent américain, pour revendiquer ces terres¹⁴⁷² ; d'autres, toutefois, vont estimer que ces terres devraient être considérées comme communes et leur administration relever, par conséquent, du gouvernement confédéral¹⁴⁷³. Le débat prend fin par un abandon, au profit de ce dernier, des revendications sus-mentionnées : entre 1783 et 1802, les sept « *landed States* » transfèrent leurs titres aux États-Unis¹⁴⁷⁴. C'est ainsi que naît au sein des frontières américaines un espace « placé sous la souveraineté politique des États-Unis », sans être « situé dans les frontières de l'un des États membres »¹⁴⁷⁵ : ce que l'on appelle aux États-Unis les « *Territories* », et que nous avons désigné ici par le terme de « territoire non-étatique ». Ces espaces, au cours du XIXe siècle, se multiplient : chaque transfert de titre territorial entre les États-Unis et un État étranger fait entrer dans les frontières américaines des terres habitées par des individus qui ne forment aucun corps politique.

Or, de même que la définition du statut juridique des États membres ou des Nations indiennes s'opère par une construction du droit international permettant soit leur

coexistence au sein des frontières américaines, soit l'affirmation du pouvoir du gouvernement fédéral sur cet espace, la définition du statut juridique du territoire non-étatique est la conséquence d'une préoccupation centrale – quoique remise en cause à la fin du XIXe siècle par la « conception coloniale »¹⁴⁷⁶ : celle de garantir aux habitants de ces territoires ce « principe du droit des gens » qu'est le « droit des peuples à se gouverner eux-mêmes ». C'est parce qu'il est fondé sur ce principe que le territoire intra-fédéral non-étatique n'est pas seulement une « dépendance » des États-Unis (Chapitre 1), mais également et surtout, un « État en devenir »¹⁴⁷⁷ (Chapitre 2) : d'après la « règle générale » du système territorial américain, « aucun territoire ne doit être acquis à moins qu'il ne puisse devenir un État »¹⁴⁷⁸.

Chapitre 1 – Statut de dépendance des États-Unis

Le Gouvernement fédéral « a non seulement le droit de domaine éminent, mais également le titre, et le droit absolu de disposer » des Territoires fédéraux. Il y est donc, en ce sens, « souverain »¹⁴⁷⁹, mais cette souveraineté a ceci de particulier qu'elle s'exerce de manière impériale (Section 1) – la seule limite au pouvoir du gouvernement fédéral sur cet espace étant la garantie constitutionnelle des droits et libertés personnelles dont jouissent les habitants, destinée à pallier l'absence de garanties internationales (Section 2).

Section 1 – Nature « impériale » du pouvoir du gouvernement fédéral

Entendu en son sens large, le qualificatif d' « impérial » renvoie à « toute forme de domination politique » qui « s'accorde mal avec la démocratie »¹⁴⁸⁰. Or, tel est bien la nature du pouvoir du gouvernement fédéral sur les Territoires fédéraux : s'exerçant sans le consentement de leurs habitants (§1), ce pouvoir s'exerce, qui plus est, sans que le principe de séparation des pouvoirs ne soit respecté (§2).

§1 – Absence de consentement des habitants au gouvernement du Territoire

C'est un « principe fondateur » de la philosophie américaine – et, plus largement, de la philosophie des Lumières dont Vattel est également un représentant – qu' « aucun gouvernement ne peut être légitime s'il ne repose sur le consentement des gouvernés »¹⁴⁸¹ (A) – un principe auquel il est pourtant fait exception sur les territoires fédéraux des États-Unis (B).

A. Principe du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes

Le texte de la Déclaration d'Indépendance américaine établit un lien étroit entre la possession territoriale d'un État et le statut juridique du peuple habitant le territoire concerné : *seul le gouvernement avec le consentement du peuple rend légitime la possession territoriale de l'État*. L'État détenteur d'un titre territorial a ainsi l'obligation de gouverner l'espace concerné par ce titre *d'une certaine manière* – que l'on pourrait dire, pour schématiser, démocratique : lorsque Thomas Jefferson écrit à Thomas Pickney que « toute Nation a le droit de se gouverner elle-même selon la forme qui lui plaît, et de changer cette forme selon sa seule volonté »¹⁴⁸², la liberté dont il est question n'est pas celle pour un État de choisir quelque régime politique que ce soit, mais celle *du peuple* de se gouverner lui-même – ce qui aboutit nécessairement à reconnaître un droit naturel du peuple d'un État à un gouvernement démocratique, sans lequel sa volonté ne peut être prise en compte¹⁴⁸³. Selon les « idées et principes des Pères de la Révolution », « toute communauté politique séparée » a ainsi le droit « de se gouverner elle-même pour ce qui concerne ses propres affaires », et ne peut-être considérée – là est la principale opposition entre la philosophie politique américaine et le « dogme » de la Couronne britannique – comme une simple propriété d'un Empire¹⁴⁸⁴.

Fondateur, comme l'a bien vu Hart, d'une théorie américaine des relations internationales selon laquelle « les systèmes coloniaux et les monopoles du commerce colonial sont en leur nature injustes et inamicaux envers les autres pouvoirs »¹⁴⁸⁵, ce « droit naturel » est d'abord, comme l'a noté le Pr. Armitage, celui qui est exposé par les auteurs du droit de la nature et des gens au cours du XVIIIe siècle¹⁴⁸⁶.

En effet, et contrairement à ce qu'affirme une grande partie de la doctrine, la « souveraineté territoriale » n'a pas depuis la fin du XVIIe siècle, en théorie tout du moins, l'importance qu'on lui prête. La philosophie des Lumières, notamment, a profondément influencé les penseurs du droit des gens, dont les ouvrages ont aussi nourri, au même titre que ceux d'un Rousseau ou d'un Montesquieu, les révolutions françaises et américaines. Or, le principe fondateur de cette philosophie – si tant est qu'il faille le préciser – est *le rôle du peuple dans la formation et le fonctionnement de tout gouvernement*. Comme l'écrivit Vattel, « il est évident que les hommes ne forment

une société politique, et ne se soumettent à ses lois, que pour leur propre avantage et leur salut. *L'autorité souveraine n'est donc établie que pour le bien commun de tous les citoyens* »¹⁴⁸⁷.

Cette théorie, aussi importante qu'elle fut, n'a pourtant que très rarement été mise en rapport avec la question du territoire. Le rôle joué par la théorie du contrat social, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit¹⁴⁸⁸, est pourtant central dans la conception de l'espace que l'on retient alors : elle lui donne une dimension matérielle, une légitimité qui s'ajoute à sa dimension proprement formelle. Le titre territorial de l'État ne saurait, selon cette perspective, être résumé à une description des frontières faisant suite au transfert de la souveraineté. Il comporte en effet une obligation de gouverner cet espace *d'une certaine manière*. Comme l'écrivait Paine à propos des titres que peut revendiquer un État sur un espace, « le droit [sur le territoire] doit être fondé sur la Justice »¹⁴⁸⁹. Ainsi, alors même que Vattel définit le territoire comme le lieu d'un droit exclusif et indépendant de l'État, encore précise-t-il que *l'État doit être organisé de telle sorte qu'il ne soit pas patrimonial* et qu'il ne constitue ainsi rien d'autre qu'une forme de représentation du peuple¹⁴⁹⁰.

L'exemple qui illustre le mieux cette double conception, formelle et matérielle, de l'espace, est celui des mutations territoriales : le droit international, d'après Vattel toujours, est non seulement le droit qui assure la régularité de la mutation du titre d'un point de vue formel, mais également d'un point de vue matériel ; *le transfert d'un titre territorial en effet n'est valable qu'à la condition que le peuple y ait consenti*. « Une Nation se doit conserver elle-même, elle doit conserver tous ses membres, elle ne peut les abandonner, et elle est obligée envers eux à les maintenir dans leur état de membres de la Nation » écrit le juriste, ajoutant en conséquence qu' « elle n'est donc point en droit de trafiquer de leur état et de leur Liberté, pour quelques avantages qu'elle se promettrait d'une pareille négociation. Ils se sont unis à la Société, pour en être membres ; ils reconnaissent l'Autorité de l'État, pour travailler de concert au bien et au salut commun, et non pour être à sa disposition, comme une Métairie, ou comme un troupeau de bétail »¹⁴⁹¹.

Ce principe – celui du consentement du peuple aux mutations territoriales – a pour conséquence logique le droit du peuple de refuser la transaction. Comme le note Beaulac, d'après la théorie vattelienne, « bien que valide entre les parties à un traité de paix, le peuple vivant sur le territoire transféré peut (...) ignorer la cession et refuser d'accepter une nouvelle autorité »¹⁴⁹². Il y a ainsi, dans cette théorie, *un principe de légitimité de la possession territoriale étatique qui est le consentement du peuple vivant sur cet espace*, et que l'on retrouve explicitement dans la Déclaration de 1776 d'après laquelle le titre territorial de l'Angleterre a cessé d'être valable dès lors que le gouvernement des colonies a cessé de l'être en vue de leur bonheur. C'est également cet argument que l'on retrouvera après la Première Guerre Mondial lorsque Wilson définit le principe de *self-government* comme « le droit pour tous les peuples de choisir leur souverain »¹⁴⁹³. Il est, pourtant, fait exception à ce droit concernant les habitants des territoires passés sous la souveraineté américaine à la suite d'une cession territoriale ou d'une conquête.

B. Exception au principe sur les « territoires fédéraux »

Les fondements juridiques du pouvoir du gouvernement fédéral sur les territoires fédéraux ne prévoient en effet aucune prise en compte du consentement des habitants à l'exercice de ce pouvoir.

D'une part l'ordonnance de 1787, texte adopté pour fixer les règles d'administration des territoires cédés, pendant la période révolutionnaire, aux États-Unis par les anciennes colonies, mais qui sera souvent appliqué dans les territoires acquis au fil du XIXe siècle¹⁴⁹⁴, ne prévoit pas, dans un premier temps tout au moins, d'administration du territoire avec le consentement de ses habitants. Ainsi d'après la section 3 de l'ordonnance, « le Congrès nommera un gouverneur »¹⁴⁹⁵, de même, d'après la section 4, qu'un « secrétaire » - sans qu'il ne soit question ni de la mise en place d'assemblée législative, ni de l'obtention du consentement, voire seulement de l'avis, des habitants. Les lois applicables sur le Territoire, toujours selon ce texte, sont alors celles, tant en matière civile que criminelle, des anciennes colonies – que le gouverneur et les juges du Territoire doivent promulguer non à l'issue d'une quelconque procédure démocratique, mais d'une appréciation de la « nécessité » et des « circonstances »¹⁴⁹⁶.

Ce n'est que dans un second temps - lorsque la population du Territoire a atteint cinq mille « hommes libres » - qu'une assemblée législative peut être mise en place, comprenant au moins un représentant des habitants du territoire¹⁴⁹⁷. Mais cette disposition est en partie annihilée par l'interprétation qui a été donnée de l'Article IV, Section 3 de la constitution fédérale.

Cet article, en effet, a toujours été interprété dans le sens d'une absolue liberté du gouvernement fédéral de définir, de manière unilatérale, le mode d'administration de ces Territoires, sans consultation des habitants sur le mode retenu. Car si le Congrès a, pendant une bonne partie du XIXe siècle, appliqué l'ordonnance de 1787 aux territoires acquis auprès d'États étrangers – Louisiane et Floride notamment – il a également, par la suite et à mesure que la pratique et l'expérience du gouvernement fédéral s'enrichissaient, développé le recours à des modes *ad hoc* d'organisation des Territoires. C'est ainsi que le Congrès a, par exemple, adopté des actes spécialement destinés à organiser les territoires d'Arizona, de New Mexico et d'Oklahoma¹⁴⁹⁸.

Mais qu'il s'agisse de choisir entre l'application de l'ordonnance de 1787 ou l'adoption d'un régime *ad hoc*, ou encore d'accorder aux habitants un certain degré de participation à l'administration de leur territoire, ce choix a toujours été considéré comme relevant de la seule souveraineté du Congrès. La décision du Congrès de permettre aux habitants d'un Territoire de participer à son administration est ainsi tout à fait arbitraire et dépend de son appréciation souveraine de la « capacité » du peuple concerné à supporter une telle responsabilité¹⁴⁹⁹ : les droits politiques des habitants des territoires sont une « franchise », un « privilège » accordé par le Congrès aux habitants¹⁵⁰⁰. Il appartient donc au seul Congrès de décider d' « investir ces dépendances d'un pouvoir limité de se gouverner elles-mêmes », de leur retirer ou encore d'altérer ce pouvoir¹⁵⁰¹. En témoigne le cas de l'Alaska, l'un des exemples les plus révélateurs de la liberté absolue du Congrès de fixer le régime juridique des Territoires fédéraux – voire d'administrer ce territoire directement, sans adopter d'acte fixant de règles d'administration – si bien qu'on a pu juger qu'il « fournit une illustration des dangers que courent tous les territoires dépendants d'être négligés par le gouvernement central »¹⁵⁰². Entré dans les frontières des États-Unis en 1867, suite à un traité territorial signé avec la Russie, il faut attendre en effet le 17 mai 1884 pour que l'Alaska soit doté

par le Congrès d'un « gouvernement civil »¹⁵⁰³. Jusqu'à cette date, soit pendant près de vingt ans, le Territoire a été administré sans qu'aucune législation expresse ne vienne préciser les formes de cette administration et encore moins, par conséquent, que les habitants de ce Territoire – que la découverte d'or avait fait affluer – ne puissent participer à son administration.

Cette importante dérogation au droit des peuples à se gouverner eux-mêmes trouve son origine dans la définition des Territoires fédéraux en terme de « propriété ». En effet, si les Territoires « ne possèdent aucun droit de gouvernement en eux-mêmes »¹⁵⁰⁴, si leur « peuple ne constitue pas un pouvoir souverain », c'est que ces territoires « appartiennent au peuple des États-Unis, en tant que propriétaire du domaine national ». C'est donc au peuple des États, auteurs de la constitution, et non aux habitants des territoires, dont l'intégration à l'Union est postérieure à son adoption et qui ne forment pas eux-mêmes un État, que revient le « pouvoir suprême sur le Territoire et les habitants », pouvoir délégué pour son exercice au gouvernement des États-Unis. Le « droit de s'auto-gouverner » est ainsi conçu comme ne valant que pour « les États et leur peuple, qui ont adopté la constitution » fédérale, et dont sont dès lors exclus les habitants des Territoires¹⁵⁰⁵.

On comprend ainsi qu'« à proprement parler », comme l'a jugé la Cour Suprême dans l'arrêt *Snow v. United States*, « il n'y a pas sur un Territoire des États-Unis d'autre souveraineté que celle des États-Unis eux-mêmes »¹⁵⁰⁶. Le gouvernement des Territoires des États-Unis « appartient, en premier lieu au Congrès », et « toute autorité politique qui s'y exerce découlant du gouvernement général », ces territoires constituent « de simples dépendances des États-Unis »¹⁵⁰⁷, des « subdivisions politiques » et « périphériques ». En ce sens, comme le précisera encore la Cour Suprême, la relation de ces Territoires au gouvernement général « est la même que celle des districts vis-à-vis des États », et le « Congrès peut légiférer à leur égard comme un État à l'égard de ses collectivités territoriales » : les actes organiques qu'il adopte pour fixer leur mode d'administration constitueront alors la « constitution » du « Territoire », que les autorités instituées devront respecter, mais que le Congrès pourra, à tout moment, modifier¹⁵⁰⁸. Ainsi, alors que le principe est celui d'une *limitation* du pouvoir du gouvernement fédéral lorsqu'il agit à l'égard des États, il est celui d'une *suprématie*

lorsqu'il agit à l'égard des Territoires¹⁵⁰⁹. En « ordonnant le gouvernement pour les Territoires, et le peuple qui les habite, le Congrès jouit de toute la discrétion du pouvoir législatif »¹⁵¹⁰. Le système mis en place pour administrer les Territoires n'est ainsi rien d'autre qu'un « système de nature impériale »¹⁵¹¹.

§2 - Absence de séparation des pouvoirs institués pour administrer le Territoire

« Il n'est pas », écrit Madison dans le quarante-septième numéro des *Federalist Papers*, « de vérité politique qui n'ait de plus grande valeur, ou qui soit marquée du sceau des plus grands protecteurs de la liberté » que celle selon laquelle « l'accumulation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, dans les mains d'un seul, de plusieurs ou de beaucoup, que le pouvoir soit héréditaire, élu ou auto-désigné, constitue la définition même de la tyrannie »¹⁵¹². La séparation des pouvoirs est ainsi indispensable « à la préservation de la liberté » et, pour être garantie, il est notamment nécessaire que « les titulaires des fonctions législative, exécutive, et judiciaire » soient « distinctement élus par le peuple » mais encore et surtout que « chaque pouvoir ait les moyens constitutionnels » de résister aux « empiètements » de l'autre pouvoir¹⁵¹³. Cette « vérité politique » cependant n'est pas plus respectée à l'égard des territoires fédéraux que ne l'est le « principe fondamental » du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes.

C'est en effet l'un des autres traits particuliers de l'ordonnance de 1787 qu'elle ne prévoit pas, parmi les règles qu'elle prescrit pour l'administration de ces Territoires, de séparation effective des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. La lettre de l'Ordonnance permet, déjà, de s'en convaincre : esquissant « deux schémas de gouvernement », l'un destiné à être mis en œuvre immédiatement après l'acquisition par les États-Unis d'un titre territorial, l'autre à être établi dès lors que 5,000 habitants au moins peuplent le Territoire, elle n'envisage ni dans un cas, ni dans l'autre, de séparation de ces pouvoirs¹⁵¹⁴. Ainsi, d'après sa douzième section, le Congrès est l'autorité dont procède tant le gouverneur du Territoire, que son secrétaire, les juges et le « conseil législatif »¹⁵¹⁵ ; quant à la cinquième section, elle dispose que « le gouverneur et les juges, ou une majorité d'entre eux » ont la liberté d'appliquer au sein du Territoire « les lois de l'État membre qu'ils jugeront nécessaires ou les mieux adaptées aux circonstances »¹⁵¹⁶.

La pratique, fondée sur l'ordonnance, confirme la nature coloniale des régimes d'administration mis en place. Ainsi, dans le Territoire d'Orléans, issu de la cession française du titre sur la Louisiane, le pouvoir exécutif appartient à un gouverneur nommé par le Président des États-Unis, et le pouvoir législatif à un « conseil » constitué des « treize personnes les plus aptes du Territoire, choisies annuellement par le Président des États-Unis parmi les propriétaires »¹⁵¹⁷. Les attributions de ce pouvoir, cependant, conduisent le gouverneur à agir comme une « seconde chambre législative », puisque celui-ci, « avec l'avis et l'accord du conseil législatif, ou d'une majorité de ses membres, a le pouvoir d'altérer, de modifier, ou d'abroger les lois en vigueur ». En outre, le gouverneur se voit conférer le pouvoir de convoquer ou de mettre fin aux sessions du conseil sans motif. Dans le « district de la Louisiane », seconde subdivision du territoire cédé par la France en 1803, la situation est alors similaire – si ce n'est que ce sont les « juges » qui, avec le gouverneur, sont habilités à faire les lois¹⁵¹⁸.

Ainsi, et comme le note Willoughby, « il n'est pas nécessaire d'insister sur le fait qu'en vertu de ces dispositions, une autorité et un pouvoir quasi-suprême sont conférés au gouverneur dans tous les domaines, qu'ils soient législatifs, purement administratifs ou exécutifs »¹⁵¹⁹. Le gouverneur du Territoire est ainsi, dans le système territorial américain, un « autocrate », « responsable devant le seul Congrès » de qui il reçoit « la totalité de son autorité ». Tout comme le « gouverneur royal » dans le système britannique, « il exerce virtuellement un pouvoir absolu au sein de son royaume » mais à la différence de ce dernier « il est protégé de toute manipulation de la part de la législature », puisqu'il dispose « d'un droit de véto absolu » sur les lois¹⁵²⁰.

Il faut, ainsi, attendre que le gouvernement fédéral décide, selon la terminologie consacrée, *d'organiser* le Territoire pour que celui-ci soit administré par un gouvernement au sein desquels les pouvoirs sont séparés : ainsi, par exemple, des Territoires d'Arizona, de New Mexico ou d'Oklahoma, au sein desquels le pouvoir exécutif est détenu par un gouverneur, chargé de faire appliquer les lois, de commander les forces armées, d'accorder la grâce, et un pouvoir législatif exercé par une assemblée législative composée de deux chambres, dont les membres sont élus par les habitants du Territoire. Dans ces Territoires – mais dans ceux-là seulement – « le système de

gouvernement mis en place par le Congrès » est « très proche de celui qui a été volontairement créé par la plupart des États en vue de leur propre gouvernement » – la seule différence importante étant l'absence de représentation du Territoire au Congrès des États-Unis¹⁵²¹.

Section 2 – Protection des droits privés des habitants

Soumis à un gouvernement auquel ils n'ont pas consenti, gouvernement qui se caractérise par une absence de séparation des pouvoirs institués, les habitants des Territoires fédéraux jouissent cependant d'une protection de leurs droits privés : à la nature de « priviléges » de leurs droits politiques répond en effet la « garantie juridique » de leurs libertés¹⁵²² : cette protection, c'est d'abord celle qui découle d'une conception moderne du droit international grâce à laquelle la propriété privée des individus est garantie en cas de mutation territoriale (§1). Mais c'est également, et surtout, celle qui découle de la constitution, et de la qualité de citoyen des États-Unis des habitants des territoires fédéraux¹⁵²³, qui leur permet de jouir, jusqu'à la fin du XIXe siècle tout au moins, du « bill of rights » que constituent les dix premiers amendements (§2).

§1 – Protection internationale des droits privés

« Face à la législation économique anglaise », écrit la Pr. Marienstras, « les colons opposaient leur droit de détenir leur propriété individuelle en toute liberté, *sans qu'aucun pouvoir ne puisse l'aliéner* »¹⁵²⁴. Cette conception de la propriété¹⁵²⁵ comme droit indépendant de tout gouvernement – parce qu'il est « avéré que c'est une loi de nature inaltérable qu'un homme doit avoir le libre usage et l'exclusive disposition, sans aucun contrôle, du fruit de son travail honnête »¹⁵²⁶ - la doctrine et la jurisprudence

américaines vont la définir, au cours du XIXe siècle, comme un « principe du droit international » (A) grâce auquel les droits de propriété privée des habitants passés sous la souveraineté des États-Unis du fait d'un transfert de titre territorial entre ces derniers et un État étranger sont protégés (B).

A. *Principe de protection des droits privés*

Dans l'arrêt *U.S. v. Perchman* rendu par la Cour Suprême en 1833, largement repris par la doctrine internationaliste durant les années suivantes¹⁵²⁷, le Juge Marshal écrit que « même en cas de conquête, il est très rare que le conquérant fasse plus que s'emparer de la souveraineté et assumer la domination du pays ». En effet si, en cas de mutation territoriale, « les gens changent leur allégeance, leur relation à leur ancien souverain [étant] dissoute », leurs « relations mutuelles, et leurs droits de propriété », quant à eux, « demeurent inchangés ». « Si la propriété privée était confisquée, et les droits privés annulés » lors du transfert d'un titre territorial d'une Nation étrangère aux États-Unis, précise enfin la Cour, « la pratique moderne des Nations, qui est devenue règle de droit, en serait violée ; le sentiment de justice et de morale, que ressent et reconnaît l'ensemble du monde civilisé, serait outragé » : la protection de la propriété privée est ainsi un « principe général » du droit international¹⁵²⁸.

Or, la qualification de « principe » de la règle de protection de la propriété privée n'est pas sans importance : à la date de l'arrêt *Perchman*, nombreux sont les traités qui permettraient, plus simplement, de qualifier cette règle de coutume internationale : lorsque l'arrêt est rendu, c'est le cas notamment, pour ce qui concerne les États-Unis¹⁵²⁹, du traité de Paris de 1783, du traité signé avec la France en 1803 avec la Louisiane¹⁵³⁰, et du traité d'acquisition du titre territorial relatif à la Floride¹⁵³¹.

Mais le « principe » dit plus que la coutume : si le « principe » est bien « l'élément essentiel » d'un ordre juridique, ce qui « en fait comprendre les propriétés essentielles et caractéristiques »¹⁵³² - là où la coutume n'est qu'une « une pratique générale acceptée comme étant de droit »¹⁵³³ - alors la Cour Suprême révèle, dans l'arrêt *Perchman*, le lien étroit existant, selon elle, entre *la structure même* du droit

international et la règle de protection des droits acquis. Au-delà de son importance pratique - l'érection en principe permet non seulement de pallier l'éventuel silence d'un traité sur ce point, mais également d'estimer qu'un titre de propriété est valable même sans intervention du nouveau souverain¹⁵³⁴ – la reconnaissance d'un « principe du droit international » de protection des droits privés en cas de mutation territoriale dit aussi, et surtout, comment le droit international a été construit au cours du XIXe siècle de telle manière à garantir aux habitants des « *Territories* » la première des libertés : celle de posséder¹⁵³⁵.

Cette garantie découle en effet d'une conception moderne de l'État que l'on trouve, déjà, chez Vattel – cité dans sa plaidoirie par l'avocat de Percheman : « autrefois », écrit Vattel, « les particuliers mêmes perdaient leurs terres, par la conquête. Et il n'est point surprenant que telle fût la coutume, dans les premiers siècles de Rome. *C'étaient des républiques populaires, des communautés, qui se faisaient la guerre ; l'État possédait peu de chose, et la querelle était véritablement la Cause commune de tous les citoyens.* Mais aujourd'hui la guerre est moins terrible pour les sujets ; les choses se passent avec plus d'humanité : *un souverain fait la guerre à un autre Souverain, et non point au peuple désarmé.* Le vainqueur s'empare des biens de l'État, des biens publics, et les particuliers conservent les leurs. Ils ne souffrent de la guerre qu'indirectement, et la conquête les fait seulement changer de Maître »¹⁵³⁶. A la confusion de l'État avec le souverain comme personne physique succède ainsi une définition de l'État comme personne morale, qui ne se confond pas avec les individus qui le composent : l'État, comme institution, se distingue des personnes, simples êtres humains – ou « peuple désarmé », c'est-à-dire ne représentant pas la force étatique. Le « sentiment de Justice », celui qui garantit les habitants des territoires contre la privation unilatérale de leur propriété en cas de changement territorial, c'est cela : la nécessaire dissociation entre l'État, concept politique, et les personnes, corps humains.

Or, ces personnes ont un « domaine privé », constitué de droits indépendants de l'institution étatique. C'est le cas, au premier chef, de la propriété privée, dont le fondement n'est pas nécessairement l'État, mais peut être recherché, d'abord, dans le droit naturel¹⁵³⁷ : il est ainsi des droits que les personnes détiennent indépendamment de

l’État, qui se caractérise par sa souveraineté – et non par sa propriété – et qui pour cela continuent à exister même en cas de changement de souveraineté.

Droit naturel et conception moderne de l’État sont ainsi au fondement de ce « principe général », dont le caractère est « sacré » et dont le respect dès lors est « indépendant de son insertion dans une clause conventionnelle »¹⁵³⁸.

B. Nature des droits garantis

D’après l’arrêt *Percheman*, « tous les droits de nature privée » sont garantis par la règle de droit international qu’il érige en principe. La doctrine et la jurisprudence postérieures montrent toutefois que seul *le droit de propriété* est réellement garanti – mais également, et par là-même, renforcé lorsqu’il existe un doute sur sa juridicité.

Rapidement en effet, la doctrine internationaliste a noté la difficulté de définir avec précision les droits concernés par l’expression « droits de nature privée ». Halleck par exemple note certes que les dispositions de l’arrêt *Percheman* « sont simples et limpides, et facilement compréhensibles », mais ajoute immédiatement qu’« il n’est pas si facile de distinguer entre les lois *politiques* et les lois *privées*, et de déterminer quand et dans quelle mesure la constitution et les lois du conquérant changent ou remplacent celles du conquis (...) »¹⁵³⁹.

La jurisprudence antérieure et postérieure à l’arrêt *Percheman* permet de montrer que cette difficulté est à l’origine d’une reconnaissance du droit de propriété comme seul droit véritablement garanti en cas de changement de souveraineté : facilement identifiable et faisant l’objet d’une définition similaire dans la plupart des « États civilisés », ce droit est protégé à l’exclusion de ceux qui dépendent davantage du système politique du précédent souverain. Ainsi, dans l’arrêt *U.S. v. Roselius*, rendu en 1852, la Cour Suprême a-t-elle noté que « le titre présenté par le requérant est un titre légal complet, et s’il peut prouver les faits avancés dans sa requête, son titre est protégé par le traité lui-même, et ne nécessite pas qu’un acte du Congrès vienne le compléter ou le parfaire. Il ne fait pas de doute que, si la possession de la terre a été détenue de

manière continue par le requérant (...) sur la base de la vente réalisée par les autorités françaises en 1760, la présomption légale est que le titre est valide, même s'il n'en existe aucune trace dans les recueils officiels »¹⁵⁴⁰. C'est ainsi la possession, alliée à l'existence d'un titre juridique, qui est garantie par le droit international¹⁵⁴¹.

Le principe a, en outre, été étendu à des titres de propriété dont la validité originelle était incertaine : la seule possession d'une terre pendant un laps de temps déterminé a été jugée suffisante pour donner naissance à un titre garanti par le droit international en cas de mutation territoriale¹⁵⁴² ; de même, la Cour Suprême a reconnu que les « titres incomplets » sont également protégés par le principe, quoiqu'à leur égard, le nouveau souverain ne soit obligé qu'en « conscience ». Ainsi, comme devait le juger la Cour dans l'arrêt *Dent v. Emmeger*, si « le traité a prévu » la garantie des droits de propriété, ce qui en tout état de cause « aurait été de même selon les principes du droit des gens même s'il n'avait contenu aucune disposition sur ce point », parce que « selon ce code, un changement de gouvernement ne peut jamais entraîner un changement dans les droits de propriété privée », il ressort toutefois de ce même principe qu'alors que « les titres parfaits sont aussi parfaits à l'égard de nouveau gouvernement qu'ils l'étaient à l'égard de l'ancien », les titres incomplets, eux, « n'obligent le nouveau souverain qu'en conscience »¹⁵⁴³. Enfin, il faut noter que la Cour ajoutera une exception à la protection des droits parfaits eux-mêmes : dans l'arrêt *Lleitensdorfer v. Webb*, la Cour affirme en effet que « par la substitution d'un nouveau souverain, les droits acquis sous le gouvernement de leur ancienne allégeance, ou ceux nés de contrats ou de la pratique, demeurent en vigueur et inchangés, à moins qu'ils ne soient de par leur nature et leur caractère en contradiction avec la constitution et les lois des États-Unis, ou avec quelque règlement que l'autorité occupante et conquérant pourrait édicter »¹⁵⁴⁴.

Cette dernière exception met bien en avant la tension entre garantie de la propriété privée et application des lois politiques du nouveau souverain. Or, c'est sans doute, et le point est particulièrement important, la *seule certitude* qui finalement découle de la règle érigée en principe par Marshall dans l'arrêt *Percheman* : lors d'une mutation territoriale, les habitants du territoire concerné perdent l'ensemble de leurs « droits politiques ». Le juriste américain A.P.Morse, dans son article consacré au statut

des habitants du territoire acquis, est l'un de ceux qui l'a affirmé avec le plus de clarté : « entre le nouveau gouvernement et les citoyens, la protection et l'allégeance sont réciproques ; *mais cette relation n'implique en aucun cas que les priviléges et franchises politiques soient inclus dans la reconnaissance des droits privés et de propriété des habitants.* Les franchises politiques sont accordées sur la base de l'opportunité, en fonction de la sécurité de l'État et de l'intérêt de la communauté »¹⁵⁴⁵. Ce n'est rien dire d'autre que, si le droit international garantit la propriété privée des individus, cette garantie ne s'étend à aucune autre catégorie de droits, l'État nouvellement souverain sur l'espace considéré étant libre d'accorder au peuple le statut politique de son choix – ce qui ne signifie pas, nous l'avons dit, que l'État le soit nécessairement du point de vue de sa constitution¹⁵⁴⁶. L'affirmation doctrinale est, en outre, confirmée par la jurisprudence de la Cour Suprême à la fin du XIXe siècle : dans son opinion concordante dans l'affaire *Downes v. Bidwell*, le juge White affirme en effet, comme nous l'avons vu ci-dessus¹⁵⁴⁷, qu'il est une règle générale du droit international selon laquelle « lorsqu'un gouvernement acquiert un territoire par l'un quelconque des modes d'acquisition précité, la relation du territoire au nouveau gouvernement doit être déterminée par le pouvoir acquéreur »¹⁵⁴⁸.

La constance de ce principe, qui n'est rien d'autre qu'une expression de la souveraineté territoriale, conduit à relativiser considérablement la « doctrine des droits acquis » qui résulterait de l'arrêt *U.S. v. Perchman* et, beaucoup plus largement, de la conception de l'État et de la propriété sur laquelle repose le droit international classique. La difficulté de déterminer les droits protégés par le droit international en cas de mutation territoriale conduit en effet à considérer que c'est davantage le changement d'allégeance et la soumission des habitants du territoire acquis au nouveau pouvoir politique qui est légitimée que la protection des droits privés des individus qui est garantie. Un passage d'un article publié par Walton en 1900 permet de se convaincre de la pertinence d'une telle interprétation *a contrario* de la solution *Perchman* : remarquant que « c'est un principe bien reconnu en droit international que la cession de la souveraineté sur un pays d'une Nation à une autre n'affecte que les relations politiques des habitants du pays cédé, et fait d'eux les sujets de la Nation acceptant la cession », Walton en tire comme conclusion que « le nouveau souverain peut agir envers les nouveaux habitants et leur donner des lois comme bon lui semble, à moins que le

traité de cession l'en empêche »¹⁵⁴⁹. On voit bien ici comment le principe posé par l'arrêt *Percheman* est « retourné » au profit d'une légitimation du pouvoir absolu des États-Unis sur le nouveau territoire. Le droit international, qui dans l'interprétation du Juge Marshall limitait le pouvoir de l'État sur ce nouvel espace en protégeant le droit des particuliers à la propriété, devient au contraire fondateur du pouvoir sur cet espace. On comprend, dès lors, la nécessité qu'à cette protection internationale, soit ajoutée une protection constitutionnelle des droits des habitants des Territoires fédéraux.

§2 - Protection constitutionnelle des droits individuels

Rappelons-le : le pouvoir du gouvernement fédéral, s'il est *limité* par le droit international, ne saurait être *fondé* sur celui-ci : le fondement de son pouvoir sur les Territoires fédéraux, c'est l'ordonnance de 1787 et la constitution fédérale. Les habitants dès lors jouissent des droits garantis par les dix premiers amendements de la constitution fédérale, qui constituent le « bill of rights » des citoyens américains (A). A la fin du XIXe siècle cependant, la « conception coloniale » du titre territorial, exposée ci-dessus¹⁵⁵⁰, se développe : il faut alors préciser que cette protection constitutionnelle ne vaut pas à l'égard de tous les territoires inclus dans les frontières américaines (B).

A. Protection complète des droits constitutionnels

Nous l'avons dit ci-dessus : avant que la Cour Suprême ne juge, en 1901, que la constitution n'est pas applicable *ex proprio vigore* dans les Territoires fédéraux, cette dernière a toujours été considérée comme limitant l'action du Congrès à leur égard¹⁵⁵¹. Mais que le nouveau gouvernement soit libre, d'après le droit international, de déterminer le statut juridique des espaces qui passent sous sa souveraineté ne signifie pas qu'il le soit du point de vue de son droit constitutionnel.

Sur ces espaces non encore érigés en État membre, comme sur le territoire des États déjà constitués, le Congrès entre en effet « sous l'autorité de la constitution », et dans l'impossibilité par conséquent « d'exercer quelque pouvoir que ce soit sur la personne et la propriété de leurs habitants qui ne lui soit pas conféré par cet instrument, ou de leur dénier tout droit qu'il leur réserverait »¹⁵⁵². Le pouvoir du Congrès est donc

« suprême à l’égard de ces Territoires, *exceptés lorsque des limitations constitutionnelles le restreignent* »¹⁵⁵³.

La principale difficulté relativement à l’application des restrictions constitutionnelles a été de déterminer *lesquelles* de ces dispositions pouvaient concerner les Territoires, dans la mesure où la constitution a été adoptée par les États pour ériger un gouvernement central et régler leurs relations avec celui-ci.

Certes, les termes de certains articles ne laissent aucun doute à ce sujet : en disposant que « ni esclavage ni servitude involontaire, si ce n’est en punition d’un crime dont le coupable aura été dûment convaincu, n’existeront aux États-Unis *ni dans aucun lieu soumis à leur juridiction* »¹⁵⁵⁴, la troisième section du XIII^e amendement est explicite quant à son applicabilité dans les Territoires fédéraux. Mais d’autres articles, et notamment l’article III de la constitution, ont pu être interprétés comme ne s’appliquant pas aux Territoires, privant ce faisant leurs habitants du droit d’être jugés par un jury en matière criminelle. Selon cet article en effet « tous les crimes, sauf dans les cas d’*impeachment*, seront jugés par un jury », le procès devant avoir lieu « dans l’État où lesdits crimes auront été commis, et, quand ils ne l’auront été dans aucun, en tel lieu ou place que le Congrès aura fixé par une loi ». Or, si l’article prévoit le jugement par *jury* y compris pour les crimes commis hors d’un État, il est limité au jugement par une « Cour des États-Unis », l’article III étant relatif au « pouvoir judiciaire des États-Unis ». Dans les Territoires pourtant, les cours instituées ne sont pas nécessairement des cours fédérales au sens de cet article, mais des « cours législatives », établies par le Congrès en sa qualité de législateur des Territoires : l’article, en ce cas, n’y est pas applicable¹⁵⁵⁵. Le raisonnement est similaire pour le VI^e amendement, d’après lequel « dans toute procédure criminelle, l’accusé aura le droit d’être jugé promptement et publiquement par *un jury impartial de l’État et du district où le crime aura été commis* - le district ayant été préalablement déterminé par la loi - d’être instruit de la nature et du motif de l’accusation, d’être confronté avec les témoins à charge, d’exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à décharge, et d’être assisté d’un conseil pour sa défense »¹⁵⁵⁶. Or, comme l’a noté la Cour Suprême dans son arrêt *United States v. Dawson*, « les termes de cet amendement cantonnent son application aux cas de crimes

commis dans les limites d'un État », la rédaction de l'article étant « trop particulière et spécifique pour qu'il en soit douté »¹⁵⁵⁷.

On trouve, pourtant, des décisions de la Cour en sens inverse : en 1888, dans une affaire *Callan v. Wilson*, la Cour a ainsi jugé que l'article III de la constitution devait être appliqué au District de Columbia, car « rien dans l'histoire de la constitution ou des amendements ne justifie l'affirmation selon laquelle le peuple de ce district pourrait être légalement privé du bénéfice des garanties constitutionnelles de la vie, de la liberté, et de la propriété, et notamment du privilège d'être jugé par un jury dans les affaires criminelles » - la Cour trouvant dans les modifications apportées à l'article III avant son adoption par la Convention de Philadelphie la preuve de son application en dehors des États membres¹⁵⁵⁸. De plus, et surtout, la Cour a reconnu l'applicabilité des autres amendements aux Territoires fédéraux : c'est ainsi qu'elle a jugé, entre autres, que le Ier Amendement, qui protège la liberté de religion, n'est pas violé par la législation du Territoire de l'Idaho d'après laquelle les personnes bigames ou polygames ne peuvent participer aux élections ou être titulaires de quelque charge publique que ce soit dans ce Territoire¹⁵⁵⁹ ; que le Vème Amendement de la constitution, d'après lequel une personne ne peut se voir priver de sa propriété sans juste compensation, limite l'action du Congrès dans les Territoires¹⁵⁶⁰ ; que le VIIe Amendement, relatif au droit d'être jugé par un jury dans les affaires civiles cette fois, y est également applicable¹⁵⁶¹.

La Cour l'avait déjà affirmé, sous la plume du juge Marshall, dans l'affaire *Loughborough v. Blake*, rendue en 1820 : « le district de Columbia, ou le territoire de l'Ouest du Missouri, n'est pas moins dans les États-Unis que le Maryland ou la Pennsylvanie » si bien que « les principes de la constitution doivent être observés dans l'un comme dans l'autre »¹⁵⁶². Dès lors, quoique les Territoires puissent être qualifiés de « dépendance » des États-Unis parce que les habitants ne consentent pas à leur propre administration, et que les gouvernements mis en place par le Congrès ne respectent pas le principe de séparation des pouvoirs, il demeure que les « principes du constitutionnalisme libéral » sont « garantis » aux habitants des territoires « comme à tout autre citoyen »¹⁵⁶³.

B. Exclusion de la protection pour certains territoires

Une telle conclusion doit cependant être nuancée, car elle cesse d'être vraie concernant deux catégories de territoires : les « *unincorporated territories* » d'une part, et le territoire des Nations indiennes d'autre part.

Au tout début du XXe siècle en effet, la Cour Suprême consacre, dans les « *insular cases* », une distinction jusqu'alors inconnue entre les « Territoires incorporés » et les « Territoires non-incorporés ». On se souvient en effet que la Cour, dans l'arrêt *Downes v. Bidwell* notamment, a jugé que le pouvoir des États-Unis sur les territoires acquis auprès d'États étrangers était fondé non sur la constitution fédérale, mais sur le titre international lui-même, substituant ainsi à ce que nous avons appelé la « conception pluraliste » des effets internes du titre territorial une « conception coloniale » d'après laquelle le titre territorial est non seulement opposable par son détenteur aux États étrangers, mais encore invocable auprès des personnes et entités présentes sur le territoire qu'il concerne¹⁵⁶⁴.

Cette solution toutefois ne vaut pas, d'après la Cour, à l'égard de *tous* les Territoires fédéraux : le pouvoir du gouvernement fédéral retrouve ses limites constitutionnelles – et avec elles ce sont les habitants qui se voient garantir le respect de leurs droits – dès lors que le Territoire a été, selon la terminologie de la Cour, « incorporé aux États-Unis » par un acte exprès du Congrès y étendant l'application des lois américaines¹⁵⁶⁵. Selon le Juge White dans l'affaire *Downes v. Bidwell*, certains territoires ont ainsi été « incorporés » aux États-Unis, et doivent être lors être considérés comme faisant « intégralement partie » des États-Unis, alors que d'autres territoires, quoiqu'annexés aux États-Unis, n'y ont pas été « incorporés » et ne sont dès lors que des « possessions », c'est-à-dire des « territoires étrangers au sens interne »¹⁵⁶⁶. Ainsi, « tant que le Congrès n'a pas incorporé le Territoire aux États-Unis, ni l'occupation militaire, ni la cession par traité ne font du territoire conquis un territoire domestique »¹⁵⁶⁷. Or sur ces derniers – les « *unincorporated territories* »¹⁵⁶⁸ – le Congrès agit sans contrainte constitutionnelle : la conséquence directe des « *insular cases* », c'est que « la constitution s'applique aux territoires cédés qui ont été incorporés aux États-Unis, mais qu'elle ne s'applique pas au territoire annexé qui n'a pas été incorporé à l'Union – à moins que le Congrès n'en ait décidé autrement »¹⁵⁶⁹. Est ainsi créée une « zone extra-

constitutionnelle »¹⁵⁷⁰, parachevant la « condition coloniale des territoires et de leurs peuples » puisque ces derniers se trouvent « à la merci du Congrès »¹⁵⁷¹ - davantage encore que les habitants des « *incorporated Territories* », dont les droits constitutionnels sont protégés.

Une autre catégorie de territoire dont les habitants ne sont pas concernés par la garantie constitutionnelle des droits et libertés est celle formée par les territoires des Nations indiennes. Cette absence de protection constitutionnelle est normale tant que ces territoires sont considérés comme se trouvant sous la souveraineté exclusive des Nations concernées¹⁵⁷² : le pouvoir du gouvernement fédéral n'étant pas fondé à s'y déployer, garantir les membres des Nations indiennes contre les risques que ce pouvoir empiète sur les droits qu'ils tiendraient de la constitution n'a guère de sens. Il en va cependant différemment dès lors que le gouvernement fédéral s'est reconnu compétent pour étendre son pouvoir sur ces Nations.

En effet, si les Indiens sont reconnus comme étant sous la juridiction de ce gouvernement, alors le gouvernement fédéral doit voir son action restreinte à leur égard par cet instrument – et les « Indiens » être reconnus, en vertu du XIVe amendement, comme citoyens des États-Unis¹⁵⁷³. Or, tout comme la Cour Suprême le fera pour les habitants des Territoires acquis à la fin du XIXe siècle¹⁵⁷⁴, le gouvernement fédéral a expressément exclu les Indiens du champ d'application de cet amendement¹⁵⁷⁵ – et la Cour Suprême a confirmé la particularité de ce statut en jugeant que le gouvernement disposait à l'égard des Indiens d'un « plein pouvoir » non restreint par la constitution, les Indiens étant sujets aux lois américaines « non au sens où le sont les citoyens, mais en tant que (...) pupilles soumises à un gardien »¹⁵⁷⁶. Il faudra attendre 1924 pour que les Indiens aient accès au statut de citoyen américain¹⁵⁷⁷.

*

* * *

Si Willoughby peut affirmer que « la théorie de l'exploitation des territoires dépendants, telle qu'elle a été pratiquée par certaines Nations européennes, n'a jamais été acceptée aux États-Unis »¹⁵⁷⁸, c'est qu'au statut de « dépendance » des territoires fédéraux répond, pendant la quasi-totalité de la période qui nous intéresse, *la protection constitutionnelle des droits et libertés de leurs habitants, grâce à laquelle est palliée l'absence – à l'exception notable de la propriété privée – de garanties internationales*. Ce n'est qu'au prix d'une méconnaissance de cette spécificité américaine, de cette volonté des Pères Fondateurs de garantir au sein du système américain les droits que le droit international ne garantit pas, que le tournant du XXe siècle verra l'originalité du statut juridique du territoire intra-fédéral non-étatique disparaître au profit de celui de simple « dépendance » des États-Unis.

Chapitre 2 – Statut de « *state in embryo* »

Ce qui permet, avant la fin du XIXe siècle, de ne pas qualifier le territoire intra-fédéral non-étatique de simple « dépendance des États-Unis », n'est pas seulement l'existence d'une protection constitutionnelle des droits des habitants. La spécificité du statut juridique des territoires fédéraux découle en effet, également et surtout, de l'article 5 de la quatorzième section de l'Ordonnance de 1787.

D'après cet article, les habitants d'un « *Territory* », « lorsqu'ils auront atteint le nombre de soixante mille » auront « le droit d'adopter une constitution permanente et de former un gouvernement étatique », qui sera « admis dans la Confédération sur un pied d'égalité avec les États originaires »¹⁵⁷⁹. Il s'agit là du « principe fondamental du système territorial des États-Unis »¹⁵⁸⁰ : les territoires transférés d'un État membre ou étranger aux États-Unis sont certes, ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent, « placés sous le contrôle et la supervision directe du Congrès », mais doivent cependant être traités « comme des États en devenir »¹⁵⁸¹, les habitants de ces Territoires jouissant d'après l'article précité d'un « droit à l'étatité » (Section 1), dont l'actualisation est juridiquement encadrée par un mécanisme grâce auquel la révolution n'est pas le seul moyen de réalisation du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes (Section 2) : l'ordonnance de 1787 permet ainsi que « la liberté soit garantie sans que le sang ne soit versé » - comme cela est généralement le cas « au fondement de toute nouvelle société » - et marque ce faisant « une étape historique dans l'histoire du monde »¹⁵⁸², ce « principe d'évolution territoriale » distinguant radicalement le système américain du système européen¹⁵⁸³.

Très peu théorisée, quasiment inconnue de la doctrine constitutionnaliste ou internationaliste, cette spécificité du système territorial américain, qui ne se révèle dès lors qu'au prix d'une lecture attentive de la doctrine américaine et des arrêts de la Cour Suprême du XIXe siècle, fournit à la fois le premier exemple d'une actualisation juridique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le modèle d'un processus

d'institutionnalisation de la formation de l'État dont est aujourd'hui à la recherche le système international¹⁵⁸⁴.

Section 1 – Droit à l'étaticité

Le droit des peuples à se gouverner eux-mêmes, nous l'avons rappelé ci-dessus, constitue à la fois un droit naturel d'après la doctrine du droit des gens, et le fondement théorique de la Déclaration d'Indépendance de 1776. Mais cette déclaration constitue également la preuve même de l'absence de moyen pacifique d'actualisation de ce droit : s'il a fallu passer par une *guerre d'indépendance*, c'est précisément parce que le droit international positif – dans sa forme classique et qui en cela ne changera pas, bien au contraire et comme nous allons le voir, au cours du XIXe siècle – ne garantit pas *effectivement* le respect de ce droit : simple droit naturel, le droit des peuples est confronté à une conception formelle de la souveraineté territoriale étatique qui fonde la légitimité de la possession territoriale sur la détention d'un titre et non sur le consentement de la population (§1). C'est pour pallier cette contradiction que le système territorial américain conçoit le pouvoir du gouvernement fédéral sur les territoires fédéraux non en terme de souveraineté, mais de *trust* – en une solution annonciatrice du système des mandats de la S.D.N.¹⁵⁸⁵ et, surtout, du *trusteeship system* de l'ONU¹⁵⁸⁶ – grâce auquel le pouvoir ne s'exerce *qu'à la condition du respect du droit à l'étaticité des habitants* (§2).

§1 – Problème de conciliation du droit à l'étaticité et de la souveraineté territoriale dans la construction classique du droit international

L'existence au XVIIIe siècle d'une conception matérielle du territoire, d'après laquelle le droit international ne se contenterait pas de fixer les cercles de compétences étatiques absolues, mais prescrirait également la manière de gouverner les habitants inclus dans ces cercles¹⁵⁸⁷, ne doit pas masquer les difficultés théoriques et pratiques auxquelles se heurte cette idée.

Chez Vattel déjà, l'articulation du principe d'indépendance et d'exclusivité du pouvoir de l'État sur son territoire avec celui de gouvernement démocratique des habitants ne va pas sans poser certaines difficultés : d'une part en effet, il existe à l'obligation d'obtenir le consentement du peuple en cas de changement territorial d'importantes exceptions¹⁵⁸⁸ – vraisemblablement exposées pour réduire l'écart avec une pratique tout à fait contraire à l'argument selon lequel la population doit consentir aux démembrements de l'État¹⁵⁸⁹ ; d'autre part, s'il reconnaît ce droit de *self-governement* et d'*indépendance*, Vattel et la doctrine internationaliste en général ne disent alors rien des moyens de l'actualiser¹⁵⁹⁰. Ainsi, le consentement du peuple n'est pas toujours nécessaire en théorie, et pour ainsi dire inexistant en pratique ; quand bien même il est reconnu en doctrine, cette même doctrine ne précise pas les moyens de son actualisation, dont la pratique a montré que la seule voie était celle de la révolution.

Or, l'évolution du droit international au cours du XIXe siècle est celle d'une disparition presque totale de ces difficultés – au profit cependant d'une définition exclusivement formelle du territoire. Cette évolution se manifeste essentiellement par une définition de l'espace étatique en terme de « propriété », le droit international se limitant, comme le droit interne pour la propriété privée, à la délimitation d'espaces clos dont l'utilisation lui est indifférente – seul étant pertinent juridiquement le *mode d'acquisition* du titre territorial et non la *forme de gouvernement* des habitants du territoire concerné. La comparaison des définitions du « territoire » et des mutations territoriales dans la doctrine internationalistes est éloquente à cet égard – il suffit pour s'en convaincre de comparer la définition vattelienne du territoire – qui date de 1758 – à la définition wheatonienne – qui date de 1847.

On se souviendra que chez Vattel, « le pays qu'une Nation habite, soit qu'elle s'y soit transportée, soit que les familles qui la composent, se trouvant répandues dans cette contrée, s'y soient formées en corps de société politique (...) est l'établissement de la Nation ; elle y a un droit propre et exclusif » qui « comprend deux choses : 1°. le *Domaine*, en vertu duquel la Nation peut user seule de ce pays pour ses besoins, en disposer et en tirer tout l'usage auquel il est propre. 2°. l'*Empire*, ou le droit du souverain Commandement, par lequel elle ordonne et dispose à sa volonté de tout ce qui se passe dans le pays »¹⁵⁹¹. Deux éléments de cette définition sont importants ici : d'une

part, l'origine du titre territorial, qui est essentiellement à rechercher *dans la cohésion politique de la société établie* ; d'autre part, la nature des droits détenus par l'État sur son territoire, à la fois droit d'empire et droit de domaine, *qui saisissent l'espace dans sa double dimension de chose et d'étendue*, laissant ainsi la place à une dissociation des droits et obligations de l'État en fonction de la dimension spatiale considérée.

Chez Wheaton, la définition a changé sur ces deux points. Pour ce dernier en effet « le droit exclusif de chaque État indépendant à son territoire et à ses autres biens, est fondé sur le titre originairement établi par l'occupation, la conquête ou la cession, et postérieurement confirmé par la présomption qui résulte du laps d'un long espace de temps, ou par des traités et d'autres contrats avec des États étrangers (...). Ce droit exclusif comprend les biens publics ou domaine de l'État »¹⁵⁹². Ainsi, non seulement *l'origine de la possession territoriale n'est-elle plus à rechercher dans le critère de la cohésion politique du corps titulaire du droit territorial* ; mais encore ce droit s'est-il réduit à un droit de propriété – c'est le titre du chapitre dans lequel Wheaton évoque la question du territoire – qui ne laisse plus de place aux individus.

L'énumération des *modes d'acquisition* et du mécanisme de la prescription, simple fait, a ainsi remplacé la référence au politique, acte de volonté. Chez Vattel, la confirmation de la possession territoriale ne découlait pas du « long laps de temps » à laquelle il est fait référence ici, mais du consentement de la population qui, se faisant, pouvait légitimement la refuser¹⁵⁹³. Une affirmation qui conduisait l'auteur du *Droit des gens*... à conditionner la validité de la conquête à la possibilité pour les habitants des territoires conquis de la refuser¹⁵⁹⁴. Tel n'est pas le cas chez Wheaton, qui ne fait aucune référence au droit du peuple à se gouverner lui-même, ni à l'obligation pour l'État d'obtenir le consentement de sa population avant un transfert territorial.

Cette évolution vers une conception patrimoniale de l'espace étatique, selon laquelle « l'État exerce sa puissance sur le territoire comme sur un objet réel, à la façon dont le propriétaire, en droit privé, exerce son droit sur une chose » et qui « partage avec la propriété du droit privé, le caractère tout spécial de l'exclusivité et de la possibilité de libre disposition »¹⁵⁹⁵, ira se renforçant en cours de la seconde moitié du XIXe siècle. Interrogeant l'existence d'un principe servant à la répartition rationnelle des territoires étatiques¹⁵⁹⁶,

Fauchille répond, et la quasi-totalité de la doctrine internationaliste avec lui¹⁵⁹⁷, par la négative : le territoire d'un État « a sa source dans les circonstances les plus diverses. *Simple conséquence des faits, il ne saurait avoir une base vraiment juridique* »¹⁵⁹⁸. Dans une telle perspective, le peuple ne peut être qu'absent des principes du droit international : le territoire est un espace clos dont les habitants sont transparents au regard de ce droit¹⁵⁹⁹.

Comme l'a noté Carty, l'ensemble de cette évolution « conduit à épouser la doctrine de l'effectivité », selon laquelle le droit international « confère une légitimité supplémentaire à l'ordre des choses établies, dès lors qu'elles présentent une garantie de durée suffisante »¹⁶⁰⁰. Le droit international se contente de délimiter des espaces, sans s'intéresser à la légitimité politique de cette possession territoriale¹⁶⁰¹. La légitimité du titre territorial en droit international, telle qu'elle a été pensée au cours du XIXe siècle et telle qu'elle a été pratiquée, repose ainsi sur le curieux retournement d'un principe – la légitimité – qui, exprimant normalement « la conformité, appréciée subjectivement, des règles juridiques en vigueur, à un ensemble de règles non écrites, émanant d'un ordre de valeurs supérieur », se voit réduit par le droit international à l'un des termes de sa définition – l'effectivité de l'ordre juridique. Cette conception du droit international signifie-t-elle dès lors autre chose que l'absence de valeur morale sur laquelle repose la possession territoriale ?¹⁶⁰².

§2 – Solution américaine du trust territorial

Les Pères Fondateurs de l'Union américaine ont assuré au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes une traduction juridique effective et pacifique, car échappant aux difficultés de la construction classique du droit international telle qu'exposée ci-dessus : à un « droit du territoire » conçu « comme un droit de la répartition des compétences »¹⁶⁰³, le système américain substitue un « droit du territoire » conçu comme un droit de la répartition des compétences *et du respect du droit du peuple à se gouverner lui-même*. Le statut juridique du territoire intra-fédéral non-étatique en effet ne peut être défini en terme de souveraineté : pour assurer aux habitants des territoires un droit effectif à se gouverner eux-mêmes, et dépasser ainsi l'« exclusion logique » de la souveraineté territoriale et du droit à l'autodétermination¹⁶⁰⁴,

les territoires fédéraux sont le lieu d'un *trust* territorial (A) dont les habitants sont les bénéficiaires (B).

A. *Définition du trust territorial*

D'après la Cour Suprême dans l'arrêt *Pollard's Lessee v. Hagan*, qu'elle rend en 1845, « les États-Unis n'ont jamais eu aucune souveraineté interne, aucun droit ou compétence générale sur le sol et au territoire, *sauf de manière temporaire, afin d'exécuter les trusts* créés par les législatures de la Virginie et de la Géorgie et par le traité signé avec la France en avril 1803 »¹⁶⁰⁵. Défini comme une « forme toute spéciale de propriété »¹⁶⁰⁶ propre au droit anglais des biens (1), le *trust* est transposé aux États-Unis – conformément à la recommandation, déjà citée, de John Adams de « régler la question des droits territoriaux par les principes du *Common Law* »¹⁶⁰⁷ - à la relation entre le gouvernement fédéral et le peuple des Territoires fédéraux (2).

1. *Définition traditionnelle du « trust »*

Si l'on se reporte aux dictionnaires juridiques les plus consultés à l'époque qui nous intéresse, on trouvera du *trust* une définition homogène. Tant le *Burrill's Dictionary* que le *Wharton Law Lexicon* définissent en effet cette institution comme « un droit, titre ou intérêt équitable à une propriété, réelle ou personnelle, distincts de la propriété légale ». La définition est ainsi précisée : « le propriétaire en droit (appelé *trustee*) détient le *dominion* direct et absolu sur la propriété au regard du droit, mais les revenus, profits et bénéfices qui tombent entre les mains du *trustee* appartiennent aux personnes qui, titulaires du titre équitable, sont appelées “cestui-que-trust” »¹⁶⁰⁸. Ainsi s'agit-il d'une institution qui, pour utiliser un vocabulaire avec lequel le juriste continental est plus familier, distingue entre la « propriété fiduciaire et la propriété bénéficiaire »¹⁶⁰⁹ : le *trust* est bien constitutif d'un transfert de bien du propriétaire originel – appelé « *settlor* » - vers le *trustee*¹⁶¹⁰, ce transfert s'accompagnant, c'est là bien évidemment le point essentiel, de l'obligation pour le *trustee* « de détenir des biens et les gérer dans l'intérêt des bénéficiaires ou dans un but déterminé, charitable ou non »¹⁶¹¹. Aussi, si le *trustee* apparaît dans ce schéma, ainsi que le soulignent les définitions présentées ci-dessus, comme le propriétaire aux yeux des tiers¹⁶¹², son droit de

propriété est nécessairement limité par les droits que détiennent sur la chose concernée par le *trust* les « cestui-que-trust », c'est-à-dire les bénéficiaires du *trust*. C'est cette obligation qui relève de l'équité, quand la propriété relève du *Common Law* : les bénéficiaires du *trust* pourront agir en Justice pour faire valoir le non-respect par le *trustee* des obligations d'équité qui pèsent sur lui en vertu du *trust*¹⁶¹³. Opposable aux tiers, le titre de propriété du *trustee* se distingue ainsi de ses obligations, qu'il peut se voir forcer de respecter.

Parce qu'elle ressemble à certaines institutions que connaît le droit international, et parce que cela permet d'en préciser les caractéristiques, il faut cependant encore distinguer le *trust* d'autres institutions qui, parce qu'elles s'en rapprochent, pourraient être confondues avec ce dernier.

Il en va ainsi, par exemple, du mandat, le *trustee* pouvant être facilement confondu avec un mandataire en ce que pèsent sur lui certaines obligations dictées par un tiers¹⁶¹⁴. Cependant, le *trust* lui n'accorde aucun droit à ceux qui l'ont institué – à la différence expresse du mandat, qui repose précisément sur une mission confiée par les mandants au mandataire. Comme le note Lepaulle, « une fois le trust constitué, le *settlor* n'a plus, à moins de stipulation expresse, aucun droit sur le trust ; il y est étranger : il ne peut ni révoquer le *trustee*, ni lui demander des comptes, ni lui donner des directives »¹⁶¹⁵. Seuls les bénéficiaires du *trust* ont alors les moyens d'agir contre le *trustee* pour lui faire respecter ses obligations.

Mais le *trust* se distingue également d'un simple contrat : s'il est nécessaire qu'il soit institué « par des termes qui témoignent de sa mise en place, définissent un sujet, et concernent un objet spécifié »¹⁶¹⁶, non seulement ces obligations matérielles ne supposent aucune forme particulière mais encore, et surtout, il n'existe entre le *trustee* et le(s) bénéficiaire(s) du *trust* aucun contrat ni aucun acte juridique : « le *trust* est une opération équitable qui naît indépendamment de tout accord et sans contrepartie » précise ainsi M.-F.Papandréou, ajoutant, ce qui achève de distinguer le *trust* d'une relation de type contractuelle, que « peuvent le faire exécuter les bénéficiaires qui sont des tiers à l'acte constitutif, n'ont pas fourni de contrepartie, et peuvent même ne rien savoir de son existence, notamment parce qu'ils ne sont pas nés »¹⁶¹⁷. Ainsi, même dans le cas où le *trust* est institué par contrat entre les *settlers* et le *trustee*, le régime du *trust* ne dépendra par la suite que de l'*Equity*.

C'est pourquoi, comme le note Lepaulle, « le trust semble indissociablement lié à la distinction entre *Common Law* et *Equity* ». Cela devrait conduire à refuser son application à tout système juridique étranger à cette distinction. On notera toutefois que la majorité des auteurs reconnaissent que l'absence de cette distinction entre *Common Law* et *Equity* n'interdit pas l'implantation de l'institution du *trust* dans d'autres systèmes juridiques¹⁶¹⁸ : de manière générale, le *trust* peut désigner toute institution juridique, inspirée de cette distinction, se caractérisant par la remise d'un *bien* à une personne qui en est dès lors propriétaire, quoique certaines obligations pèsent sur la façon dont elle devra gérer cette propriété.

On notera toutefois que la distinction entre *Common Law* et *Equity*, si elle n'est pas nécessaire à l'existence pratique d'un *trust*, demeure néanmoins utile pour comprendre la nature de l'obligation qui pèse sur le *trustee* – et se révèle même particulièrement fertile si la nature de cette obligation est rapprochée de celle qui pèse sur les États lorsqu'ils confluencent un traité international. L'*Equity*, dont il est temps à présent de donner une définition, renvoie en effet à une obligation de nature essentiellement morale. Lorsqu'il définit le *trust*, Burrill's précise ainsi bien, dès le début de sa définition, que l'élément de base du *trust* est la *confiance* : « le *trust*, dans ses éléments les plus simples, est la *confiance* placée en une personne, que l'on appelle *trustee*, au bénéfice d'une autre, que l'on appelle *cestui-que-trust* ; et cette *confiance* est relative à une propriété, qui est ainsi détenue par le premier au bénéfice du second »¹⁶¹⁹. C'est en effet l'origine même de l'*equity* que de « forcer les personnes à honorer leur parole » car elle « traite toute promesse comme étant sacrée et comme produisant des effets juridiques immédiats »¹⁶²⁰.

Comme l'obligation en droit international, l'obligation d'*equity*, qui fonde l'institution du *trust*, est ainsi une obligation d'ordre moral, qui oblige son destinataire non pas tant parce qu'il encourt une sanction qu'en raison de la promesse qu'il a formulée. En appeler à l'équité, c'est ainsi en appeler à la justice, et au respect de la parole donnée – tout comme le droit international, pour fonder la force obligatoire des traités, en appelle au principe *pacta sunt servanda*. Le *trust* a ainsi ceci de particulier que, né d'une distinction propre au monde juridique anglais, il est fondé sur des notions

qui le dépassent largement et qui, par conséquent, rendent pensable son application à d'autres types de relations. C'est ce que démontre l'institution, aux États-Unis, entre le gouvernement fédéral et les États, d'un *trust* destiné à donner à l'espace non-étatique un statut juridique.

2. Application du trust à la relation entre le gouvernement fédéral et les Territoires fédéraux

Pour qu'il soit possible de parler de « *trust* », il est ainsi nécessaire, d'après la définition exposée ci-dessus, de démontrer, d'une part, l'existence d'un transfert de titre entre deux entités existantes, et, d'autre part, l'existence à la charge de l'entité cessionnaire d'une obligation de gérer les droits transférés pour le bénéfice d'un tiers. Tel est bien le cas de la relation mise en place aux États-Unis dès les années 1780 entre les États membres ou étrangers, le gouvernement fédéral, et les habitants des Territoires fédéraux.

En effet, et tout d'abord, le gouvernement fédéral est bien détenteur sur l'espace intra-fédéral non-étatique d'un titre territorial, qui lui a été transféré par des États membres ou étrangers. Du 1^{er} mars 1781¹⁶²¹ au 20 avril 1802¹⁶²², les sept *landed states* – ces anciennes colonies qui, sur le fondement de leurs chartes constitutives, revendiquaient certaines parties de l'espace que possédait la Couronne britannique avant l'Indépendance¹⁶²³ – ont adopté des actes législatifs disposant qu'ils « transfèrent aux États-Unis assemblés en Congrès, pour le bénéfice desdits États, tous leurs droits, titres et revendications, tant au sol qu'au gouvernement, sur le territoire compris dans la limite de [leurs] chartes »¹⁶²⁴. Ces actes font ensuite l'objet d'une discussion au Congrès des États-Unis, à l'issue de laquelle ils sont mis au vote et, dans tous les cas qui nous concernent ici, acceptés¹⁶²⁵. Ces actes sont bien constitutifs d'une mutation territoriale par laquelle un État abandonne ses titres et droits territoriaux au profit d'un autre État¹⁶²⁶ – ou, en l'espèce, au profit d'une autre entité, elle aussi sujet du droit international.

A de rares exceptions près, il n'est jamais remarqué par les acteurs politiques de l'époque qui nous intéresse que les actes adoptés par les anciennes colonies sont ainsi, quant à leur objet et à leurs conséquences, similaires aux traités signés par les États-Unis

avec des États étrangers à l'Union¹⁶²⁷. Car si les États-Unis détiennent un titre sur l'espace intra-fédéral non-étatique à la suite de ces mutations territoriales opérées par actes unilatéraux, sont également constitutifs d'un tel titre les nombreux traités conclus avec des États étrangers ou les Nations indiennes au cours du XIXe siècle, par lesquels l'expansion territoriale américaine a été réalisée.

Il en va ainsi, par exemple, du premier d'entre eux, signé avec la France en 1803. Selon ce traité en effet, « le Premier Consul de la République Française, désireux d'apporter aux États-Unis une preuve irréfutable de son amitié, cède par le présent, au nom de la République française, pour toujours et en pleine Souveraineté, ledit territoire »¹⁶²⁸. Tant le traité de Paris de 1783¹⁶²⁹, que les traités suivants, sont rédigés dans les mêmes termes quant à l'objet de la cession¹⁶³⁰.

Si, du point de vue des États membres et étrangers, les États-Unis, représentés par le gouvernement fédéral, sont ainsi « souverains » sur le territoire intra-fédéral non-étatique - tout comme le *trustee* est, dans la définition traditionnelle du *trust*, propriétaire du bien concerné par le *trust* – le gouvernement est également, et surtout, le *trustee* des habitants des Territoires fédéraux : il a en effet l'obligation de gouverner cet espace *pour le bénéfice* des « futurs États » - d'où l'importance du *trust* qui permet la prise en compte de sujets de droit non encore nés – que formeront leurs habitants.

La lecture de l'acte de renonciation de la Caroline du Nord, adopté en août 1790, est révélatrice à cet égard. En effet, tout en définissant la nature du droit transféré aux États-Unis en terme de « souveraineté »¹⁶³¹, on y lit, également et surtout, pas moins de dix conditions précisant la façon dont les États-Unis devront gérer cet espace. C'est ainsi par exemple que les terres cédées devront être considérées comme un « fonds commun » et que le Congrès devra administrer ce territoire de telle manière à ce qu'y soit érigé « un ou plusieurs États ». Le Congrès devra ainsi assumer le gouvernement du territoire, en protéger les habitants contre les ennemis, et ne pas priver de leurs priviléges les habitants de ce territoire. Aucune disposition ne devra en outre permettre l'émancipation des esclaves¹⁶³². Quant à l'acte de renonciation de l'État de New York, il dispose tout également que les droits cédés le sont « pour l'usage et le bénéfice exclusifs

des États parties aux Articles de la Confédération ou de ceux qui le deviendront », les terres concernées devant dès lors être données, disposées et appropriées selon ce que le Congrès des États-Unis ou confédérés ordonnera »¹⁶³³.

Les traités signés avec la France, l’Espagne ou la Russie et portant transfert de titre territorial sont à l’avenant : les traités du 30 avril 1803, portant cession de la Louisiane française, et du 22 février 1819, portant cession de la Floride espagnole, stipulent ainsi en leurs articles III et VI respectifs que le Congrès devra accorder aux habitants de ces territoires certains droits et priviléges, et surtout qu’ils devront être, ainsi que nous l’avons déjà vu, « incorporés à l’Union »¹⁶³⁴. Quant au traité signé en 1867 avec la Russie pour le transfert du titre territorial sur l’Alaska, il inclut en son article III une disposition similaire, quoiqu’elle ne dise rien de cette incorporation¹⁶³⁵.

Selon ces titres, le Congrès ne peut donc user des droits transférés qu’en vue d’un certain but. La condition principale tient à la *destination* de ce territoire, puisque le Congrès doit utiliser son pouvoir de telle manière à ce que soit érigé sur cet espace « un ou plusieurs États ». C’est en ce sens qu’a été adoptée l’ordonnance de 1784¹⁶³⁶, puis, sur son modèle, l’ordonnance de 1787, qui, considérées comme un « contrat » entre les États et le Congrès¹⁶³⁷, encadrent le processus de gouvernement de cet espace, et prévoient les différentes étapes menant au statut étatique - *la détention du territoire devant cesser dès lors que le territoire concerné aura été érigé en État*.

Ainsi, comme le notera Story dans ses *Commentaries...*, « le pouvoir du Congrès sur le territoire public » est certes « clairement exclusif et universel, et sa législation n'est soumise à aucun contrôle » - c'est ce que notre premier chapitre a eu pour objet de démontrer – mais ce pouvoir « *n'est absolu et illimité que dans la mesure des conditions posées par les actes de cessions ou par l'ordonnance de 1787* », par laquelle ce territoire a été organisé¹⁶³⁸. Ce sont ces limitations et leur nature qui permettent de qualifier le pouvoir du gouvernement fédéral sur les territoires fédéraux en terme de « trust » plutôt que de « souveraineté ».

B. Qualité de bénéficiaires du trust des habitants

Faute de reconnaître au peuple une personnalité juridique, en raison notamment des principes d'intégrité et de souveraineté territoriales, le droit international, dans sa construction classique et ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, ne peut connaître du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme d'un droit dont le peuple serait lui-même titulaire. Le *trust* territorial institué aux États-Unis permet de contourner cet obstacle : grâce au *trust* en effet, la qualité d'habitant d'un territoire fédéral est juridiquement suffisante pour être reconnu comme « bénéficiaire » d'un droit à l'État (1) – jusqu'à la fin du XIXe siècle tout du moins : à cette date, s'ajoute à cette condition celle de l'origine ethnique (2).

1. *Statut juridique du bénéficiaire du trust*

Dans le droit anglais, la qualité de « *cestui-que-trust* » - c'est-à-dire de bénéficiaire du *trust* – confère à son bénéficiaire un statut juridique particulier. Le premier élément de ce statut est de voir ses intérêts protégés par les cours de justice qui auront à connaître de la gestion du *trust* par le *trustee*. Les définitions les plus générales du *trust* précisent ainsi toujours que les cours de justice pourront forcer le *trustee* à satisfaire les intérêts du bénéficiaire du *trust* et à sanctionner les actions qui y porteraient atteinte¹⁶³⁹. Bénéficiaire d'un « droit à l'étaticité », les habitants des Territoires se voient ainsi protégés contre toute tentative du gouvernement fédéral qui viserait à les priver de ce droit : « Le Congrès n'est que l'agent, ou le *trustee* des États-Unis » lit-on ainsi dans l'arrêt *Dred Scott v. Sandford*, « et ne peut dès lors s'approprier l'objet du *trust* au mépris des bénéficiaires ou *cestui-que-trust* ». C'est ainsi, par exemple, que le Congrès ne pourrait interdire à des citoyens américains d'acquérir des propriétés sur ce territoire¹⁶⁴⁰ – au risque, sinon, que la condition du nombre d'habitants à partir duquel un État peut être érigé ne soit jamais remplie. La Cour a également jugé, dans le même sens, que le Congrès ne pouvait administrer les terres publiques sur les territoires de telle manière à ce que l'État qui doit y être érigé ne puisse, par la suite, en jouir librement¹⁶⁴¹.

Les habitants d'un territoire acquis par les États-Unis se voient ainsi reconnaître, du fait de cette acquisition, une qualité juridique propre – qui ne se limite pas à leur qualité d'« habitant », c'est-à-dire de « personne privée », mais qui les saisit comme une

entité politique – une « communauté », ou encore un « futur État ». Comme le rappelleront les habitants du Territoire du Michigan alors que le Congrès tardait à leur ouvrir la voie à la formation d'un État, l'ordonnance de 1787 constitue un « titre à l'étaticité » que le gouvernement fédéral est contraint de respecter¹⁶⁴².

Le *trust* territorial, parce qu'il est une forme de détention territoriale non-souveraine et qu'il reconnaît au *cestui-que-trust* un droit à l'État, est ainsi un mécanisme juridique qui permet l'actualisation – la « positivation », pour reprendre le terme de Raic¹⁶⁴³ – du droit à l'étaticité. Si nous verrons dans un instant les termes exacts de cette institutionnalisation, il faut insister ici sur ce point : parce que le principe fondamental du système territorial américain est que les territoires nouvellement acquis, quoique placés sous l'administration et le contrôle direct du Congrès, « devaient être considérés comme des États en devenir », c'est-à-dire « se voir reconnaître un droit de se gouverner par eux-mêmes de plus en plus grand », jusqu'à l'admission finale sur un « pied d'égalité » avec les autres États¹⁶⁴⁴, ce système juridique constitue une « institutionnalisation de la Révolution » ou, pour le dire autrement, une institutionnalisation de la création d'entités politiques fondées sur le gouvernement du peuple par le peuple¹⁶⁴⁵. L'obligation d'accorder aux habitants le statut d'État et la procédure mise en place pour y parvenir permettent la création de nouvelles sociétés politiques fondées sur la liberté, sans recours à la violence¹⁶⁴⁶. L'ordonnance de 1787, dont Jefferson a rédigé le modèle en 1784, institutionnalisent ainsi ce que les anciennes colonies avaient réalisé par la force¹⁶⁴⁷.

2. *Conditions d'acquisition de la qualité de bénéficiaire du trust*

Jusqu'à la toute fin du XIXe siècle, l'ensemble des habitants d'un Territoire fédéral jouissent de la qualité de bénéficiaires du *trust* territorial instauré à leur profit entre les États membres et le gouvernement fédéral : comme l'a noté le juge Harlan, les principes du système américain « sont au bénéfice de tous, quelle que soit sa race ou son origine, dans les États de l'Union ou dans les territoires, quelle que soit la façon dont il a été acquis »¹⁶⁴⁸. La résidence sur l'un de ces Territoires constitue, en ce sens, la seule condition d'acquisition de ce « titre à l'étaticité » prévu par l'ordonnance de 1787. Cette condition, cependant, change avec les « *insular cases* ». Si ces arrêts en

effet ont « donné une sanction juridique à l'impérialisme américain », c'est non seulement « parce qu'ils ont supprimé la protection constitutionnelle » des droits de leurs habitants, mais également parce qu'ils ont privé ces derniers « de leur promesse d'étaticité »¹⁶⁴⁹.

Or, la raison de cette exclusion ne laisse guère de doute quant à sa nature. Si les habitants de Puerto Rico, de Cuba ou des Philippines, ces « îles tropicales »¹⁶⁵⁰ n'ont pas de « droit à l'étaticité », c'est que « ces possessions sont habitées par des races étrangères » qui diffèrent des citoyens américains « par leur religion, leurs coutumes, leurs lois, leurs modes d'imposition et de pensée », si bien que « les principes anglo-saxons » ne « peuvent leur être appliqués »¹⁶⁵¹. La « considération pratique dominante » sur laquelle l'arrêt *Downes v. Bidwell* est fondé est bien celle d'une crainte que « des personnes d'une race étrangère » ne deviennent citoyens des États-Unis¹⁶⁵², et de la certitude que jamais les signataires du traité de paix avec l'Espagne n'ait pu souhaiter qu'un « peuple sauvage et semi-civilisé » fasse « partie des États-Unis »¹⁶⁵³.

La privation du « droit à l'étaticité » des habitants de Porto Rico ou des Philippines trouve des justifications similaires dans le débat politique de la fin du XIXe siècle. Ainsi des considérations du Représentant Thomas Spight, d'après lequel ces territoires sont habités par des « habitants de races tout à fait différentes » de celle des citoyens américains, avec lesquels elles n'ont « rien en commun » - si bien que « des siècles ne suffiraient pas » à les assimiler¹⁶⁵⁴. Quant au Représentant John Dalzell, il ne « souhaitait pas » voir le « travailleur des États-Unis, le fermier des États-Unis, mis en compétition avec le semi-esclave bon marché, le travailleur sauvage de l'archipel des Philippines »¹⁶⁵⁵.

Section 2 – Mécanisme d'encadrement de la création de l'État

Le *trust territorial* permet de reconnaître aux habitants des territoires fédéraux un droit à l'étaticité opposable au gouvernement fédéral, là où le peuple d'un territoire concerné par un *titre territorial* ne peut opposer aucun droit positif à son détenteur. Ce que, par contre, le *trust* ne dit pas, c'est *comment*, dans la pratique, la transformation du « Territoire » en « État » devait être réalisée. Car si l'ordonnance de 1787 prévoit l'obligation pour le Congrès de permettre aux habitants des territoires cédés par les anciennes colonies et États étrangers de s'ériger en État, et que la constitution Fédérale donne compétence au Congrès pour admettre ces États au sein de l'Union¹⁶⁵⁶, ces textes sont muets sur la procédure à suivre pour l'exercice de ces compétences.

Une telle procédure, qui accompagne le processus d'étaticité des peuples occupant les territoires fédéraux s'est pourtant très rapidement révélée nécessaire pour assurer la stabilité des relations interétatiques intrafédérales et l'expansion de l'Union. La pratique a ainsi conduit à la mise en place d'un encadrement procédural (§1) et matériel (§2) de la formation de l'État – dont il faut rappeler qu'il ne constitue pas pour autant une « entité interne », une « collectivité territoriale fédérale », mais bien, comme nous l'avons montré tout au long de cette étude, un sujet du droit international : c'est une affirmation constante, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence américaines du XIXe siècle, que les États nés des Territoires fédéraux acquièrent sur l'espace qu'ils occupent un titre territorial fondé sur le droit international¹⁶⁵⁷.

§1 – Encadrement procédural de l'accession à l'étaticité

La technique de l'habilitation (A) s'est révélée la mieux à même de permettre, sous certaines conditions (B), l'encadrement procédural de l'accession à l'étaticité des habitants des territoires fédéraux.

A. Principe de l'habilitation

L'« habilitation » se définit en droit comme « l'investiture légale en vertu de laquelle une personne reçoit le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques », définition que le droit public entend plus précisément comme « la procédure par laquelle une autorité publique en autorise une autre à faire quelque chose

que sans cette permission elle ne pourrait pas faire »¹⁶⁵⁸. Or, comme le notait Kelsen, « la fonction normative de l'habilitation joue en droit un rôle particulièrement important »¹⁶⁵⁹ car l'habilitation est ce qui permet les opérations de production et d'élimination des normes juridiques : si la spécificité d'un système juridique est d'être un système au sein duquel le droit détermine l'apparition et la disparition de ses propres éléments, alors l'habilitation y joue un rôle essentiel¹⁶⁶⁰ – mais absent du système international¹⁶⁶¹, et dans un premier temps du système américain pour ce qui concerne la formation de l'État (1). C'est pour assurer cette juridicité et, par là même, la stabilité de l'ensemble du système interétatique, que la pratique du Congrès¹⁶⁶² va très rapidement évoluer vers l'instauration d'une procédure d'habilitation par laquelle la formation de l'État est autorisée par le droit (2).

1. Du « self-constituted State »...

Ainsi que l'a bien résumé le Pr. Onuf, la période qui suit immédiatement l'Indépendance des anciennes colonies britanniques est une période où cohabitent différentes conceptions de l'État. Selon une première conception, héritée du passé colonial des États américains, l'État est une entité territoriale, un groupement humain établi sur un espace défini au sein duquel il est souverain ; selon une seconde conception, héritée cette fois de la période révolutionnaire, ce qui définit l'État n'est pas tant son territoire que son origine : l'État est cette communauté instituée par le peuple lui-même, en vertu de son droit naturel à se gouverner lui-même ; enfin, selon une troisième et dernière conception, découlant cette fois de l'union des anciennes colonies, l'État est une entité reconnue comme telle par ses semblables¹⁶⁶³. Dans un premier temps, la formation de l'État sur les Territoires fédéraux obéit à la seconde de ces conceptions – car s'appuyant sur l'exemple de la formation de l'État du Vermont.

Premier cas d'admission d'un nouvel État à l'Union que fournit l'histoire des États-Unis, l'État du Vermont, admis par un acte du Congrès du 18 février 1791¹⁶⁶⁴, constitue en effet une illustration d'une définition de l'État comme « entité auto-constituée » - et démontre, surtout, l'incompatibilité d'une telle définition avec la stabilité de l'ordre interétatique. Cet État en effet est le résultat d'une sécession d'une partie de la population de l'État de New York, sécession fondée sur une « doctrine du

Vermont »¹⁶⁶⁵ qui n'est rien d'autre que la reprise des principes proclamés par la Déclaration d'Indépendance de 1776. En Juillet 1777 en effet, vingt-huit villes situées dans les frontières de l'État de New York adoptent leur propre constitution et déclarent leur Indépendance vis-à-vis de cet État – *au motif que le peuple possède un droit d'établir de nouveaux États et de nouveaux gouvernements*¹⁶⁶⁶. Comme le note encore le Pr. Onuf, le Vermont est donc devenu un État parce que le peuple a consenti à sa formation – et non parce qu'il avait toujours existé en tant qu'entité politique ou parce que cette qualité lui était conférée par une autorité supérieure¹⁶⁶⁷. Face aux anciennes colonies, dont l'étendue spatiale et les traits culturels et politiques avaient été déterminés par les chartes royales, le Vermont constitue ainsi le premier exemple d'un État ne reposant ni sur un territoire existant, ni sur une communauté existante¹⁶⁶⁸. Le schéma est en tout point similaire à ce que connaît le système international, et il est intéressant de noter que la formation de cet État devait conduire les anciennes colonies britanniques à opposer une argumentation contre-révolutionnaire à la volonté d'autodétermination de cette partie de la population de l'État de New York¹⁶⁶⁹, mettant en avant l'un des arguments juridiques les plus fréquemment opposés au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – et que l'on retrouve dans certains des mémoires déposés devant la C.I.J. dans le cadre de la demande d'avis sur la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo¹⁶⁷⁰ : celui d'une atteinte à l'intégrité territoriale de l'État existant et de la multiplication incontrôlée des États en cas de reconnaissance d'un tel droit¹⁶⁷¹.

Dans le cas du Vermont, comme dans celui, quelques années après, de l'État du Kentucky, issu d'une sécession amiable d'avec l'État de Virginie¹⁶⁷², il n'est donc pas possible de parler d'un encadrement juridique de la formation de l'État au sein de l'union américaine. Bien au contraire, la formation de l'État y obéit à une logique classique en droit international, d'après laquelle l'État se forme par lui-même, et ne devient objet d'intérêt juridique qu'à l'issue d'un processus de reconnaissance qui prend la forme, ici, d'un acte d'admission. En février 1791, le Congrès adopte ainsi un acte selon lequel « l'État du Vermont ayant sollicité le Congrès pour être admis comme membre des États-Unis » cet État est « intégré et admis » au sein de l'Union¹⁶⁷³. Or, c'est exactement la même voie que va suivre le Territoire du Tennessee, montrant la difficulté qu'il existe alors de concilier l'idée d'un État « auto-constitué », dont le

Vermont était le parfait exemple, avec celle d'un État dont la formation serait encadrée par une autorité supérieure – en l'espèce, le Congrès.

Le Territoire du Tennessee, constitué par les actes de cession des États de Virginie et de Caroline du Sud¹⁶⁷⁴, est le premier des territoires fédéraux qui ait suivi l'ensemble des étapes menant à l'étatité¹⁶⁷⁵. Or, les réactions comparées du Sénat et de la Chambre des représentants démontrent l'inexistence d'un accord sur la meilleure procédure à suivre pour encadrer ce processus d'étatité, rendu obligatoire par le *trust*.

Alors que Blount, le gouverneur du Territoire, avait demandé au délégué du Territoire au Congrès de déposer un projet de loi autorisant la formation d'un État, ce même délégué estima que c'était au gouverneur « d'organiser un référendum, de réunir une convention constitutionnelle, et de mettre en place un gouvernement étatique, avant de demander l'admission au sein de l'Union »¹⁶⁷⁶. A l'inverse, le comité du Sénat chargé d'étudier la question estima que la transformation du Territoire en État ne pouvait provenir du Territoire lui-même, mais devait être autorisé par le Congrès : « Le Congrès doit avoir », écrit le rapporteur, « décidé que le Territoire cédé soit érigé en un État, avant que ses habitants ne puissent demander leur admission au sein de l'Union »¹⁶⁷⁷.

Les avis de la Chambre des Représentants et du Sénat sont ainsi en nette opposition quant à l'encadrement de cette procédure : selon la première, c'est au Peuple des Territoires d'agir, et d'adopter librement une constitution étatique ; selon le second, le Peuple au contraire doit être *habilité* à entamer cette constitutionnalisation. Cette divergence entraîne des conséquences tout à fait différentes quant à la nature du phénomène étatique au sein de l'union américaine. L'État, dans la conception des représentants du Peuple, est une entité dont la formation ne peut être juridiquement encadrée et que l'Union ne peut dès lors que reconnaître *a posteriori* en admettant cet État en son sein – ce qui, d'une part, est très proche de la procédure de reconnaissance en droit international, et, d'autre part, laisse envisager la possibilité pour cet État de ne jamais demander son admission¹⁶⁷⁸.

C'est précisément ce risque, qui s'était réalisé avec le Vermont¹⁶⁷⁹, que la pratique du Congrès va éviter en instituant une procédure d'habilitation, par laquelle la

formation de l'État est encadrée juridiquement *a priori* – et non plus reconnue politiquement *a posteriori*.

2. ...à l' « enabled State »

La comparaison des procédures suivies respectivement par le Territoire du Tennessee et celui de l'Ohio permet d'illustrer l'évolution des conditions d'accès à l'étatité au sein du système américain, et d'étudier le choix du recours à l'habilitation comme moyen d'encadrer juridiquement la formation des nouveaux États.

Le premier exemple d'habilitation du peuple d'un Territoire à former un État est l'acte adopté par le Congrès le 30 avril 1802 relativement au Territoire de l'Ohio par lequel, c'est son titre, « les habitants de la division orientale du territoire situé au nord-ouest de la rivière Ohio » sont « *habilités à former une constitution et un gouvernement étatique* ». Le titre de l'acte précise également qu'il a pour objet « l'admission de cet État dans l'Union, sur un pied d'égalité avec les États existants »¹⁶⁸⁰. L'adoption d'un tel acte présidera à la formation de tous les États jusqu'en 1836 – date à partir de laquelle le Congrès ne parviendra plus, faute de majorité, à adopter des *enabling acts*, et laissera par conséquent au Peuple des Territoires le soin de former eux-mêmes leurs États puis de demander leur admission au sein de l'Union – en dépit de l'opinion de l'*Attorney General* selon laquelle « un acte d'habilitation du Congrès est nécessaire pour qu'un Territoire puisse réunir une assemblée constituante et établir un gouvernement étatique. Les Territoires n'étant pas souverains, ils ne peuvent entreprendre de tels actes de leur propre chef »¹⁶⁸¹.

Le recours à la technique de l'habilitation assure ainsi un encadrement juridique du processus étatique qui ne remet pas en cause, c'est là tout son intérêt, la définition de l'État comme création du Peuple. L'habilitation en effet, n'est qu'un encadrement, une permission, qui accorde un pouvoir de création normative.

Le pouvoir de la communauté interétatique, en tant qu'entité juridique distincte, se manifeste dans la compétence exclusive qu'elle exerce lorsqu'elle vérifie si les conditions de l'habilitation sont remplies ; à l'inverse, une fois ces conditions validées,

et l'acte d'habilitation adopté, c'est au Peuple de rédiger sa propre constitution et d'élire ses propres gouvernants.

Il s'agit donc, pour le dire autrement, *d'une institutionnalisation de la formation de l'État, et non d'une procédure de création de l'État par une autorité supérieure*. On ne saurait par conséquent conclure avec le Pr. Onuf que les États nés de cette procédure – au demeurant, l'auteur passe sous silence cette notion d'habilitation, qui pourtant figure expressément dans les actes sus-mentionnés – seraient des « créations artificielles, faites par le Congrès pour le bénéfice des États-Unis »¹⁶⁸².

Habiliter le peuple n'est certainement pas créer l'État qui en résultera. C'est au contraire faire d'une liberté anarchique, dont ni la légitimité, ni l'actualisation, ne sont prévues par le droit, une liberté juridique, car soumise à des conditions de légitimité et d'actualisation posées par la communauté interétatique existante.

B. Conditions d'obtention de l'habilitation

L'ordonnance de 1787 fixe certaines conditions à la formation d'un État sur les territoires cédés par les anciennes colonies ou par des États étrangers qui, dès lors qu'a été reconnue la nécessité d'obtenir une habilitation pour former un État, font figure de condition de cette habilitation (1). L'équilibre entre le droit du peuple de former un État, et l'encadrement juridique de ce droit par la communauté interétatique existante, suppose toutefois de déterminer si, dans l'examen de ces conditions, le Congrès, représentant de la communauté des États, dispose d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une compétence liée (2).

1. Nature des conditions

« Une norme est générale ou particulière », écrit G.Tusseau, « selon l'étendue de ses destinataires. Elle est générale si elle s'adresse à absolument tous les individus ou à tous les individus dotés de certaines caractéristiques. Elle est particulière si elle s'adresse à un individu spécifié ou à un nombre d'individus spécifiés »¹⁶⁸³. En ce sens, la norme d'habilitation à la formation d'un État est, dans le

système américain, particulière : chaque norme désigne le Territoire dont le Peuple est autorisé à former un État. Il n'existe pas, pour le dire à l'envers, d'habilitation générale à la formation d'un État dans le système américain, en ce sens qu'il n'existe aucune norme qui reconnaisse un « droit à l'étaticité » *automatiquement actualisable* dès lors que certaines conditions seraient remplies. Cette importante restriction s'explique par les dispositions de la constitution fédérale et celles des actes de cession des anciennes colonies.

Selon la constitution en effet, « aucun nouvel État ne sera formé ou érigé sur le territoire soumis à la juridiction d'un autre État, ni aucun État formé par la jonction de deux ou de plusieurs États, ou parties d'État, sans le consentement des législatures des États intéressés, aussi bien que du Congrès. »¹⁶⁸⁴. Le principe ici posé est donc celui d'une interdiction, qui suppose d'obtenir une habilitation particulière du Congrès pour y déroger. C'est la procédure qui a été suivie par le Kentucky, ainsi qu'en témoigne l'acte adopté par le Congrès le 4 février 1791, par lequel il « déclare consentir à la formation d'un nouvel État au sein du territoire de la République de Virginie »¹⁶⁸⁵. Il n'existe malheureusement aucun autre exemple dans l'histoire américaine de mise en œuvre de cette clause constitutionnelle.

L'autre cas d'ouverture de la procédure d'habilitation à la formation d'un État est celui qui résulte des actes de cession des anciennes colonies et de l'ordonnance de 1787, selon lesquels des États devront être érigés sur les Territoires cédés aux États-Unis. C'est donc, ici, la présence sur un Territoire Fédéral qui ouvre à une partie de la population la possibilité de demander à être habilité à former un État. Pour autant, le seul fait de résider sur un Territoire Fédéral n'est pas pour les habitants de ce Territoire un critère suffisant pour être habilité à former un État, puisque s'ajoute à cette première condition une condition de population.

Tant l'ordonnance de 1784, rédigée par Jefferson, que celle de 1787, rédigée par Monroe, posent en effet comme condition à la formation d'un État un critère tenant à la population du Territoire candidat.

Selon l'article 6 de la quatorzième section du texte de 1787, dès qu'un Territoire aura « soixante mille habitants libres », il devra « être admis, par ses délégués, au Congrès des États-Unis, sur un pied d'égalité avec les États originaires » et sera libre « d'adopter une constitution permanente et un gouvernement étatique ». Le nombre d'habitants exigé a changé entre 1784 et 1787, puisque dans la première rédaction, c'est le nombre d'habitants de l'État le moins peuplé qui était pris en compte pour fixer le minimum requis. On remarque également que le texte de 1787 ajoute une intéressante précision, puisque le chiffre ainsi institutionnalisé peut être écarté dès lors que l'intérêt de la Confédération est d'admettre un Territoire avant que sa population n'ait atteint le seuil requis¹⁶⁸⁶.

Peu d'études se sont focalisées sur cette condition de population¹⁶⁸⁷, et peu d'explications au nombre fixé sont disponibles. Il est possible d'avancer plusieurs hypothèses : calqué sur l'évolution politique des anciennes colonies britanniques, le nombre d'habitants libres aurait été fixé de telle manière à créer des États ayant sur ce point une caractéristique similaire à la plus petite des anciennes colonies au moment de l'Indépendance, ce que retranscrit très bien l'ordonnance de 1784¹⁶⁸⁸; mais c'est surtout l'édiction en 1787 d'un seuil fixe de population à atteindre, et la référence à l'intérêt de l'Union comme condition d'une possible exception au respect de ce seuil, qui fait signe vers l'hypothèse la plus probable et la plus intéressante.

En effet, à la différence du critère de population que retient le droit international, critère purement formel puisque tenant non pas au nombre des individus la composant mais à sa permanence¹⁶⁸⁹, l'édiction d'un nombre fixe fait signe vers une conception matérielle de l'égalité des États. En exigeant un nombre déterminé d'habitants pour l'accession à l'étaticité, l'Ordonnance de 1787 ne faisait que traduire l'une de ces exigences premières, à savoir l'admission des nouveaux États « sur un pied d'égalité » avec les États originaires. Il était alors bien compris qu'une simple égalité formelle ne saurait suffire : comme le note le Pr. Onuf, « un grand nombre de membres du Congrès craignaient que des petits États peu peuplés (...) n'égaleraient jamais la richesse et la population des États originaires »¹⁶⁹⁰.

2. *Nature du pouvoir d'examen des conditions*

Si, comme nous l'avons montré plus haut, la procédure d'habilitation à la formation d'un État ne saurait être confondue avec une procédure de création de cet État, il n'en demeure pas moins qu'elle confère à l'autorité habilitante un important pouvoir, puisque le refus éventuel d'habiliter un peuple à former un État reviendrait en pratique à refuser à ce peuple la possibilité de jouir de son droit de libre détermination.

La question du pouvoir du Congrès d'accorder ou non une habilitation peut s'analyser d'après les figures juridiques bien connues du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée. Il s'agit, autrement dit, de déterminer si, les conditions posées par l'ordonnance de 1787 étant remplies, le Congrès a l'obligation d'accorder l'habilitation, ou bien s'il peut au contraire décider de ne pas l'accorder.

Or, la pratique démontre que le Congrès a entendu ce pouvoir d'habilitation comme un pouvoir discrétionnaire, et ce à un double titre. En effet, le Congrès s'est, tout d'abord, approprié le pouvoir de redéfinir les frontières des « Territoires ». Il s'est également, ensuite, approprié le pouvoir de compléter les conditions originellement exigées pour obtenir une habilitation.

Si la condition de résidence sur un Territoire fédéral ouvre le droit à l'étaticité¹⁶⁹¹, le Congrès reste ainsi la seule autorité compétente pour déterminer précisément les frontières du Territoire concerné par l'habilitation à former un État. En saisissant le Congrès pour obtenir son habilitation¹⁶⁹², le Peuple d'un Territoire est à l'origine de ce processus, mais le Congrès reste maître de la détermination du Territoire auquel il entend accorder cette habilitation. L'acte d'habilitation type adopté par le Congrès commence ainsi par une définition précise des frontières du « Territoire » dont le Peuple est destinataire de l'habilitation à former un État¹⁶⁹³. C'est ainsi sur une base territoriale, et non politique, que le « Peuple » habilité est défini.

Cette définition de l'acteur habilité démontre le souci de stabilité de la communauté interétatique qui fonde la procédure d'habilitation à la formation d'un État.

En effet, et tout d'abord, en définissant les frontières des « Territoires », le Congrès agit, cette fois, comme le véritable créateur de ces entités : « un territoire est une pure création du Congrès » écrit ainsi Douglas¹⁶⁹⁴. Aucun critère ne préside à la définition de ces frontières, si ce n'est le souci d'une égalité *de facto* des futurs États. Dans un projet qui préfigure assez largement le système mis en place par les ordonnances de 1784 et 1787, l'anglais John Cartwright écrivait par exemple que la définition *a priori* des frontières avait pour objectif de préserver la « future balance des pouvoirs des États anglo-américains » : « ne serait-il pas opportun » poursuivait-il, « que les limites et frontières de chacun d'entre eux, qu'ils ne pourront plus modifier par la suite, soient redéfinis par la *Grand British League and Confederacy* ? »¹⁶⁹⁵. L'argument se retrouve au Congrès lors des débats qui ont accompagné l'adoption des ordonnances territoriales¹⁶⁹⁶, et découle également presque naturellement des controverses territoriales post-révolutionnaires, qui mirent en avant les dangers des disparités de taille des anciennes colonies¹⁶⁹⁷. Le seul critère de définition de l'étendue spatiale des « Territoires » est ainsi celui d'assurer la stabilité de la communauté interétatique dans son ensemble, sans que la population de ces Territoires n'ait à se prononcer sur ce point.

Or, et c'est la seconde manifestation du rôle de la communauté interétatique dans la fixation des critères nécessaires à l'accession à l'étatité, la question du consentement de la population à la détermination des frontières des Territoires a soulevé d'importants débats, notamment au moment de la demande du Michigan d'accéder au rang d'État. En effet, si l'ordonnance de 1787 définit les frontières des Territoires¹⁶⁹⁸, elle ne dit rien de la possibilité pour ce dernier de redéfinir par la suite l'étendue spatiale de ces entités. La réponse donnée par le Congrès est significative de la priorité donnée aux États existants sur les États en devenir : aux arguments des habitants du Territoire du Michigan selon lesquels l'Ordinance constituait un « titre à l'étatité » fixant des frontières ne pouvant être changées¹⁶⁹⁹, notamment parce qu'une telle possibilité serait « contraire au principe d'égalité des États »¹⁷⁰⁰, le Congrès devait répondre que si le « peuple » des Territoires est souverain, seul le Congrès peut déterminer ce « peuple » en fixant librement les frontières de ces Territoires¹⁷⁰¹. Il faut noter, en outre que la condition tenant à la population, nécessaire pour obtenir l'habilitation du Congrès à former un État, fut en pratique réduite à néant par la compétence du Congrès de définir les limites des territoires habilités à former un État : définir l'étendue du territoire

revient, *de facto*, à définir la population qui l'occupe¹⁷⁰². Il reste que cette condition démontre l'importance accordée par les rédacteurs des ordonnances territoriales à la stabilité de l'ordre juridique interétatique.

La définition du peuple habilité à former un État dans le système américain est ainsi défini selon une logique qui sera également celle du droit international dans la seconde moitié du XIXe siècle. Le « droit à l'étatité » n'est garanti qu'à des « peuples » dont le critère de définition est territorial et non politique : comme dans la conception onusienne du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, c'est le « territoire qui définit le peuple », et non le peuple le territoire¹⁷⁰³.

§2 – Encadrement matériel de l'accession à l'étatité

L'acte d'habilitation par lequel le Congrès autorise le Peuple d'un Territoire à former un État permet au premier de poser à la formation du second certaines conditions. L'*enabling act* constitue ainsi un moyen pour la communauté interétatique d'assurer sa stabilité et, ce qui n'est pas exclusif de ce premier motif, d'assurer le respect des valeurs qu'elle estime essentielles¹⁷⁰⁴ (A). Toutefois, parce qu'il s'agit d'autoriser l'érection d'un *État* territorialement souverain, le pouvoir de l'autorité habilitante doit nécessairement être limité, au risque sinon de voir le nouvel « État » n'être ni souverain, ni indépendant. Les conditions que peut poser l'autorité habilitante à la formation d'un État sont par conséquent limitées par l'objectif recherchée par l'autorité habilitée (B).

A. Conditions pesant sur l'autorité habilitée

La première des conditions posées par le Congrès dans les actes d'habilitation à la formation d'un nouvel État tient à la forme du gouvernement que cet État devra adopter, ce qui est une prescription constitutionnelle que le Congrès ne fait alors que reprendre (1). La pratique cependant y a ajouté des conditions *ad-hoc*, destinées à protéger la communauté interétatique des risques que lui ferait courir la formation d'un État dont certaines pratiques culturelles, sociales ou politiques seraient contraires aux valeurs fondamentales de cette communauté (2).

1. Forme de gouvernement

Selon l’Article IV, Section 4 de la constitution fédérale, « les États-Unis garantiront à chaque État de l’Union une forme républicaine de gouvernement ». L’article cinq de la quatorzième section de l’ordonnance de 1787 reprend cette condition et précise que la constitution et le gouvernement des nouveaux États « devront être républicains »¹⁷⁰⁵.

Si l’insertion de cette clause dans la constitution a été critiquée par les anti-fédéralistes comme étant attentatoire à la souveraineté de l’État - « je désapprouve toute initiative en ce domaine » écrit par exemple Symmes, car « cela devrait être le privilège de l’État que de régler cette question selon sa propre volonté (...). Il n’importe à aucun État que le gouvernement d’un autre soit administré par un ou deux magistrats, ou par un Roi »¹⁷⁰⁶ - elle a été considérée comme indispensable à la stabilité des relations interétatiques intrafédérales par la doctrine fédéraliste. Citant Montesquieu, Madison peut ainsi écrire dans le quarante-troisième numéro du *Fédéraliste* que « les gouvernements de forme et de nature différentes s’avèrent moins adaptés à une coalition fédérale que ceux de forme et de nature similaires »¹⁷⁰⁷. Selon la formule bien connue, rappelée par Tucker, « l’esprit de la Monarchie, c’est la guerre, et l’expansion de la domination ; la paix et la modération sont l’esprit de la République »¹⁷⁰⁸.

Surtout, l’atteinte à la souveraineté que constitue cette « obligation républicaine » est largement atténuée, selon Madison toujours, par la forme du gouvernement imposée¹⁷⁰⁹ : les interprétations données à cette clause démontrent en effet qu’elle a essentiellement pour objet de garantir des institutions représentatives à chaque État. Dans l’arrêt *in Re Duncan* rendu en 1891, la Cour Suprême a par exemple estimé que « la caractéristique propre de ce type de gouvernement est le droit du peuple de choisir les membres du gouvernement et d’adopter leurs propres lois par le biais du pouvoir législatif des corps représentants, dont les actes sont réputés être ceux du peuple lui-même »¹⁷¹⁰. L’obligation se limite ainsi à l’organisation des pouvoirs publics et au respect de certains grands principes, mais ne saurait aller au-delà et imposer une uniformité législative. Wilson est très clair sur ce point, pour qui « lorsqu’on dit que le

gouvernement de ces États (...) doit être de la même nature, il ne faut pas en déduire que leurs lois et institutions doivent être précisément et exactement conformes. Il est suffisant que les principes fondamentaux de leurs lois et constitutions soient compatibles et cohérents »¹⁷¹¹.

La quasi-totalité des *enabling acts* adoptés par le Congrès font ainsi expressément référence à la condition républicaine comme condition de fond que devra respecter la constitution de l'État dont il autorise la formation¹⁷¹². Cette condition générale, imposée à tous les nouveaux États, traduit très clairement une *politique* de la communauté interétatique. La Cour Suprême ne s'y est pas trompée, qui qualifie la question de « non-juridique » et se refuse à qualifier elle-même un gouvernement de républicain ou non, laissant au Congrès le soin de le déterminer¹⁷¹³. En choisissant une forme de gouvernement, la communauté impose en effet un choix dont elle a établi, en théorie et en pratique, la supériorité et l'intérêt pour le *type* de communauté qu'elle souhaite instituer – et que doivent par conséquent respecter tout membre à venir. En l'espèce, la forme républicaine apparaît comme à même d'assurer et la stabilité de l'Union, et la liberté du peuple, qui sont assurément les deux fondements du projet fédéral.

Il n'est pas anodin cependant de remarquer qu'ils tendent également à devenir ceux de l'ordre juridique international lui-même. Car si le principe selon lequel la nature du régime politique d'un État est indifférente du point de vue de ses relations avec les autres États est un principe bien établi du droit international¹⁷¹⁴, il fait régulièrement, et depuis longtemps, l'objet de discussions qui tendent à mettre en avant l'existence d'un principe de gouvernement démocratique. Comme le remarquait déjà Wheaton au XIXe siècle, la pratique démontre que la reconnaissance de nouveaux États peut être conditionnée par la forme du gouvernement de cet État¹⁷¹⁵. Plus récemment on a pu noter que les cas d'administration internationale de territoire ont tous donné lieu à la mise en place d'États démocratiques¹⁷¹⁶. Selon les articles 1.1., 1.3 et l'Annexe 1 du Projet de Statut pour le Kosovo, ce dernier devait ainsi former une constitution dont les principes soient conformes aux « standards démocratiques les plus exigeants »¹⁷¹⁷.

L'émergence d'un droit du peuple au gouvernement démocratique¹⁷¹⁸ – et, inversement, d'une obligation pour l'État de gouverner démocratiquement sa population – trouve ainsi dans la constitution fédérale et dans l'ordonnance de 1787 un antécédent bien établi.

2. *Conditions ad-hoc*

Si la constitution et l'ordonnance de 1787 permettent ainsi à la communauté interétatique d'imposer au Peuple habilité à former un État certaines conditions relatives à la population minimum et à la forme de gouvernement de ce futur État, la pratique du Congrès a permis également d'imposer d'autres conditions, non prévues par ces deux textes, mais considérées comme nécessaires à la protection des intérêts de la communauté interétatique. Biber a ainsi listé plus de vingt conditions posées par le Congrès à la formation de nouveaux États¹⁷¹⁹, parmi lesquels les plus sensibles furent celles relatives à la polygamie¹⁷²⁰ et à l'esclavage¹⁷²¹, considérées, par le parti républicain notamment, comme « deux reliques du barbarisme »¹⁷²². Le « système Mormon » est également qualifié, à l'occasion de débats au Congrès, de « plus grand crime contre la société établie par le consentement commun des Nations chrétiennes »¹⁷²³. Il n'est pas possible d'évoquer ici dans toutes ses dimensions la question de l'esclavage, mais peut-être peut-on rappeler néanmoins que Madison le qualifiait d'incompatible avec la théorie républicaine du gouvernement¹⁷²⁴.

Car tel est, pour notre propos, l'essentiel : ces conditions *ad-hoc* constituent pour la communauté interétatique un moyen d'imposer au Peuple habilité des conditions destinées à protéger les intérêts jugés essentiels de cette communauté. Que ces conditions se rattachent à la condition relative à la forme républicaine de gouvernement, ou qu'elles concernent plus largement l'homogénéité de la communauté, elles visent à réduire les risques que les spécificités sociales, culturelles ou politiques d'un peuple particulier pourraient faire peser sur les relations des États existants : *ces conditions constituent l'instrument par lequel l'autorité habilitante s'assure que le processus de formation d'un État ne sera pas en même temps un processus destructeur de la communauté interétatique existante*¹⁷²⁵ - ce qui constitue un trait très particulier, s'il est comparé au *trust* tel qu'il existe dans le droit anglais des biens, de ce *trust* territorial.

Le pouvoir ainsi conféré au gouvernement fédéral est d'autant plus grand que la Cour Suprême a refusé de se reconnaître compétente pour analyser si les conditions posées étaient ou non remplies par les nouveaux États. Dans un arrêt *Scott v. Jones* rendu en 1847, le juge Woodbury, auteur du jugement, écrit en effet que « la reconnaissance d'un État membre ne diffère pas de la reconnaissance de l'indépendance ou de l'existence d'un État étranger – et il est bien connu que cette dernière, qui suppose un examen de l'organisation interne de l'État, ne saurait donner lieu à un examen par un tribunal judiciaire »¹⁷²⁶. Le Congrès reste ainsi totalement libre de dire si le Peuple d'un Territoire remplit les conditions nécessaires pour être habilité à former un nouvel État.

B. Condition pesant sur l'autorité habilitante

Ce pouvoir du Congrès est également, bien évidemment, problématique du point de vue de la capacité du Peuple habilité à former un État, puisqu'il le prive des prérogatives normalement attachées au pouvoir constituant. En réponse aux conditions imposées au peuple du Territoire de l'Oklahoma pour former un État, le Sénateur Bailey note ainsi qu'il s'agit d'une « violation du droit souverain » du Peuple¹⁷²⁷. Ce dernier détient en effet de l'Ordinance de 1787 le droit de s'ériger en État, et si le Congrès a l'obligation de mettre en place les procédures nécessaires pour ce faire, il ne peut, tel est l'argument des Peuples concernés, y poser des conditions qui ne figurent pas déjà dans ce texte : « le peuple des Territoires a le droit de former une constitution et un gouvernement ; ce droit leur est garanti par l'ordonnance de 1787, et le Congrès n'a pas le pouvoir de le modifier ou d'en contrôler l'exercice »¹⁷²⁸.

La question centrale soulevée par le droit du Congrès d'imposer des conditions à la formation du nouvel État est donc celle des limites posées à l'autorité habilitante, représentante de la communauté interétatique : le pouvoir acquis par cette dernière doit être contrebalancé par une condition qui évite que le processus de formation de l'État ne se transforme en processus au sein duquel le Peuple ne choisirait aucune de ses lois et

institutions – autrement dit, pour éviter que le processus d'*encadrement* de ne se transforme de *création* d'une entité par la communauté interétatique.

Or, la limite que pose le système américain de formation de l'État à cette autorité est particulièrement intéressante pour l'internationaliste, car elle renvoie à une notion qu'il connaît bien. C'est en effet une condition d'égalité des États qui vient limiter le pouvoir du Congrès lorsqu'il habilite sous condition un Peuple à former un État. L'ordonnance de 1787 posait déjà comme condition à la formation de nouveaux États que ceux-ci soient admis au sein de l'Union « sur un pied d'égalité avec les États originaux »¹⁷²⁹. Cette condition est systématiquement reprise dans les actes d'habilitation, souvent intitulés « acte d'habilitation et d'admission sur un pied d'égalité du Territoire... ».

Ce principe permet d'assurer que l'entité que le peuple est habilité à former aura les mêmes droits que les entités existantes, et que le rôle conféré à la communauté interétatique dans le processus de la formation de l'État n'aboutira pas à une réduction des droits du futur État. Pour le dire autrement, là où le principe d'égalité en droit international joue essentiellement comme un principe protecteur de la souveraineté d'un État à l'égard des autres États, ce principe joue dans le système américain comme un principe protecteur de la souveraineté d'un État futur à l'égard de la communauté interétatique : le principe d'égalité entre les anciens et les nouveaux États » écrit ainsi Dunning, « joue comme un pré-requis nécessaire à l'énorme augmentation du pouvoir de l'autorité centrale »¹⁷³⁰ que constitue l'administration territoriale et l'encadrement juridique du processus étatique par le Congrès. Selon l'interprétation qui lui est donnée, le principe d'égalité vient ainsi limiter ou matériellement, ou formellement, les pouvoirs de l'autorité habilitante.

Selon une première interprétation du principe d'égalité, ce dernier contraint l'autorité habilitante à ne pouvoir imposer comme condition que celle relevant du domaine dans lequel elle est, à l'exclusion des États, exclusivement compétente. Corrélativement à la nature fédérale du système américain, cette interprétation a notamment été celle qu'en a donnée la Cour Suprême en 1911. Dans l'arrêt *Coyle v. Smith*, le juge Lurton écrit en effet que si « le Congrès peut, dans son acte d'habilitation, poser des

conditions relevant de sa sphère de compétence, telle que la régulation du commerce interétatique, les relations avec les tribus indiennes, et la disposition des terres publiques », il ne peut imposer des conditions touchant à des questions « qui relèvent du contrôle étatique »¹⁷³¹.

Une telle interprétation suppose nécessairement une construction fédérale au sein de laquelle l'autorité habilitante possède, avant et après la formation du nouvel État, certains pouvoirs exclusifs qui permettent d'évaluer son pouvoir *pendant* la période de formation. En cela, cette interprétation du principe d'égalité ne saurait être pour l'internationaliste d'un grand intérêt, car l'autorité internationale administrant aujourd'hui certains territoires, à l'image de la mission des Nations Unies au Kosovo, ne saurait être assimilée à une autorité fédérale. L'idée selon laquelle cette autorité ne pourrait, sous peine de rompre le principe d'égalité des États, imposer aux nouveaux États des conditions qu'elle ne pourrait imposer aux États existants, n'a pas de sens dans le système international actuel.

Beaucoup plus intéressante pour l'internationaliste, quoique nettement plus discrète durant la période qui nous intéresse, l'interprétation formelle de la condition d'égalité fait du peuple habilité le juge de la légalité des conditions imposées par l'autorité habilitante. Ce qui, selon cette interprétation, limite le pouvoir de cette dernière, c'est l'obligation de *respecter la volonté du Peuple d'accepter ou non les conditions posées dans l'acte d'habilitation*. L'égalité n'est donc pas celle d'une égalité matérielle des pouvoirs, mais, dans une perspective volontariste qui rappellera la solution de la CPJI dans l'*Affaire du Vapeur Wimbledon*¹⁷³², une égalité dans la capacité à accepter ou non les conditions proposées par le Congrès : c'est cette capacité que l'autorité habilitante doit respecter.

Cette interprétation est celle qu'a donnée Curtis dans l'ouvrage qu'il a consacré à la question de la condition d'interdiction de la polygamie contenue dans l'acte d'habilitation du Peuple du Territoire de l'Utah. Dans cet ouvrage, Curtis écrit, à propos de la condition de langue imposée aux habitants de la Louisiane, que « quant à cette restriction, le peuple de la Louisiane pouvait, par leur droit souverain de *self-government*, continuer à utiliser leur langue natale dans leurs documents officiels. Mais parce qu'il leur a été demandé de satisfaire, et qu'ils ont satisfait, à cette limitation de leur souveraineté, par contrat avec les États-Unis, il

n'a jamais été supposé que la Louisiane se trouve depuis, au sein de l'Union, dans une position inégalitaire par rapport aux autres États »¹⁷³³. Il en va dès lors de même concernant n'importe quelle condition – et la polygamie tout aussi bien. L'égalité des nouveaux États est assurée par le respect de la volonté du Peuple des territoires de souscrire ou non aux conditions proposées par le Congrès.

*

* * *

« L'État est une institution de droit » écrit le Pr. Combacau, avant de préciser immédiatement qu' « il faut s'entendre sur le sens de cette assertion ». En effet, précise l'internationaliste, « le caractère d'institution légale de chaque nouvel État ne doit pas faire méconnaître sa dette à l'égard des faits : le droit ne vient ici que prendre en compte la réalité matérielle préexistante pour parler d'elle à sa manière : à la collectivité qu'il qualifie d'État, il reconnaît le statut qu'on sait, mais il ne crée par la collectivité »¹⁷³⁴.

C'est précisément cette « dette à l'égard des faits » qu'efface le système interétatique américain, puisqu'à la *prise en compte de la réalité*, ce système substitue un *encadrement juridique* de la naissance de l'État. Alors que le droit international intervient *a posteriori* dans le processus de formation de l'État, le droit intervient, dans le système américain, *a priori* et conditionne ainsi véritablement l'accession à ce statut. La *condition* de cette transformation, c'est la reconnaissance aux habitants du territoire concerné d'un « droit à l'étaticité » et l'obligation pour le détenteur du titre territorial de le respecter. La *conséquence* de cette transformation, c'est la stabilité de la société interétatique, la naissance de l'État n'étant pas le résultat d'un processus violent et factuel, mais pacifique et juridique. En cela, le statut juridique des Territoires fédéraux illustre la volonté des Pères Fondateurs de l'Union américaine de mettre en place un système de « colonisation pacifique » grâce auquel « un continent se remplirait d'États

libres et policés » - à l'inverse d'une expansion européenne « qui se réalisa par la conquête et l'oppression »¹⁷³⁵.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le statut juridique du territoire non-étatique ne « rentre pas », au sein du système fédéral, « dans la vieille conception de la souveraineté, qui lui est étranger »¹⁷³⁶. Si le gouvernement fédéral dispose sur cet espace d'un pouvoir exclusif de gouvernement, ce pouvoir est restreint par l'existence du *trust* qui oblige le Congrès à gouverner ce Territoire de telle manière à ce que les habitants puissent, *in fine*, s'ériger en État.

La constitution de ce *trust* est la conséquence d'un double objectif : celui, d'une part, de ne pas laisser aux États membres la possibilité de revendiquer pour eux-mêmes les espaces non-inclus dans leurs frontières : c'est cette possibilité qui, après l'indépendance de 1776, a plongé les anciennes colonies dans un « état de nature »¹⁷³⁷, illustrant cette idée d'Hamilton que « les controverses territoriales ont été l'une des sources les plus fertiles d'hostilité entre les Nations »¹⁷³⁸ ; celui, d'autre part, de ne pas reconnaître pour autant sur cet espace une souveraineté du gouvernement fédéral, mais au contraire de reconnaître aux habitants de ces territoires le droit d'y créer un État, afin de ne pas reconstituer sur le territoire américain un système impérial dont les anciennes colonies venaient à peine de s'extraire.

Parce qu'il remplit ces deux objectifs grâce à l'invention d'un « *trust territorial* », le système territorial américain constitue le premier exemple, à notre connaissance, d'une *inclusion du statut politique du peuple dans la définition du statut juridique du territoire* : le droit des peuples à se gouverner eux-mêmes est, au sein du système américain, « ancré dans le sol »¹⁷³⁹ - et fonde la création d'États dont il faut rappeler qu'ils sont, une fois le statut étatique obtenu, détenteurs d'un titre territorial au sens du droit international¹⁷⁴⁰.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La construction du statut juridique du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 est, au regard du droit international, à la fois classique et originale.

Construction classique, tout d'abord, car tant le statut du territoire des États-Unis que celui des États membres ou des Nations indiennes est défini grâce aux principes du droit international, d'après lesquels l'État jouit sur l'espace qu'il occupe d'un droit exclusif et absolu qui ne peut être remis en cause par quelque autorité que ce soit.

Construction originale, ensuite, pour deux raisons : d'une part parce qu'à cette définition est ajouté un nouvel élément – celui de l'opposabilité – grâce auquel la détention d'un titre territorial par plusieurs États sur un même espace est rendue possible ; d'autre part, parce que le statut juridique de certains espaces est défini sans recours à la notion de souveraineté, mais par l'invention d'un « *trust territorial* » grâce auquel l'administration du territoire n'est légitime qu'à la condition que soit respecté le droit à l'étaticité que détiennent ses habitants.

Que l'originalité de cette construction disparaîsse au tournant du XXe siècle, parce que s'ajoute à l'opposabilité du titre territorial son invocabilité à l'égard des personnes et entités situées sur le territoire concerné, et que le droit à l'étaticité est refusé à certains peuples, au motif, dans les deux cas, que la spécificité du système américain ne saurait écarter les États-Unis de l'entreprise coloniale dans laquelle se sont alors lancés les États européens, ne doit pas faire perdre de vue l'intérêt que cette originalité représente du point de vue de la question du territoire telle qu'elle se pose en aujourd'hui.

La construction du statut juridique du territoire aux États-Unis pendant le XIXe siècle démontre en effet que l'étendue du pouvoir d'une entité au sein de ses frontières

dépend autant des dispositions constitutionnelles qui encadrent ce pouvoir que de la construction que fait cette entité des principes du droit international : si les États-Unis, les Nations indiennes ou les États membres peuvent être définis comme détenteurs d'un titre territorial sur un espace commun, c'est certes parce que la constitution de 1789 est une constitution *fédérale*, mais aussi et surtout parce que le titre territorial des États-Unis est interprété – par le gouvernement fédéral, les États membres ou les Nations indiennes – comme n'ayant aucune incidence sur le statut juridique des entités situées au sein des frontières américaines ; à l'inverse si, à la fin du XIXe siècle, la souveraineté des Nations indiennes ou des États membres est réduite à sa portion congrue, c'est parce que le gouvernement fédéral interprète son titre territorial (*et parvient à imposer cette interprétation*) comme fondement de son pouvoir non seulement à l'égard des États étrangers, mais également à l'égard de ces deux entités. Enfin, si le gouvernement fédéral n'est pas souverain sur les territoires fédéraux, ce n'est pas en conséquence du texte constitutionnel – qui au contraire reconnaît la liberté du gouvernement sur ces espaces – mais de l'interprétation qui a été faite des conditions contenues dans les actes par lesquels les États, membres ou étrangers, ont cédé certaines de leurs revendications territoriales aux États-Unis.

CONCLUSION GENERALE

Les constructions fédérale et coloniale du droit international

La question du territoire entre 1789 et 1914 est indissociable, aux États-Unis, de deux principes : le premier, qui fonde l'indépendance des colonies britanniques, est celui d'après lequel le « juste pouvoir » des gouvernements « émane du consentement des gouvernés »¹⁷⁴¹ ; le second, c'est celui en vertu duquel « toute communauté a droit au respect de son territoire »¹⁷⁴², à la « portion de sol nécessaire à sa subsistance »¹⁷⁴³. Ces deux principes ont, au début de la période considérée, une valeur juridique identique : le premier est issu des « lois de la nature et du Dieu de la nature »¹⁷⁴⁴, quand le second est un « droit naturel »¹⁷⁴⁵, un droit issu de la « loi de la nature »¹⁷⁴⁶. Ces deux principes, pour le dire autrement, relèvent du « droit des gens » - ce « droit naturel modifié de telle manière à être applicable aux sociétés politiques »¹⁷⁴⁷ - et jouissent au sein de ce corps de règles d'un statut équivalent. C'est alors en « construisant le droit des gens », en procédant, comme annoncé en introduction, à ce « travail d'ajustement, d'élagage, de colmatage » que suppose toute tentative de donner à un ensemble de règles juridiques une cohérence¹⁷⁴⁸, que ces deux principes sont articulés aux États-Unis au cours du XIXe siècle.

Au terme de l'étude de cette construction, construction qui aura conduit les États-Unis à « ajuster » tant les règles de formation du titre territorial que celles relatives au statut juridique du territoire, il est possible de déceler deux constructions générales – deux « produits », deux « résultats » de l'action de construire – grâce auxquelles ces principes ont été articulés : l'une peut être qualifiée de « fédérale », l'autre de « coloniale ».

*

La construction fédérale ôte, tout d'abord, au peuple le droit d'assurer lui-même et par la force le respect de sa compétence territoriale. C'est en ce sens que la Cour Suprême a jugé que « ni l'autorité du droit, ni celle de la raison ne viennent confirmer l'argument selon lequel les frontières entre les Nations ou entre les États seraient en leur nature une question plus politique que n'importe quelle autre »¹⁷⁴⁹, si bien que c'est devant elle, en vertu de l'article III, Section 2, Clause 1 de la constitution¹⁷⁵⁰, que les États membres de la Fédération doivent régler les questions relatives à l'étendue ou à la nature de leur compétence territoriale – une solution citée comme un « exemple de sagesse » que les États européens devraient « imiter »¹⁷⁵¹. La construction fédérale assure, ensuite, au peuple la forme républicaine de son gouvernement : grâce à l'article IV, Section 4 du texte constitutionnel¹⁷⁵², la nature représentative des institutions politiques des États membres est garantie. L'articulation du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes et du droit du peuple au respect de son territoire est ainsi permise par l'instauration d'une tierce autorité compétente pour juger du second, et d'une transcription dans le droit positif du premier. Là, cependant, où la construction fédérale est la plus originale, c'est lorsqu'elle définit le statut juridique du territoire en terme de *trust* : la détention d'un titre territorial par une autorité qui n'a pas obtenu le consentement des habitants du territoire pour y exercer son pouvoir est alors conditionnée par l'obligation pesant sur cette autorité de permettre aux habitants de s'ériger en État, et de leur transmettre son titre une fois la procédure achevée. L'actualisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui était passée en 1776 par le recours à la force se trouve, ainsi, institutionnalisée.

Si cette construction fédérale du droit international soustrait ainsi à la souveraineté des États ce qui, dans la construction classique de ce droit, en relève, elle ne va cependant pas au-delà. Que la caractéristique principale d'une organisation fédérale soit « de se situer à un niveau intermédiaire entre le monde étatique et le monde interétatique »¹⁷⁵³ découle précisément de ce que les règles du droit international continuent à gouverner la question du territoire – dont les États-Unis n'ont fait qu'institutionnaliser certains aspects. C'est pourquoi, ainsi que nous espérons l'avoir

montré, la compétence territoriale de l'État membre découle d'un titre territorial fondé sur le droit international¹⁷⁵⁴, que les controverses territoriales interétatiques sont réglées par le recours à ce droit, ou encore que les cours étatiques demeurent compétentes pour sanctionner les violations du droit international coutumier qui surviennent sur le territoire de l'État dont elles constituent les instances juridictionnelles. Ni l'adoption de la constitution fédérale, ni la reconnaissance dans cette constitution du droit international comme « supreme law of the land », n'ont pour conséquence une exclusion des principes du droit international du système fédéral, ou leur « internisation ». La constitution n'est que l'expression du renoncement, ou du transfert au gouvernement fédéral, de certaines compétences étatiques. Ce faisant, cette construction fédérale est aussi une construction « pluraliste ». Les États membres, comme les Nations indiennes, demeurent territorialement souverains car ils n'ont pas transféré leur titre au gouvernement fédéral. Que les États-Unis détiennent un titre territorial à l'égard des États étrangers est sans conséquence sur ces deux entités : le gouvernement fédéral ne pouvant agir que dans la mesure de la constitution, ce titre n'est pas invocable à l'*intérieur du territoire*, si bien que plusieurs entités définies comme territorialement souveraines peuvent y coexister. C'est ainsi que le droit des Nations indiennes de se gouverner elles-mêmes et de voir leur compétence territoriale respectée n'a pas été contesté en pratique pendant une bonne partie du XIXe siècle. N'étant pas parties au pacte constitutionnel, remplissant par ailleurs les conditions posées par le droit international pour en être les sujets, les Nations indiennes ne peuvent être soumises au pouvoir du gouvernement fédéral.

*

La construction coloniale du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes et du droit au respect de son territoire, qui se développe essentiellement au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, constitue l'exact opposé de la construction fédérale du droit international. Rendue possible par une construction positiviste du droit international, et représentative en cela de la construction classique du droit international telle qu'elle se développe entre la fin du XVIIIe et le début du XXe siècle, elle rejette le principe d'un « droit naturel » dont jouirait n'importe quel peuple. Les droits dépendent alors d'une procédure de reconnaissance, d'une cooptation de certaines entités dans une

« famille des Nations », et, surtout, le droit au respect du territoire prime sur celui des peuples à se gouverner eux-mêmes. Certes, cette construction coloniale concerne, d'abord, les Nations indiennes : au motif de leur « sauvagerie », de leur « absence de civilisation », elles sont exclues du rang des Nations et perdent les droits attachés à ce statut, dont celui du respect de leur compétence territoriale ; leurs terres deviennent par l'effet de cette (re)construction *terrae nullius* et leurs membres sont soumis à la juridiction fédérale. Mais cette articulation coloniale concerne aussi d'autres peuples – ceux, par exemple, des Philippines ou de Puerto Rico – et les États membres eux-mêmes : si l'on peut définir largement le colonialisme comme le déploiement sur un territoire d'un pouvoir auquel ses habitants n'ont pas consenti, alors l'intervention du gouvernement fédéral en dehors des domaines qui lui sont réservés par la constitution, au motif qu'il détient un titre territorial, est bien une forme de colonialisme.

Car la construction coloniale du droit international est, bien plus que la constitution fédérale, au fondement du pouvoir du gouvernement fédéral sur le territoire américain. C'est ce qui a conclu la seconde partie de ce travail : le titre territorial international des États-Unis est utilisé à la fin du XIXe siècle par le gouvernement fédéral pour fonder en droit un pouvoir que lui refuse la constitution. Or il y a là moins une construction juridique qu'une construction politique. Il s'agit pour les États-Unis de trouver à la violation des traités conclus avec les Nations indiennes, à l'annulation de certaines lois étatiques gênantes pour les relations de l'Union avec les États étrangers, au refus de reconnaître à certains peuples le droit à l'étatité, une justification – et cette justification est celle d'une nouvelle articulation des principes du droit international. La souveraineté territoriale prime désormais sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – et peut être revendiquée par son détenteur tant à l'égard des États étrangers que des personnes et entités situées sur le territoire concerné. Cette construction coloniale est également, en cela, une conception unitaire du titre territorial, d'après laquelle un même espace ne peut être soumis qu'à un seul pouvoir. Que l'internationaliste contemporain ne soit pas surpris de cette conclusion – voire qu'il la considère comme l'énonciation d'une évidence – n'a pas de quoi surprendre : la « question du territoire » est, aujourd'hui encore, tributaire de cette construction coloniale du droit international, dont l'expérience américaine ne représente que l'une des illustrations.

*

* * *

« Le colonialisme », écrit par exemple Anghie, « a été central dans la construction du droit international, en ce sens que de nombreuses doctrines de base du droit international – notamment et surtout celle de la souveraineté – constituent le résultat de la tentative de créer un système juridique adapté aux relations entre Européens et non-européens »¹⁷⁵⁵. L’« expérience américaine » le confirme : tant les conditions de détention et de formation du titre territorial, que le statut juridique du territoire, ont été construits afin de justifier, au détriment des Nations indiennes et, dans une mesure plus restreinte, des États membres, le pouvoir du gouvernement fédéral ; nous avons dit aussi comment certaines doctrines – celle, principalement, de la « découverte » - ont été inventées par la Cour Suprême des États-Unis pour être ensuite reprises par la doctrine internationaliste et les juridictions d’autres États confrontés à la présence sur leur territoire de « peuples autochtones ». De même, qui, aujourd’hui, qualifierait les peuples amérindiens présents sur le territoire des États-Unis d’« État » ? Faute d’être « indépendants », faute d’être « reconnus » - deux critères qui apparaissent au cours du XIXe siècle – ces peuples sont exclus d’une telle qualification – quoique l’on tende aujourd’hui à leur reconnaître une certaine « capacité juridique internationale »¹⁷⁵⁶. Enfin, définir l’État par sa dimension territoriale plutôt que politique, c’est aussi forger une définition qui permette d’exclure de cette catégorie les pourtant « Nations » indiennes¹⁷⁵⁷.

Ce qu’apprend, cependant, cette « expérience américaine », c’est la relativité de ces définitions. S’il est vrai qu’une *certaine construction* du droit international a favorisé le colonialisme, une autre, finalement beaucoup moins connue, a favorisé le fédéralisme. Or, cette construction a l’avantage d’être, sous de nombreux aspects, beaucoup plus adaptée à la régulation des relations internationales contemporaines, notamment parce qu’elle oblige à repenser la notion de souveraineté territoriale telle qu’elle est traditionnellement définie. L’exemple des États-Unis pendant une partie du XIXe siècle montre en effet que la « souveraineté territoriale » ne s’oppose pas nécessairement à l’existence sur le territoire concerné d’entités politiques jouissant de compétences territoriales fondées sur le droit international, et révèle, ce faisant,

« l'immense intérêt que l'on peut tirer à ne pas faire pivoter nécessairement *toute* réflexion juridique autour de l'État souverain, autour de la séparation entre ordre juridique interne et ordre juridique international »¹⁷⁵⁸.

Les relations entre les États membres, mais également entre les États-Unis et les Nations indiennes, le démontrent : c'est le droit international qui, pour partie au moins, les gouverne ou les a gouvernées – alors même que ces entités sont situées sur un espace sur lequel les États-Unis détiennent un titre de souveraineté. Or, ce recours au droit international n'est pas la conséquence de l'inclusion, dans la constitution fédérale, de la clause d'après laquelle le droit international est le « *supreme law of the land* ». Si le droit international gouverne ces relations, c'est en effet parce que ces entités n'ont été constituées par aucune autorité supérieure, et jouissent dès lors, en vertu des critères qui sont alors ceux de l'État, du droit de se gouverner elles-mêmes sur l'espace qu'elles occupent. Ce n'est pas à dire que la détention d'un titre territorial est sans conséquence juridique – mais cette conséquence se limite à l'opposabilité d'une revendication. Le détenteur du titre peut opposer l'exclusivité de sa compétence territoriale à toute entité qui tenterait de s'y immiscer – dès lors que cette entité se situe aux dehors des frontières concernées par le titre.

Opposer, dans un tel cadre, l'ordre interne à l'ordre international non seulement n'a guère de sens¹⁷⁵⁹, mais conduit également à bâtir des faits une théorie doublement erronée. En effet, une telle conception méconnaît la nature des relations qui peuvent exister au sein d'un territoire, et elle oblige à donner des sujets du droit international, et de leur rapport avec l'espace, une définition insatisfaisante. On s'est, par exemple, beaucoup interrogé, dans la doctrine et dans la pratique, sur la qualification à donner aux traités conclus entre le gouvernement fédéral américain et les Nations indiennes. C'est méconnaître la nature de leurs relations, *supposer* qu'elles ne pouvaient être guidées par le droit international parce qu'elles avaient lieu au sein du territoire américain – en une opposition entre un ordre interne et un ordre international qui n'est ni pertinente théoriquement, ni utilisée à l'époque. De même, peut-on encore considérer que le territoire est le propre de l'État, défini comme entité indépendante et reconnue comme telle, dès lors que l'on sait que d'autres entités – Nations indiennes pendant longtemps, États membres aujourd'hui encore – jouissent sur leur territoire d'une compétence qui

ne découle pas d'un « ordre interne », mais de leur seule existence en tant que corps politiques « auto-constitués » ?

*

Ce que démontre ainsi l'expérience américaine, c'est qu'il n'y a pas un « ordre interne » et un « ordre international » dont le territoire étatique serait le point pivot. Il y a sans doute, si l'on veut conserver l'expression, des « ordres internes » et des « ordres internationaux », des ensembles de « relations intelligibles entre une pluralité de termes »¹⁷⁶⁰ dont l'intelligibilité découle pour le premier cas de la hiérarchisation des termes et dans le second de leur égalité, mais le territoire étatique ne marque pas la frontière entre les deux. C'est en ce sens qu'Adams pouvait affirmer qu'il existe « un droit des gens séparé et différent pour la régulation des relations avec les tribus indiennes présentes sur le continent [nord-américain], un autre droit des gens entre les [États-Unis] et les autochtones africains (...), un autre avec les Puissances Barbares et le Sultan de l'Empire Ottoman »¹⁷⁶¹, que Jefferson évoquait un « *jus gentium of america* » à propos de certaines règles relatives au droit de navigation sur les fleuves¹⁷⁶², ou encore que Wilson rappelait que « le droit des gens a aux États-Unis, parce qu'il constitue un système de Républiques », une « importance particulière et remarquable »¹⁷⁶³. Il n'y a donc pas un « droit des gens » entre les États-Unis et les Nations européennes d'une part, et un « droit constitutionnel » entre les États-Unis et les entités présentes sur son territoire d'autre part, mais un droit des gens et un droit constitutionnel s'appliquant à certains sujets, dans certains domaines, et sur certains espaces. Une étude sur l'application extraterritoriale du droit fédéral américain le montrerait vraisemblablement tout également.

Les auteurs de la récente « Déclaration sur les droits des peuples autochtones » l'ont bien compris, qui consacrent « le droit des peuples autochtones à l'autodétermination » et le « droit au respect de leurs terres et territoires », ainsi que celui du « respect des traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs »¹⁷⁶⁴. Opposer, comme l'ont fait récemment les États-Unis, l'intégrité territoriale de l'État à la reconnaissance de ces droits¹⁷⁶⁵, c'est perdre de vue – alors même qu'ils l'ont reconnu au cours de leur histoire – que la détention d'un

titre territorial ne s'oppose pas à l'existence, sur ce territoire, d'entités jouissant d'un statut juridique international¹⁷⁶⁶.

Une telle conclusion devrait également conduire à repenser les conséquences de l'exclusivité de la compétence territoriale des États membres sur la responsabilité internationale des États-Unis. Nous avons dit combien cette exclusivité se révélait problématique dès le XIXe siècle et, beaucoup plus récemment, comment elle avait été mise en avant par les affaires *LaGrand* et *Avena* dont a eu à juger la Cour Internationale de Justice. Reconnaître que la compétence territoriale des États membres n'est pas fondée sur la constitution fédérale mais découle des droits dont jouissent d'après le droit international les corps politiques auto-constitués, ainsi que nous avons voulu le montrer dans les pages qui précèdent, apparaît d'autant plus problématique qu'il est alors difficile d'opposer aux États-Unis la règle selon laquelle « l'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations [de réparation] qui lui incombent [en cas de commission d'un fait illicite] »¹⁷⁶⁷ puisque c'est moins la constitution fédérale, que le droit international, qui interdit au gouvernement fédéral d'intervenir sur le territoire étatique. Mais les juridictions internationales, les États étrangers aux États-Unis, ainsi que la Cour Suprême, ne devraient-ils pas, plutôt que de la rejeter, prendre acte de cette spécificité ? Si le droit international fonde la compétence des États membres, n'est-ce pas, lorsque cette compétence est en cause, vers eux qu'il faut se tourner ? Nous l'avons dit : la constitution fédérale prévoit la compétence de la Cour Suprême dans de tels cas¹⁷⁶⁸ ; quant à l'interprétation restrictive qu'a donnée cette dernière du XIe amendement¹⁷⁶⁹ en 1934, interprétation d'après laquelle les États membres ne pourraient être attaques devant la Cour Suprême par un État étranger¹⁷⁷⁰, elle a été récemment contestée. Les anciennes colonies britanniques, en 1789, ont accepté de reconnaître à une juridiction la compétence de connaître des différends qui pourraient les opposer à des États étrangers : pourquoi ne pas profiter de cette opportunité ?

*

Ce que démontre aussi, et conséutivement, l'étude de la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 sous l'angle du droit international, c'est que la

construction d'un pouvoir étatique sur un espace passe par une construction des règles et principes du droit international.

C'est un constat largement partagé par la doctrine internationaliste que « le caractère d'institution légale de chaque nouvel État ne doit pas faire méconnaître sa dette à l'égard des faits » car « le droit ne vient (...) que prendre en compte la réalité matérielle préexistante pour parler d'elle à sa manière »¹⁷⁷¹. Le constat se vérifie assez largement en pratique, et il n'est que dans le cadre du *trust* territorial tel qu'il existe dans le système fédéral, et tel que nous l'avons décrit dans le second titre de notre seconde partie, que l'on a pu découvrir un véritable mécanisme juridique de création de l'État. Mais le constat doit cependant être nuancé, car l'expérience américaine permet de mettre au jour « les dimensions internationales » de la création d'une organisation politique de type étatique¹⁷⁷².

En pénétrant les arcanes de la mise en place du système fédéral, on découvre en effet que le déploiement d'un gouvernement effectif sur un territoire donné n'est pas tant une œuvre « autonome », échappant à un droit international qui ne ferait que prendre en compte une réalité dont la constitution lui échappe, qu'un lent processus au sein duquel le droit international est omniprésent. Si l'État est le gouvernement effectif d'une population sur un territoire donné, comment prétendre encore que sa constitution relève du simple fait pour le droit international dès lors que l'on a montré que l'État pour se constituer recourt aux règles internationales de formation du titre territorial et de définition du statut juridique du territoire ? Seule une appréhension formelle, une étude insuffisante de la naissance des États dans la pratique, peut laisser penser que le droit international est exclu de ce processus¹⁷⁷³. Ce processus, certes, n'est pas institutionnalisé, mais c'est précisément tout l'intérêt de cette mise au jour : les règles internationales qu'un groupe humain doit respecter pour se constituer en État existent et ne demandent qu'à être formalisées.

*

On ne saurait, enfin, clore cette étude sans dire un mot des conséquences qu'elle emporte sur la théorie générale de la Fédération. Dans son récent ouvrage, que nous

avons croisé à plusieurs reprises dans ce travail, le Pr. Beaud a récemment proposé de « sortir la Fédération de l'orbite de la souveraineté », et de considérer ce faisant la Fédération comme une « institution » distincte de l'institution étatique. Il serait vain de prétendre confirmer ou infirmer, en quelques lignes, cette théorie. Il est possible cependant d'affirmer que les éléments plaidant pour celle-ci sont aussi nombreux que mal connus – et notre étude par conséquent pourra également être lue en ce sens. Il reste, notamment, à regrouper dans un recueil les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis qui incluent les différends interétatiques et les affaires relatives aux Nations indiennes pour donner enfin du système américain une vision plus objective et moins favorable à l'entreprise d'unification de la Fédération. Cela ferait voir, assez simplement, combien la Fédération n'est pas réductible à *une* souveraineté, mais qu'elle est un jeu complexe d'articulations de *plusieurs* souverainetés ou, si l'on préfère, de compétences exclusives, fondées tantôt sur le droit constitutionnel, tantôt sur le droit international.

Mais alors l'on verrait aussi, peut-être, que c'est précisément pour cela que la distinction entre un ordre interne et un ordre international n'est guère pertinente, et que l'irréductibilité de la dimension interétatique de la Fédération, qui permet assurément de l'exclure de la catégorie des États, n'a cependant d'originalité que si l'on continue à penser que le « territoire » ne peut être le lieu que d'une souveraineté.

*

* * *

Le juriste et le philosophe partagent une entreprise commune : celle de « chercher un peu d'ordre pour se protéger du chaos »¹⁷⁷⁴. Le philosophe y parvient par une mise en forme théorique du monde¹⁷⁷⁵ – le juriste par la réglementation des comportements. La seconde entreprise cependant n'est pas tout à fait dissociable de la première : le juriste ne peut adopter de règles qui ne soient pas l'expression, et l' « interprétation officielle », d'une certaine conception du monde¹⁷⁷⁶.

Nous l'annoncions en introduction : les États américains se trouvent, en 1780, dans un « état de nature »¹⁷⁷⁷. Nous espérons avoir montré que, pour mettre fin à ce « chaos », ils ont construit les principes et règles du droit international de telle manière à assurer la coexistence pacifique sur un espace de plusieurs entités se gouvernant elles-mêmes – ou au contraire de telle manière à y justifier le déploiement d'un pouvoir unique. Fédéralisme et colonialisme sont, en ce sens, les deux constructions du droit international – et les deux représentations du monde – auxquelles a conduit la « question du territoire » telle qu'elle s'est posée au cours du XIXe siècle aux États-Unis. Que l'on ait rencontré, à plusieurs reprises, des similitudes entre la construction contemporaine du droit international et sa construction fédérale américaine, laisse entrevoir l'espoir qu'à l'inverse des États-Unis entre 1789 et 1914, le droit international évolue toujours davantage vers une conception du territoire qui emprunte davantage à la première qu'à la seconde de ces deux représentations.

ANNEXES

I] « GRANDS ARRÊTS » RELATIFS À LA QUESTION DU TERRITOIRE

Nous reproduisons ci-dessous, par ordre chronologique, les passages les plus intéressants d'une sélection des principaux arrêts (et opinions concordantes ou dissidentes) relatifs aux liens entre la question du territoire et le droit international. Le texte complet des arrêts de la Cour Suprême des États-Unis est disponible sans restriction d'accès à l'adresse <http://supreme.justia.com>. L'arrêt de la Cour Suprême d'Alabama est disponible sur abonnement à l'adresse : <http://www.westlaw.com> ou dans le recueil d'arrêts de cet Etat.

■ The Exchange v. McFaddon (1812), 11 U.S. 116, 136-137

« The jurisdiction of the Nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it deriving validity from an external source would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction.

All exceptions, therefore, to the full and complete power of a Nation within its own territories must be traced up to the consent of the Nation itself. They can flow from no other legitimate source.

This consent may be either express or implied. In the latter case it is less determinate, exposed more to the uncertainties of construction, but if understood, not less obligatory.

The world being composed of distinct sovereignties, possessing equal rights and equal independence, whose mutual benefit is promoted by intercourse with each other and by an interchange of those good offices which humanity dictates and its wants require, all sovereigns have consented to a relaxation in practice, in cases under certain peculiar circumstances, of that absolute and complete jurisdiction within their respective territories which sovereignty confers.

This consent may in some instances be tested by common usage and by common opinion, growing out of that usage.

A Nation would justly be considered as violating its faith, although that faith might not be expressly plighted, which should suddenly and without previous notice exercise its territorial powers in a manner not consonant to the usages and received obligations of the civilized world.

This full and absolute territorial jurisdiction, being alike the attribute of every sovereign and being incapable of conferring extraterritorial power, would not seem to contemplate foreign sovereigns nor their sovereign rights as its objects. One sovereign being in no respect amenable to another, and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his Nation by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him.

This perfect equality and absolute independence of sovereigns, and this common interest impelling them to mutual intercourse, and an interchange of good offices with each other, have given rise to a class of cases in which every sovereign is understood to waive the exercise of a part of that complete exclusive territorial jurisdiction which has been stated to be the attribute of every Nation ».

■ United States v. Bevans (1818), 16 U.S. 336, 386-389

« What then is the extent of jurisdiction which a state¹⁷⁷⁸ possesses? We answer without hesitation the jurisdiction of a state is coextensive with its territory; coextensive with its legislative power.

The place described is unquestionably within the original territory of Massachusetts. It is then within the jurisdiction of Massachusetts, unless that jurisdiction has been ceded by the United States.

It is contended to have been ceded by that article in the Constitution which declares that "the judicial power shall extend to all cases of admiralty and maritime jurisdiction." The argument is that the power thus granted is exclusive, and that the murder committed by the prisoner is a case of admiralty and maritime jurisdiction.

Let this be admitted. It proves the power of Congress to legislate in the case, not that Congress has exercised that power. It has been argued, and the argument in a favor of as well as that against the proposition deserves great consideration, that courts of common law have concurrent jurisdiction with courts of admiralty over murder committed in bays, which are enclosed parts of the sea, and that for this reason the offense is within the jurisdiction of Massachusetts. But in construing the act of Congress, the Court believes it to be unnecessary to pursue the investigation which has been so well made at the bar respecting the jurisdiction of these rival courts.

To bring the offense within the jurisdiction of the courts of the union, it must have been committed in a river, &c., out of the jurisdiction of any state. It is not the offense committed, but the bay in which it is committed, which must be out of the jurisdiction of the state. If, then, it should be true that Massachusetts can take no cognizance of the offense, yet, unless the place itself be out of her jurisdiction, Congress has not given cognizance of that offense to its courts. If there be a common jurisdiction, the crime cannot be punished in the courts of the union.

Can the cession of all cases of admiralty and maritime jurisdiction be construed into a cession of the waters on which those cases may arise.

This is a question on which the court is incapable of feeling a doubt. The article which describes the judicial power of the United States is not intended for the cession of territory or of general jurisdiction. It is obviously designed for other purposes. It is in the 8th section of the 2d article, we are to look for cessions of territory and of exclusive jurisdiction. Congress has power to exercise exclusive jurisdiction over this district, and over all places purchased by the consent of the legislature of the state in which the same shall be, for the erection of forts, magazines, arsenals, dock yards, and other needful buildings.

It is observable that the power of exclusive legislation (which is jurisdiction) is united with cession of territory, which is to be the free act of the states. It is difficult to compare the two sections together, without feeling a conviction, not to be strengthened by any commentary on them, that, in describing the judicial power, the framers of our Constitution had not in view any cession of territory, or, which is essentially the same, of general jurisdiction.

It is not questioned that whatever may be necessary to the full and unlimited exercise of admiralty and maritime jurisdiction is in the government of the union. Congress may pass all laws which are necessary and proper for giving the most complete effect to this power. Still, the general jurisdiction over the place, subject to this grant of power, adheres to the territory as a portion of sovereignty not yet given away. The residuary powers of legislation are still in Massachusetts. Suppose for example the power of regulating trade had not been given to the general government. Would this extension of the judicial power to all cases of admiralty and maritime jurisdiction, have divested Massachusetts of the power to regulate the trade of her bay? As the powers of the respective governments now stand, if two citizens of Massachusetts step into shallow water when the tide flows, and fight a duel, are they not within the jurisdiction, and punishable by the laws of Massachusetts? If these questions must be

answered in the affirmative, and we believe they must, then the bay in which this murder was committed, is not out of the jurisdiction of a state, and the Circuit Court of Massachusetts is not authorized, by the section under consideration, to take cognizance of the murder which had been committed ».

■ **Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh (1823), 21 U.S. 543, 572-574**

« As the right of society to prescribe those rules by which property may be acquired and preserved is not and cannot be drawn into question, as the title to lands especially is and must be admitted to depend entirely on the law of the Nation in which they lie, it will be necessary in pursuing this inquiry to examine not singly those principles of abstract justice which the Creator of all things has impressed on the mind of his creature man and which are admitted to regulate in a great degree the rights of civilized Nations, whose perfect independence is acknowledged, but those principles also which our own government has adopted in the particular case and given us as the rule for our decision.

On the discovery of this immense continent, the great Nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all, and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendancy. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the new by bestowing on them civilization and Christianity in exchange for unlimited independence. But as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements and consequent war with each other, to establish a principle which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted should be regulated as between themselves. This principle was that discovery gave title to the government by whose subjects or by whose authority it was made against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans necessarily gave to the Nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which by others all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were in no instance entirely disregarded, but were necessarily to a considerable extent impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty as independent Nations were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will to whomsoever they pleased was denied by the original fundamental principle that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different Nations of Europe respected the right of the natives as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves, and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy.

The history of America from its discovery to the present day proves, we think, the universal recognition of these principles ».

■ **American Insurance Company v. Canter (1828), 26 U.S. 511, 542-543**

« The Constitution confers absolutely on the government of the Union the powers of making war and of making treaties; consequently that government possesses the power of acquiring territory either by conquest or by treaty.

The usage of the world is if a Nation be not entirely subdued, to consider the holding of conquered territory as a mere military occupation until its fate shall be determined at the treaty of peace. If it be ceded by the treaty, the acquisition is confirmed and the ceded territory becomes a part of the Nation to which it is annexed, either on the terms stipulated in the treaty of cession or on such as its new master shall impose. On such transfer of territory, it has never been held that the relations of the inhabitants with each other undergo any change. Their relations with their former sovereign are dissolved, and new relations are created between them and the government which has acquired their territory. The same act which transfers their country transfers the allegiance of those who remain in it, and the law, which may be denominated political, is necessarily changed, although that which regulates the intercourse and general conduct of individuals remains in force until altered by the newly created power of the state.

On 2 February, 1819, Spain ceded Florida to the United States. The 6th article of the treaty of cession contains the following provision:

"The inhabitants of the territories which his Catholic Majesty cedes to the United States by this treaty shall be incorporated in the Union of the United States as soon as may be consistent with the principles of the federal Constitution and admitted to the enjoyment of the privileges, rights, and immunities of the citizens of the United States."

This treaty is the law of the land, and admits the inhabitants of Florida to the enjoyment of the privileges, rights, and immunities of the citizens of the United States. It is unnecessary to inquire whether this is not their condition independent of stipulation. They do not, however, participate in political power; they do not share in the government till Florida shall become a state. In the meantime, Florida continues to be a territory of the United States, governed by virtue of that clause in the Constitution which empowers Congress "to make all needful rules and regulations, respecting the territory or other property belonging to the United States."

Perhaps the power of governing a territory belonging to the United States which has not, by becoming a state, acquired the means of self-government may result necessarily from the facts that it is not within the jurisdiction of any particular state and is within the power and jurisdiction of the United States. The right to govern may be the inevitable consequence of the right to acquire territory. Whichever may be the source whence the power is derived, the possession of it is unquestioned ».

■ **Cherokee Nation v. Georgia (1831), 30 U.S. 1, 1-2 ; 24-28 ; 51-60**

« The Cherokee Nation is not a foreign state in the sense in which the terms "foreign state" is used in the Constitution of the United States.

The third article of the Constitution of the United States describes the extent of the judicial power. The second section closes an enumeration of the cases to which it extends with "controversies between a State or the citizens thereof and foreign states, citizens or subjects." A subsequent clause of the same section gives the Supreme Court original jurisdiction in all cases in which a State shall be a party -- the State of Georgia may then certainly be sued in this Court.

The Cherokees are a State. They have been uniformly treated as a State since the settlement of our country. The numerous treaties made with them by the United States recognise them as a people capable of maintaining the relations of peace and war; of being responsible in their political character for any violation of their engagements, or for any aggression committed on the citizens of the United States by any individual of their community. Laws have been enacted in the spirit of these treaties.

The acts of our Government plainly recognise the Cherokee Nation as a State, and the Courts are bound by those acts.

The condition of the Indians in relation to the United States is perhaps unlike that of any other two people in existence. In general, Nations not owing a common allegiance are foreign to each other. The term "foreign Nation" is with strict propriety applicable by either to the other. But the relation of the Indians to the United States is marked by peculiar and cardinal distinctions which exist nowhere else.

The Indians are acknowledged to have an unquestionable, and heretofore an unquestioned, right to the lands they occupy until that right shall be extinguished by a voluntary cession to our Government. It may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign Nations. They may more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent Nations. They occupy a territory to which we assert a title independent of their will, which must take effect in point of possession when their right of possession ceases; meanwhile, they are in a state of pupilage. Their relations to the United States resemble that of a ward to his guardian. They look to our Government for protection, rely upon its kindness and its power, appeal to it for relief to their wants, and address the President as their Great Father.

(...)

If these Indians are to be called a State, then,

1. By whom are they acknowledged as such?
2. When did they become so?
3. And what are the attributes by which they are identified with other States.

As to the first question, it is clear that, as a State ,they are known to nobody on earth but ourselves, if to us; how then can they be said to be recognized as a member of the community of Nations? Would any Nation on earth treat with them as such? Suppose, when they occupied the banks of the Mississippi or the sea coast of Florida, part of which in fact the Seminoles now occupy, they had declared war and issued letters of marque and reprisal against us or Great Britain -- would their commissions be respected? If known as a State, it is by us and us alone, and what are the proofs? The treaty of Hopewell does not even give them a name other than that of the Indians; not even Nation or state, but regards them as what they were, a band of hunters, occupying as hunting grounds, just what territory we chose to allot them. And almost every attribute of sovereignty is renounced by them in that very treaty. They acknowledge themselves to be under the sole and exclusive protection of the United States. They receive the territory allotted to them as a boon from a master or conqueror; the right of punishing intruders into that territory is conceded, not asserted as a right; and the sole and exclusive right of regulating their trade and managing all their affairs in such manner as the government of the United States shall think proper, amounting in terms to a relinquishment of all power, legislative, executive and judicial to the United States, is yielded in the ninth article.

It is true that the twelfth article gives power to the Indians to send a deputy to Congress, but such deputy, though dignified by the name, was nothing and could be nothing but an agent such as any other company might be represented by. It cannot be supposed that he was to be recognized as a minister, or to sit in the Congress as a delegate. There is nothing express and nothing implied that would clothe him with the attributes of either of these characters. As to a seat among the delegates, it could not be granted to him.

There is one consequence that would necessarily flow from the recognition of this people as a state which, of itself, must operate greatly against its admission.

Where is the rule to stop? Must every petty kraal of Indians, designating themselves a tribe or Nation, and having a few hundred acres of land to hunt on exclusively, be recognized as a State? We should indeed force into the family of Nations, a very numerous and very heterogeneous progeny. The Catawbas, having indeed a few more acres than the republic of San Marino, but consisting only of eighty or an hundred polls, would then be admitted to the same dignity. They still claim independence, and actually execute their own penal laws, such as they are, even to the punishment of death, and have recently done so. We have many ancient treaties with them, and no Nation has been more distinctly recognized, as far as such recognition can operate to communicate the character of a State.

But secondly, at what time did this people acquire the character of a State?

Certainly not by the treaty of Hopewell, for every provision of that treaty operates to strip it of its sovereign attributes, and nothing subsequent adds anything to that treaty, except using the word Nation instead of Indians. And as to that article in the treaty of Holston, and repeated in the treaty of Tellico, which guarantees to them their territory, since both those treaties refer to and confirm the treaty of Hopewell, on what principle can it be contended that the guarantee can go farther than to secure to them that right over the territory, which is conceded by the Hopewell treaty, which interest is only that of hunting grounds. The general policy of the United States, which always looked to these Indian lands as a certain future acquisition, not less than the express words of the treaty of Hopewell, must so decide the question.

If they were not regarded as one of the family of Nations at the time of that treaty, even though at that time first subdued and stripped of the attributes of a State, it is clear that, to be regarded now as a State, they must have resumed their rank among Nations at some subsequent period. But at what subsequent period? Certainly by no decisive act until they organized themselves recently into a government, and I have before remarked that, until expressly recognized by the executive under that form of government, we cannot recognize any change in their form of existence. Others have a right to be consulted on the admission of new States into the national family. When this country was first appropriated or conquered by the crown of Great Britain, they certainly were not known as members of the community of Nations, and if they had been, Great Britain from that time blotted them from among the race of sovereigns. From that time, Great Britain considered them as her subjects whenever she chose to claim their allegiance, and their country as hers, both in soil and sovereignty. All the forbearance exercised towards them was considered as voluntary, and as their trade was more valuable to her than their territory, for that reason, and not from any supposed want of right to extend her laws over them, did she abstain from doing so.

And, thirdly, by what attributes is the Cherokee Nation identified with other States?

The right of sovereignty was expressly assumed by Great Britain over their country at the first taking possession of it, and has never since been recognized as in them otherwise than as dependent upon the will of a superior.

The right of legislation is in terms conceded to Congress by the treaty of Hopewell, whenever they choose to exercise it. And the right of soil is held by the feeble tenure of hunting grounds, and acknowledged on all hands subject to a restriction to sell to no one but the United States, and for no use but that of Georgia.

They have in Europe sovereign and demi-sovereign States, and States of doubtful sovereignty. But this State, if it be a State, is still a grade below them all, for not to be able to alienate without permission of the remainderman or lord places them in a state of feudal dependence.

However, I will enlarge no more upon this point, because I believe, in one view and in one only, if at all, they are or may be deemed a State, though not a sovereign State, at least while they occupy a country within our limits. Their condition is something like that of the Israelites, when inhabiting the deserts. Though without land that they can call theirs in the sense of property, their right of personal self-government has never been taken from them, and such a form of government may exist though the land occupied be in fact that of another. The right to expel them may exist in that other, but the alternative of departing and retaining the right of self-government may exist in them. And such they certainly do possess; it has never been questioned, nor any attempt made at subjugating them as a people or restraining their personal liberty except as to their land and trade.

But in no sense can they be deemed a foreign state under the Judiciary Article.

It does seem unnecessary on this point to do more than put the question whether the makers of the Constitution could have intended to designate them, when using the epithets "foreign" and "state." "State" and "foreign state" are used in contradistinction to each other. We had then just emerged ourselves from a situation having much stronger claims than the Indians for admission into the family of Nations, and yet we were not admitted until we had declared ourselves no longer provinces, but States, and shown some earnestness and capacity in asserting our claim to be enfranchised. Can it then be supposed that, when using those terms, we meant to include any others than those who were admitted into the community of Nations, of whom most notoriously the Indians were no part?

The argument is that they were States, and if not States of the union, must be foreign states. But I think it very clear that the Constitution neither speaks of them as States or foreign states, but as just what they were, Indian tribes, an anomaly unknown to the books that treat of States, and which the law of Nations would regard as nothing more than wandering hordes, held together only by ties of blood and habit, and having neither laws or government beyond what is required in a savage state. The distinction is clearly made in that section which vests in Congress power to regulate commerce between the United States with foreign Nations and the Indian tribes.

(...)

Judge Thompson, dissenting

(...)

Before entering upon the examination of the particular points which have been made and argued, and for the purpose of guarding against any erroneous conclusions, it is proper that I should state that I do not claim for this Court the exercise of jurisdiction upon any matter properly falling under the denomination of political power. Relief to the full extent prayed by the bill may be beyond the reach of this Court. Much of the matter therein contained by way of complaint would seem to depend for relief upon the exercise of political power, and, as such, appropriately devolving upon the executive, and not the judicial department of the government. This Court can grant relief so far only as the rights of person or property are drawn in question, and have been infringed.

It would very ill become the judicial station which I hold to indulge in any remarks upon the hardship of the case, or the great justice that would seem to have been done to the complainants according to the Statement in the bill, and which, for the purpose of the present motion I must assume to be true. If they are entitled to other than judicial relief, it cannot be admitted that, in a Government like ours, redress is not to be had in some of its departments, and the responsibility for its denial must rest upon those who have the power to grant it. But believing as I do that relief to some extent falls properly under judicial cognizance, I shall proceed to the examination of the case under the following heads.

1. Is the Cherokee Nation of Indians a competent party to sue in this Court?
 2. Is a sufficient case made out in the bill to warrant this Court in granting any relief?
 3. Is an injunction the fit and appropriate relief?
1. By the Constitution of the United States it is declared (Art. 3, § 2), that the judicial power shall extend to all cases in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made or which shall be made under their authority; &c. to controversies between two or more States, &c. and between a State or the citizens thereof and foreign states, citizens or subjects.

The controversy in the present case is alleged to be between a foreign state and one of the States of the union, and does not, therefore, come within the Eleventh Amendment of the Constitution, which declares that the judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another State, or by citizens or subjects of any foreign state. This amendment does not, therefore, extend to suits prosecuted against one of the United States by a foreign state. The Constitution further provides that, in all cases where a State shall be a party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. Under these provisions in the Constitution, the complainants have filed their bill in this Court, in the character of a foreign state, against the State of Georgia; praying an injunction to restrain that State from committing various alleged violations of the property of the Nation, claimed under the laws of the United States, and treaties made with the Cherokee Nation.

That a State of this union may be sued by a foreign state when a proper case exists and is presented is too plainly and expressly declared in the Constitution to admit of doubt; and the first inquiry is whether the Cherokee Nation is a foreign state within the sense and meaning of the Constitution.

The terms "state" and "Nation" are used in the law of Nations, as well as in common parlance, as importing the same thing, and imply a body of men, united together to procure their mutual safety

and advantage by means of their union. Such a society has its affairs and interests to manage; it deliberates, and takes resolutions in common, and thus becomes a moral person, having an understanding and a will peculiar to itself, and is susceptible of obligations and laws. Vattel 1. Nations being composed of men naturally free and independent, and who, before the establishment of civil societies, live together in the state of nature, Nations or sovereign states, are to be considered as so many free persons, living together in a state of nature. Vattel 2, § 4. Every Nation that governs itself, under what form soever, without any dependence on a foreign power is a sovereign state. Its rights are naturally the same as those of any other state. Such are moral persons who live together in a natural society under the law of Nations. It is sufficient if it be really sovereign and independent -- that is, it must govern itself by its own authority and laws. We ought, therefore, to reckon in the number of sovereigns those states that have bound themselves to another more powerful, although by an unequal alliance. The conditions of these unequal alliances may be infinitely varied; but whatever they are, provided the inferior ally reserves to itself the sovereignty or the right to govern its own body, it ought to be considered an independent state. Consequently, a weak state, that, in order to provide for its safety, places itself under the protection of a more powerful one without stripping itself of the right of government and sovereignty, does not cease on this account to be placed among the sovereigns who acknowledge no other power. Tributary and feudatory states do not thereby cease to be sovereign and independent states, so long as self-government and sovereign and independent authority is left in the administration of the state. Vattel, c. 1, pp. 16, 17.

Testing the character and condition of the Cherokee Indians by these rules, it is not perceived how it is possible to escape the conclusion that they form a sovereign state. They have always been dealt with as such by the Government of the United States, both before and since the adoption of the present Constitution. They have been admitted and treated as a people governed solely and exclusively by their own laws, usages, and customs within their own territory, claiming and exercising exclusive dominion over the same, yielding up by treaty, from time to time, portions of their land, but still claiming absolute sovereignty and self-government over what remained unsold.

And this has been the light in which they have, until recently, been considered from the earliest settlement of the country by the white people. And indeed, I do not understand it is denied by a majority of the Court that the Cherokee Indians form a sovereign state according to the doctrine of the law of Nations, but that, although a sovereign state, they are not considered a foreign state within the meaning of the Constitution.

Whether the Cherokee Indians are to be considered a foreign state or not is a point on which we cannot expect to discover much light from the law of Nations. We must derive this knowledge chiefly from the practice of our own government and the light in which the Nation has been viewed and treated by it.

That numerous tribes of Indians, and among others the Cherokee Nation, occupied many parts of this country long before the discovery by Europeans is abundantly established by history, and it is not denied but that the Cherokee Nation occupied the territory now claimed by them long before that period. It does not fall within the scope and object of the present inquiry to go into a critical examination of the nature and extent of the rights growing out of such occupancy, or the justice and humanity with which the Indians have been treated, or their rights respected.

That they are entitled to such occupancy so long as they choose quietly and peaceably to remain upon the land cannot be questioned. The circumstance of their original occupancy is here referred to merely for the purpose of showing that, if these Indian communities were then, as they certainly were, Nations, they must have been foreign Nations to all the world, not having any connexion, or alliance of any description with any other power on earth. And if the Cherokees were then a foreign Nation, when or how have they lost that character, and ceased to be a distinct people, and become incorporated with any other community?

They have never been, by conquest, reduced to the situation of subjects to any conqueror, and thereby lost their separate national existence, and the rights of self-government, and become subject to the laws of the conqueror. Whenever wars have taken place, they have been followed by regular treaties of peace, containing stipulations on each side according to existing circumstances; the Indian Nation always preserving its distinct and separate national character. And notwithstanding we do not recognize the right of the Indians to transfer the absolute title of their lands to any other than

ourselves, the right of occupancy is still admitted to remain in them, accompanied with the right of self-government according to their own usages and customs, and with the competency to act in a national capacity although placed under the protection of the whites, and owing a qualified subjection so far as is requisite for public safety. But the principle is universally admitted that this occupancy belongs to them as matter of right, and not by mere indulgence. They cannot be disturbed in the enjoyment of it, or deprived of it without their free consent, or unless a just and necessary war should sanction their dispossession.

In this view of their situation, there is as full and complete recognition of their sovereignty, as if they were the absolute owners of the soil. The progress made in civilization by the Cherokee Indians cannot surely be considered as in any measure destroying their national or foreign character so long as they are permitted to maintain a separate and distinct government; it is their political condition that constitutes their foreign character, and in that sense must the term "foreign" be understood as used in the Constitution. It can have no relation to local, geographical, or territorial position. It cannot mean a country beyond sea. Mexico or Canada is certainly to be considered a foreign country in reference to the United States. It is the political relation in which one government or country stands to another which constitutes it foreign to the other. The Cherokee territory being within the chartered limits of Georgia does not affect the question. When Georgia is spoken of as a State, reference is had to its political character, and not to boundary, and it is not perceived that any absurdity or inconsistency grows out of the circumstance that the jurisdiction and territory of the State of Georgia surround or extend on every side of the Cherokee territory. It may be inconvenient to the State, and very desirable that the Cherokees should be removed, but it does not at all affect the political relation between Georgia and those Indians. Suppose the Cherokee territory had been occupied by Spaniards or any other civilized people, instead of Indians, and they had from time to time ceded to the United States portions of their lands precisely in the same manner as the Indians have done, and in like manner retained and occupied the part now held by the Cherokees, and having a regular government established there; would it not only be considered a separate and distinct Nation or state, but a foreign Nation, with reference to the State of Georgia or the United States. If we look to lexicographers, as well as approved writers, for the use of the term "foreign," it may be applied with the strictest propriety to the Cherokee Nation.

In a general sense, it is applied to any person or thing belonging to another Nation or country. We call an alien a foreigner because he is not of the country in which we reside. In a political sense, we call every country foreign which is not within the jurisdiction of the same government. In this sense, Scotland before the union was foreign to England; and Canada and Mexico foreign to the United States. In the United States, all transatlantic countries are foreign to us. But this is not the only sense in which it is used.

It is applied with equal propriety to an adjacent territory as to one more remote. Canada or Mexico is as much foreign to us as England or Spain. And it may be laid down as a general rule that, when used in relation to countries in a political sense, it refers to the jurisdiction or government of the country. In a commercial sense, we call all goods coming from any country not within our own jurisdiction foreign goods.

In the diplomatic use of the term, we call every minister a foreign minister who comes from another jurisdiction or government. And this is the sense in which it is judicially used by this Court, even as between the different States of this union. In the case of *Buckner v. Finlay*, 2 Peters 590, it was held that a bill of exchange drawn in one State of the union on a person living in another State was a foreign bill, and to be treated as such in the courts of the United States. The Court says that, in applying the definition of a foreign bill to the political character of the several States of this Union in relation to each other, we are all clearly of opinion that bills drawn in one of these States upon persons living in another of them partake of the character of foreign bills, and ought to be so treated. That, for all national purposes embraced by the federal Constitution, the States and the citizens thereof are one, united under the same sovereign authority and governed by the same laws. In all other respects, the States are necessarily foreign to, and independent of, each other, their Constitutions and forms of government being, although republican, altogether different, as are their laws and institutions. So, in the case of *Warder v. Arrell*, decided in the Court of Appeals of Virginia, 2 Wash. 298, the Court, in speaking of foreign contracts and saying that the laws of the foreign country where the contract was

made must govern, add the same principle applies, though with no greater force, to the different States of America, for though they form a confederated government, yet the several States retain their individual sovereignties and, with respect to their municipal regulations, are to each other foreign.

It is manifest from these cases that a foreign state, judicially considered, consists in its being under a different jurisdiction or government, without any reference to its territorial position. This is the marked distinction, particularly in the case of *Buckner v. Finlay*. So far as these States are subject to the laws of the Union, they are not foreign to each other. But so far as they are subject to their own respective State laws and government, they are foreign to each other. And if, as here decided, a separate and distinct jurisdiction or government is the test by which to decide whether a Nation be foreign or not, I am unable to perceive any sound and substantial reason why the Cherokee Nation should not be so considered. It is governed by its own laws, usages and customs; it has no connexion with any other government or jurisdiction, except by way of treaties entered into with like form and ceremony as with other foreign Nations. And this seems to be the view taken of them by Mr Justice Johnson in the case of *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 146; 2 Peters' Condens. Rep. 308.

In speaking of the State and condition of the different Indian Nations, he observes "that some have totally extinguished their national fire, and submitted themselves to the laws of the States; others have by treaty acknowledged that they hold their national existence at the will of the State within which they reside; others retain a limited sovereignty and the absolute proprietorship of their soil. The latter is the case of the tribes to the west of Georgia, among which are the Cherokees. We legislate upon the conduct of strangers or citizens within their limits, but innumerable treaties formed with them acknowledge them to be an independent people, and the uniform practice of acknowledging their right of soil by purchasing from them, and restraining all persons from encroaching upon their territory, makes it unnecessary to insist upon their rights of soil."

Although there are many cases in which one of these United States has been sued by another, I am not aware of any instance in which one of the United States has been sued by a foreign state. But no doubt can be entertained that such an action might be sustained upon a proper case being presented. It is expressly provided for in the Constitution, and this provision is certainly not to be rejected as entirely nugatory.

Suppose a State, with the consent of Congress, should enter into an agreement with a foreign power (as might undoubtedly be done, Constitution, Art. 1, § 10) for a loan of money; would not an action be sustained in this Court to enforce payment thereof? Or suppose the State of Georgia, with the consent of Congress, should purchase the right of the Cherokee Indians to this territory, and enter into a contract for the payment of the purchase money; could there be a doubt that an action could be sustained upon such a contract? No objection would certainly be made for want of competency in that Nation to make a valid contract. The numerous treaties entered into with the Nation would be a conclusive answer to any such objection. And if an action could be sustained in such case, it must be under that provision in the Constitution which gives jurisdiction to this Court in controversies between a State and a foreign state. For the Cherokee Nation is certainly not one of the United States.

And what possible objection can lie to the right of the complainants to sustain an action? The treaties made with this Nation purport to secure to it certain rights. These are not gratuitous obligations assumed on the part of the United States. They are obligations founded upon a consideration paid by the Indians by cession of part of their territory. And if they, as a Nation, are competent to make a treaty or contract, it would seem to me to be a strange inconsistency to deny to them the right and the power to enforce such a contract. And where the right secured by such treaty forms a proper subject for judicial cognizance, I can perceive no reason why this Court has not jurisdiction of the case. The Constitution expressly gives to the Court jurisdiction in all cases of law and equity arising under treaties made with the United States. No suit will lie against the United States upon such treaty, because no possible case can exist where the United States can be sued. But not so with respect to a State, and if any right secured by treaty has been violated by a State, in a case proper for judicial inquiry, no good reason is perceived why an action may not be sustained for violation of a right secured by treaty, as well as by contract under any other form. The judiciary is certainly not the department of the government authorised to enforce all rights that may be recognized and secured by treaty. In many instances, these are mere political rights, with which the judiciary cannot deal. But

when the question relates to a mere right of property, and a proper case can be made between competent parties; it forms a proper subject for judicial inquiry.

It is a rule which has been repeatedly sanctioned by this Court that the judicial department is to consider as sovereign and independent States or Nations those powers that are recognized as such by the executive and legislative departments of the government, they being more particularly entrusted with our foreign relations. 8 U. S. 4Cranch 241, 2 Peters's Cond.Rep. 98; 16 U. S. 3 Wheat. 634; 17 U. S. 4 Wheat. 64.

If we look to the whole course of treatment by this country of the Indians from the year 1775 to the present day when dealing with them in their aggregate capacity as Nations or tribes and regarding the mode and manner in which all negotiations have been carried on and concluded with them, the conclusion appears to me irresistible that they have been regarded, by the Executive and Legislative branches of the Government, not only as sovereign and independent, but as foreign Nations or tribes, not within the jurisdiction nor under the government of the States within which they were located. This remark is to be understood, of course, as referring only to such as live together as a distinct community, under their own laws, usages and customs, and not to the mere remnant of tribes which are to be found in many parts of our country, who have become mixed with the general population of the country, their national character extinguished and their usages and customs in a great measure abandoned, self-government surrendered, and who have voluntarily, or by the force of circumstances which surrounded them, gradually become subject to the laws of the States within which they are situated.

Such, however, is not the case with the Cherokee Nation. It retains its usages and customs and self-government, greatly improved by the civilization which it has been the policy of the United States to encourage and foster among them. All negotiations carried on with the Cherokees and other Indian Nations have been by way of treaty, with all the formality attending the making of treaties with any foreign power. The journals of Congress, from the year 1775 down to the adoption of the present Constitution, abundantly establish this fact. And since that period, such negotiations have been carried on by the treaty-making power, and uniformly under the denomination of treaties.

What is a treaty as understood in the law of Nations? It is an agreement or contract between two or more Nations or sovereigns, entered into by agents appointed for that purpose and duly sanctioned by the supreme power of the respective parties. And where is the authority, either in the Constitution or in the practice of the government, for making any distinction between treaties made with the Indian Nations and any other foreign power? They relate to peace and war, the surrender of prisoners, the cession of territory, and the various subjects which are usually embraced in such contracts between sovereign Nations. A recurrence to the various treaties made with the Indian Nations and tribes in different parts of the country will fully illustrate this view of the relation in which our Government has considered the Indians as standing ».

■ Worcester v. Georgia (1832), 31 U.S. 515, 518-519

« To the United States, it could be a matter of no concern whether their whole territory was devoted to hunting grounds or whether an occasional village and an occasional cornfield interrupted, and gave some variety, to the scene.

These terms had been used in their treaties with Great Britain, and had never been misunderstood. They had never been supposed to imply a right in the British Government to take their lands or to interfere with their internal government.

The sixth and seventh articles stipulate for the punishment of the citizens of either country who may commit offences on or against the citizens of the other. The only inference to be drawn from them is that the United States considered the Cherokees as a Nation.

The ninth article is in these words:

"For the benefit and comfort of the Indians, and for the prevention of injuries or oppressions on the part of the citizens or Indians, the United States, in Congress assembled, shall have the sole and exclusive right of regulating the trade with the Indians and managing all their affairs as they think proper."

To construe the expression "managing all their affairs" into a surrender of self-government would be a perversion of their necessary meaning, and a departure from the construction which has been uniformly put on them. The great subject of the article is the Indian trade. The influence it gave made it desirable that Congress should possess it. The commissioners brought forward the claim with the profession that their motive was "the benefit and comfort of the Indians and the prevention of injuries or oppressions." This may be true as respects the regulation of their trade and as respects the regulation of all affairs connected with their trade, but cannot be true as respects the management of their affairs. The most important of these is the cession of their lands and security against intruders on them. Is it credible that they could have considered themselves as surrendering to the United States the right to dictate their future cessions and the terms on which they should be made, or to compel their submission to the violence of disorderly and licentious intruders? It is equally inconceivable that they could have supposed themselves, by a phrase thus slipped into an article on another and mere interesting subject, to have divested themselves of the right of self-government on subjects not connected with trade. Such a measure could not be "for their benefit and comfort," or for "the prevention of injuries and oppression." Such a construction would be inconsistent with the spirit of this and of all subsequent treaties, especially of those articles which recognise the right of the Cherokees to declare hostilities and to make war. It would convert a treaty of peace covertly into an act annihilating the political existence of one of the parties. Had such a result been intended, it would have been openly avowed.

This treaty contains a few terms capable of being used in a sense which could not have been intended at the time, and which is inconsistent with the practical construction which has always been put on them; but its essential articles treat the Cherokees as a Nation capable of maintaining the relations of peace and war, and ascertain the boundaries between them and the United States.

The Treaty of Holston, negotiated with the Cherokees in July, 1791, explicitly recognising the national character of the Cherokees and their right of self-government, thus guarantying their lands, assuming the duty of protection, and of course pledging the faith of the United States for that protection, has been frequently renewed, and is now in full force.

To the general pledge of protection have been added several specific pledges deemed valuable by the Indians. Some of these restrain the citizens of the United States from encroachments on the Cherokee country, and provide for the punishment of intruders.

The treaties and laws of the United States contemplate the Indian territory as completely separated from that of the States, and provide that all intercourse with them shall be carried on exclusively by the Government of the Union.

The Indian Nations had always been considered as distinct, independent political communities retaining their original natural rights as undisputed possessors of the soil, from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed, and this was a restriction which those European potentates imposed on themselves, as well as on the Indians. The very term "Nation," so generally applied to them, means "a people distinct from others." The Constitution, by declaring treaties already made, as well as those to be made, to be the supreme law of the land, has adopted and sanctioned the previous treaties with the Indian Nations, and consequently admits their rank among the powers who are capable of making treaties. The words "treaty" and "Nation" are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings by ourselves, having each a definite and well understood meaning. We have applied them to Indians as we have applied them to the other Nations of the earth. They are applied to all in the same sense.

Georgia herself has furnished conclusive evidence that her former opinions on this subject concurred with those entertained by her sister states, and by the Government of the United States. Various acts of her legislature have been cited in the argument, including the contract of cession made in the year 1802, all tending to prove her acquiescence in the universal conviction that the Indian

Nations possessed a full right to the lands they occupied until that right should be extinguished by the United States with their consent; that their territory was separated from that of any State within whose chartered limits they might reside by a boundary line established by treaties; that, within their boundary, they possessed rights with which no state could interfere; and that the whole power of regulating the intercourse with them was vested in the United States ».

■ Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. State* (1832), 1 Stew. & P.327, 3-4

« Another ground assumed, is alike destructive of federal and state jurisdiction. It claims for the Creek tribe of Indians, the high character of independent sovereignty, entitled as such, to every political right incidental thereto. The Indians, it is said, were the first occupants of the soil; and the first European discoverors, acquired no right, except such as the Indians conceded to them. That possession acquired by force, conferred no right, as it was in violation of the paramount natural right of the original occupants. We will examine this high pretension to savage sovereignty. If a people are found in the possession of a territory, in the practice of the arts of civilization; employed in the cultivation of the soil, and with an organized government, no matter what may be its form, they form an independent community; their rights should be respected, and their territorial limits not encroached on. From such a people, territory can only be acquired consistently with good faith, and national law, peaceably by treaty; by conquest, in open war; or by a forcible trespass, in violation of political right. The first mode of acquisition, would be in accordance with the soundest principles of morality; the second, sanctioned by the uniform usages of war; the last would be morally wrong; and if the power whose rights had been invaded, was too feeble to extort redress, other governments would be justified in making common cause in enforcing right against the wrong doer. But if the usurpation was acquiesced in, the political aspect of such an acquisition would be in favor of the *jus possessionis*. The code of national law, by which political societies should be tried, to establish their national rank, is not one of express enactment; nor the result of any convention of assembled Nations: but it is a system of elementary principles, to which, the influence of morality and propriety, has constrained all civilized Nations, tacitly to yield their assent; and is now considered as binding and obligatory as if sanctioned by the most solemn treaties. Savage tribes without a written language, or established form of government, and wholly ignorant of the customs and usages of civil society, are not capable of appreciating the principles of this code; and, (not yielding obedience to its canons,) have never been looked on as parties to this compact of Nations.

Were the natives of this vast continent, at the period of the advent of the first Europeans, in the possession and enjoyment of those attributes of sovereignty, to entitle them to take rank in the family of independent governments? They were composed of numerous tribes, subsisting by fishing and hunting, without any uniform or established system of government. Whatever authority exercised was adventitious and temporary, passing from one warrior to another, as accident might determine; and what was essential to national character, they had no geographical boundaries: under such circumstances the continent is discovered by the Europeans. What ought they to have done? The fairest quarter of the globe is roamed over by the wildman, who has no permanent abiding place, but moves from camp to camp, as the pursuit of game may lead him. He knows not the value of any of the comforts of civilized life: he claims no definite boundary of territory. In what way is he to be treated with? As well might a treaty, on terms of equality, be attempted with the beast of the same forest that he inhabits. If it were possible to treat with them, and a hunting camp should be purchased, the right of purchase would not extend beyond its confines: another tribe, or the same, might settle down at the immediate door of the purchaser. The Indians, until long after the first Europeans came among them, had no idea of any actual or ideal line of demarcation, between their several tribes.

T??cumseh, in his celebrated speech, declares this, and complains that boundaries between the several tribes, were the result of arbitrary European imposition; and this very tribe, that now assumes to be a sovereign, independent Nation, within three quarters of a century back, claimed no territory beyond the smoke of the wig-wams; and how near them their neighbors, the Choctaws, might approach in their hunting expeditions was dependent on the relative strength of the two parties. Long continued wars had been waged between these tribes--their battle ground was wherever they chanced to meet--until the humanity of the British government interposed, (not as one friendly neutral sovereign between two belligerents) but it was as sovereign to his subjects, the King of England, by his agent, Col. Stewart, spoke on Indian Affairs. He calls himself their great father, and informs the assembled Creeks and Choctaws, that he had resolved to put an end to those bloody rencontres; that he would, in order to effect this object, mark out a line, running North and South between them--that the Creeks should not hunt West of that line, nor the Choctaws East of it. Never was there loftier, and more absolute language of command used by a Roman pro-consul, to an abject, subjugated province, than that employed by this representative of the British Crown to the Choctaws and Creeks. The line designated by him, was the first boundary line known between two tribes, then among the most numerous and warlike in North-America¹⁷⁷⁹.

The civilized Nations of Europe, had either to adjust among themselves, a fair, an equitable mode of acquisition, according to their own canons of morality and national law, or to leave this fair continent in the rude and savage state in which they found it. They reasoned, and reasoned correctly, that the right of the agriculturists was paramount to that of the hunter tribes.

The learned *Vattel* says, “the cultivation of the soil is not only to be recommended by government, on account of the extraordinary advantages that flow from it, but from its being an obligation imposed by nature on mankind; the whole earth is appointed for the nourishment of its inhabitants, but it would be incapable of doing it, was it uncultivated.”

The same author again says, “It has has been asked, if a Nation may lawfully take possession of a part of a vast continent, in which there are found none but erratic Nations, incapable by the smallness of their numbers to people the whole? We have already observed, in establishing the obligation to cultivate the earth, that those Nations can not exclusively appropriate to themselves more land than they have occasion for, and which they are unable to settle and cultivate. Their removing their habitations through those immense regions, can not be taken for a true and legal possession; and the people of Europe, too closely pent up, finding land in which these Nations are in no particular want, and of which they make no actual and constant use, may lawfully possess it and establish colonies there.”

The same author again says, “If each Nation had resolved from the beginning, to appropriate to itself a vast country, that the people might live only by fishing, hunting and wild fruits, our globe would not be sufficient to maintain a tenth of its present inhabitants.”

The European powers acted on these principles: they found the country uncultivated, and inhabited by only hunter tribes. Their own dominions were surcharged with population, and they appropriated a part of the uncultivated land of this continent to their own use, as well as they might do. If treaties were held with the Nations, we have seen that more could not be acquired by them than the savages actually occupied. Those treaties were no admissions of the Indians' right to the lands over which they occasionally wandered, in search of game or wild fruits. They were holden for the purpose of conciliating the savages, and was no more an acknowledgment of their right than the contribution levied by the Barbary cruisers, from many of the Christian powers. They were never considered by the Europeans, as independent sovereignties: they adjusted the boundaries of their different clans on this continent, without consulting the Indian tribes that might be included in those boundaries.

The present boundary line between the United States and the Republic of Mexico, was defined by treaty between the King of Spain and our government; and although it intersects many powerful and warlike tribes, no regard whatever is paid to them. It is the same as to the line between the American possessions of the Emperor of Russia and the United States. The United States have never, for a moment, lost sight of this right of jurisdiction, so far as to exclude foreign interference with the Indians within her limits »

■ **United States v. Percheman (1832), 32 U.S. 51**

« Even in cases of conquest, it is very unusual for the conqueror to do more than to displace the sovereign and assume dominion over the country.

The modern usage of Nations, which has become law, would be violated; that sense of justice and of right which is acknowledged and felt by the whole civilized world would be outraged if private property should be generally confiscated and private rights annulled on a change in the sovereignty of the country. The people change their allegiance, their relation to their ancient sovereign is dissolved, but their relations to each other and their rights of property remain undisturbed.

Had Florida changed its sovereign by an act containing no stipulation respecting the property of individuals, the right of property in all those who became subjects or citizens of the new government would have been unaffected by the change. It would have retrained the same as under the ancient sovereign.

The language of the second article of the Treaty between the United States and Spain of 22 February, 1819, by which Florida was ceded to the United States, conforms to this general principle »

■ **Rhode Island v. Massachusetts (1838), 37 U.S. 657, 736-738**

« The members of the general and state conventions were alike fatuitous, if they did not comprehend, and know the effect of the states submitting controversies between themselves, to judicial power; so were the members of the first Congress of the Constitution, if they could see, and not know, read, and not understand its plain provisions, when many of them assisted in its frame.

The founders of our government could not but know what has ever been and is familiar to every statesman and jurist, that all controversies between Nations are in this sense political, and not judicial, as none but the sovereign can settle them. In the Declaration of Independence, the states assumed their equal station among the powers of the earth and asserted that they could of right do what other independent states could do; "declare war, make peace, contract alliances;" of consequence, to settle their controversies with a foreign power, or among themselves, which no state, and no power could do for them. They did contract an alliance with France in 1778, and with each other, in 1781; the object of both was to defend and secure their asserted rights as states, but they surrendered to Congress and its appointed court the right and power of settling their mutual controversies, thus making them judicial questions, whether they arose on "boundary, jurisdiction, or any other cause whatever." There is neither the authority of law or reason for the position, that boundary between Nations or states, is, in its nature, any more a political question than any other subject on which they may contend. None can be settled without war or treaty, which is by political power, but under the old and new confederacy they could and can be settled by a court constituted by themselves, as their own substitutes, authorized to do that for states, which states alone could do before. We are thus pointed to the true boundary line between political and judicial power, and question.

A sovereign decides by his own will, which is the supreme law within his own boundary; 31 U. S. 6 Pet. 714; 34 U. S. 9 Pet. 748; a court or judge decides according to the law prescribed by the

sovereign power, and that law is the rule for judgment. The submission by the sovereigns or states to a court of law or equity of a controversy between them, without prescribing any rule of decision, gives power to decide according to the appropriate law of the case; 11 Ves. 294; which depends on the subject matter, the source and nature of the claims of the parties, and the law which governs them. From the time of such submission, the question ceases to be a political one, to be decided by the *sic volo, sic jubeo* of political power; it comes to the Court to be decided by its judgment, legal discretion, and solemn consideration of the rules of law appropriate to its nature as a judicial question, depending on the exercise of judicial power; as it is bound to act by known and settled principles of national or municipal jurisprudence, as the case requires.

It has never been contended that prize courts of admiralty jurisdiction, or questions before them, are not strictly judicial; they decide on questions of war and peace, the law of Nations, treaties, and the municipal laws of the capturing Nation, by which alone they are constituted; *a fortiori*, if such courts were constituted by a solemn treaty between the state under whose authority the capture was made, and the state whose citizens or subjects suffer by the capture. All Nations submit to the jurisdiction of such courts over their subjects, and hold their final decrees conclusive on rights of property. 10 U. S. 6 Cranch 284-285.

These considerations lead to the definition of political and judicial power and questions; the former is that which a sovereign or state exerts by his or its own authority as reprisal and confiscation; 3 Ves. 429; the latter is that which is granted to a court or judicial tribunal. So of controversies between states; they are in their nature political when the sovereign or state reserves to itself the right of deciding on it; makes it the "subject of a treaty, to be settled as between states independent," or "the foundation of representations from state to state." This is political equity, to be adjudged by the parties themselves, as contradistinguished from judicial equity, administered by a court of justice, decreeing the *equum et bonum* of the case, let who or what be the parties before them. These are the definitions of law as made in the great Maryland case of *Barclay v. Russell*, 3 Ves. 435, as they have long been settled and established »

■ Scott v. Sandford (1856), 60 U.S. 393, 447-449

« Taking this rule to guide us, it may be safely assumed that citizens of the United States who migrate to a Territory belonging to the people of the United States cannot be ruled as mere colonists, dependent upon the will of the General Government and to be governed by any laws it may think proper to impose. The principle upon which our Governments rest and upon which alone they continue to exist, is the union of States, sovereign and independent within their own limits in their internal and domestic concerns, and bound together as one people by a General Government, possessing certain enumerated and restricted powers delegated to it by the people of the several States, and exercising supreme authority within the scope of the powers granted to it throughout the dominion of the United States. A power, therefore, in the General Government to obtain and hold colonies and dependent territories over which they might legislate without restriction would be inconsistent with its own existence in its present form. Whatever it acquires, it acquires for the benefit of the people of the several States who created it. It is their trustee acting for them, and charged with the duty of promoting the interests of the whole people of the Union in the exercise of the powers specifically granted.

At the time when the Territory in question was obtained by cession from France, it contained no population fit to be associated together and admitted as a State, and it therefore was absolutely necessary to hold possession of it, as a Territory belonging to the United States, until it was settled and inhabited by a civilized community capable of self-government, and in a condition to be admitted on equal terms with the other States as a member of the Union. But, as we have before said, it was acquired by the General Government as the representative and trustee of the people of the United States, and it must therefore be held in that character for their common and equal benefit, for it was the people of the several States, acting through their agent and representative, the Federal Government,

who in fact acquired the Territory in question, and the Government holds it for their common use until it shall be associated with the other States as a member of the Union.

But, until that time arrives, it is undoubtedly necessary that some Government should be established in order to organize society and to protect the inhabitants in their persons and property, and as the people of the United States could act in this matter only through the Government which represented them and the through which they spoke and acted when the Territory was obtained, it was not only within the scope of its powers, but it was its duty, to pass such laws and establish such a Government as would enable those by whose authority they acted to reap the advantages anticipated from its acquisition and to gather there a population which would enable it to assume the position to which it was destined among the States of the Union. The power to acquire necessarily carries with it the power to preserve and apply to the purposes for which it was acquired. The form of government to be established necessarily rested in the discretion of Congress. It was their duty to establish the one that would be best suited for the protection and security of the citizens of the United States and other inhabitants who might be authorized to take up their abode there, and that must always depend upon the existing condition of the Territory as to the number and character of its inhabitants and their situation in the Territory. In some cases, a Government consisting of persons appointed by the Federal Government would best subserve the interests of the Territory when the inhabitants were few and scattered, and new to one another. In other instances, it would be more advisable to commit the powers of self-government to the people who had settled in the Territory, as being the most competent to determine what was best for their own interests. But some form of civil authority would be absolutely necessary to organize and preserve civilized society and prepare it to become a State, and what is the best form must always depend on the condition of the Territory at the time, and the choice of the mode must depend upon the exercise of a discretionary power by Congress, acting within the scope of its constitutional authority, and not infringing upon the rights of person or rights of property of the citizen who might go there to reside, or for any other lawful purpose. It was acquired by the exercise of this discretion, and it must be held and governed in like manner until it is fitted to be a State.

But the power of Congress over the person or property of a citizen can never be a mere discretionary power under our Constitution and form of Government. The powers of the Government and the rights and privileges of the citizen are regulated and plainly defined by the Constitution itself. And when the Territory becomes a part of the United States, the Federal Government enters into possession in the character impressed upon it by those who created it. It enters upon it with its powers over the citizen strictly defined, and limited by the Constitution, from which it derives its own existence and by virtue of which alone it continues to exist and act as a Government and sovereignty. It has no power of any kind beyond it, and it cannot, when it enters a Territory of the United States, put off its character and assume discretionary or despotic powers which the Constitution has denied to it ».

■ ***United States v. Kagama (1886), 118 U.S. 375, 381-384***

« The relation of the Indian tribes living within the borders of the United States, both before and since the Revolution, to the people of the United States has always been an anomalous one, and of a complex character. Following the policy of the European governments in the discovery of America, towards the Indians who were found here, the colonies before the Revolution, and the States and the United States since, have recognized in the Indians a possessory right to the soil over which they

roamed and hunted and established occasional villages. But they asserted an ultimate title in the land itself, by which the Indian tribes were forbidden to sell or transfer it to other Nations or peoples without the consent of this paramount authority. When a tribe wished to dispose of its land, or any part of it, or the State or the United States wished to purchase it, a treaty with the tribe was the only mode in which this could be done. The United States recognized no right in private persons or in other Nations to make such a purchase by treaty or otherwise. With the Indians themselves, these relations are equally difficult to define. They were, and always have been, regarded as having a semi-independent position when they preserved their tribal relations; not as States, not as Nations, not as possessed of the full attributes of sovereignty, but as a separate people, with the power of regulating their internal and social relations, and thus far not brought under the laws of the Union or of the State within whose limits they resided.

« Perhaps the best statement of their position is found in the two opinions of this court by Chief Justice Marshall in the case of @ 30 U. S. 536. These opinions are exhaustive, and in the separate opinion of Mr. Justice Baldwin in the former is a very valuable resume of the treaties and statutes concerning the Indian tribes previous to and during the confederation. In the first of the above cases, it was held that these tribes were neither States nor Nations, had only some of the attributes of sovereignty, and could not be so far recognized in that capacity as to sustain a suit in the Supreme Court of the United States. In the second case it was said that they were not subject to the jurisdiction asserted over them by the State of Georgia, which, because they were within its limits, where they had been for ages, had attempted to extend her laws and the jurisdiction of her courts over them. In the opinions in these cases they are spoken of as "wards of the Nation;" "pupils;" as local dependent communities. In this spirit, the United States has conducted its relations to them from its organization to this time. But, after an experience of a hundred years of the treaty-making system of government, Congress has determined upon a new departure -- to govern them by acts of Congress. This is seen in the act of March 3, 1871, embodied in section 2079 of the Revised Statutes:

"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; but no obligation of any treaty lawfully made and ratified with any such Indian Nation or tribe prior to March 3, 1871, shall be hereby invalidated or impaired."

The case of *Crow Dog*, 109 U. S. 556, in which an agreement with the Sioux Indians, ratified by an act of Congress, was supposed to extend over them the laws of the United States and the jurisdiction of its courts, covering murder and other grave crimes, shows the purpose of Congress in this new departure. The decision in that case admits that if the intention of Congress had been to punish, by the United States courts, the murder of one Indian by another, the law would have been valid. But the Court could not see, in the agreement with the Indians sanctioned by Congress, a purpose to repeal section 2146 of the Revised Statutes, which expressly excludes from that jurisdiction the case of a crime committed by one Indian against another in the Indian country. The passage of the act now under consideration was designed to remove that objection, and to go further by including such crimes on reservations lying within a State. Is this latter fact a fatal objection to the law? The statute itself contains no express limitation upon the powers of a State, or the jurisdiction of its courts. If there be any limitation in either of these, it grows out of the implication arising from the fact that Congress has defined a crime committed within the State, and made it punishable in the courts of the United States. But Congress has done this, and can do it, with regard to all offenses relating to matters to which the federal authority extends. Does that authority extend to this case?

It will be seen at once that the nature of the offense (murder) is one which in most all cases of its commission is punishable by the laws of the States, and within the jurisdiction of their courts. The distinction is claimed to be that the offense under the statute is committed by an Indian, that it is committed on a reservation set apart within the State for residence of the tribe of Indians by the United States, and the fair inference is that the offending Indian shall belong to that or some other tribe. It does not interfere with the process of the state courts within the reservation, nor with the operation of state laws upon white people found there. Its effect is confined to the acts of an Indian of some tribe, of a criminal character, committed within the limits of the reservation. It seems to us that this is within the competency of Congress. These Indian tribes are the wards of the Nation. They are communities dependent on the United States -- dependent largely for their daily food; dependent for their political

rights. They owe no allegiance to the States, and receive from them no protection. Because of the local ill feeling, the people of the States where they are found are often their deadliest enemies. From their very weakness and helplessness, so largely due to the course of dealing of the federal government with them, and the treaties in which it has been promised, there arises the duty of protection, and with it the power. This has always been recognized by the executive, and by Congress, and by this Court, whenever the question has arisen »

■ ***The Chinese Exclusion Case (1889), 130 U.S. 581, 604-606***

« While under our Constitution and form of government the great mass of local matters is controlled by local authorities, the United States, in their relation to foreign countries and their subjects or citizens, are one Nation, invested with powers which belong to independent Nations, the exercise of which can be invoked for the maintenance of its absolute independence and security throughout its entire territory. The powers to declare war, make treaties, suppress insurrection, repel invasion, regulate foreign commerce, secure republican governments to the states, and admit subjects of other Nations to citizenship are all sovereign powers, restricted in their exercise only by the Constitution itself and considerations of public policy and justice which control, more or less, the conduct of all civilized Nations. As said by this Court in the case of @ 19 U. S. 413, speaking by the same great Chief Justice:

"That the United States form, for many, and for most important purposes, a single Nation, has not yet been denied. In war, we are one people. In making peace, we are one people. In all commercial regulations, we are one and the same people. In many other respects, the American people are one, and the government which is alone capable of controlling and managing their interests in all these respects is the government of the union. It is their government, and in that character they have no other. America has chosen to be in many respects, and to many purposes, a Nation, and for all these purposes her government is complete; to all these objects, it is competent. The people have declared that in the exercise of all powers given for these objects, it is supreme. It can, then, in effecting these objects, legitimately control all individuals or governments within the American territory. The Constitution and laws of a state, so far as they are repugnant to the Constitution and laws of the United States, are absolutely void. These states are constituent parts of the United States. They are members of one great empire -- for some purposes sovereign, for some purposes subordinate."

The same view is expressed in a different form by MR. JUSTICE BRADLEY in @ 79 U. S. 555, where he observes that

"the United States is not only a government, but it is a national government, and the only government in this country that has the character of nationality. It is invested with power over all the foreign relations of the country, war, peace, and negotiations and intercourse with other Nations, all of which are forbidden to the state governments. It has jurisdiction over all those general subjects of legislation and sovereignty which affect the interests of the whole people equally and alike, and which require uniformity of regulations and laws, such as the coinage, weights, and measures, bankruptcies, the postal system, patent and copyright laws, the public lands, and interstate commerce -- all which subjects are expressly or impliedly prohibited to the state governments. It has power to suppress insurrections as well as to repel invasions, and to organize, arm, discipline, and call into service the militia of the whole country. The President is charged with the duty and invested with the power to take care that the laws be faithfully executed. The judiciary has jurisdiction to decide controversies between the states, and between their respective citizens, as well as questions of national concern, and the government is clothed with power to guaranty to every state a republican government and to protect each of them against invasion and domestic violence."

The control of local matters being left to local authorities, and national matters being entrusted to the government of the union, the problem of free institutions existing over a widely extended country, having different climates and varied interests, has been happily solved. For local interests, the

several states of the union exist, but for national purposes, embracing our relations with foreign Nations, we are but one people, one Nation, one power.

To preserve its independence, and give security against foreign aggression and encroachment, is the highest duty of every Nation, and to attain these ends nearly all other considerations are to be subordinated. It matters not in what form such aggression and encroachment come, whether from the foreign Nation acting in its national character, or from vast hordes of its people crowding in upon us. The government, possessing the powers which are to be exercised for protection and security, is clothed with authority to determine the occasion on which the powers shall be called forth, and its determinations, so far as the subjects affected are concerned, are necessarily conclusive upon all its departments and officers. If, therefore, the government of the United States, through its legislative department, considers the presence of foreigners of a different race in this country, who will not assimilate with us, to be dangerous to its peace and security, their exclusion is not to be stayed because at the time there are no actual hostilities with the Nation of which the foreigners are subjects ».

■ ***Downes v. Bidwell (1901), 182 U.S. 244, 277-283***

« Upon the other hand, when the Constitution declares that all duties shall be uniform "throughout the United States," it becomes necessary to inquire whether there be any territory over which Congress has jurisdiction which is not a part of the "United States," by which term we understand the states whose people *united* to form the Constitution, and such as have since been admitted to the Union upon an equality with them. Not only did the people in adopting the Thirteenth Amendment thus recognize a distinction between the United States and "any place subject to their jurisdiction," but Congress itself, in the Act of March 27, 1804, 2 Stat. 298, c. 56, providing for the proof of public records, applied the provisions of the act not only to "every court and office within the United States," but to the "courts and offices of the respective territories of the United States and countries subject to the jurisdiction of the United States," as to the courts and offices of the several states. This classification, adopted by the Eighth Congress, is carried into the Revised Statutes as follows:

"SEC. 905. The acts of the legislature of any state or territory, or of any country subject to the jurisdiction of the United States, shall be authenticated," etc.

"SEC. 906. All records and exemplifications of books which may be kept in any public office of and state or territory, or of any country subject to the jurisdiction of the United States," etc.

Unless these words are to be rejected as meaningless, we must treat them as a recognition by Congress of the fact that there may be territories subject to the jurisdiction of the United States which are not of the United States.

In determining the meaning of the words of Article I, sec. 8, "uniform throughout the United States," we are bound to consider not only the provisions forbidding preference being given to the ports of one state over those of another (to which attention has already been called), but the other clauses declaring that no tax or duty shall be laid on articles exported from any state, and that no state shall, without the consent of Congress, lay any imposts or duties upon imports or exports, nor any duty on tonnage. The object of all of these was to protect the states which united in forming the Constitution from discriminations by Congress which would operate unfairly or injuriously upon some states and not equally upon others. The opinion of MR. JUSTICE WHITE in *Knowlton v. Moore*, 178 U. S. 41, contains an elaborate historical review of the proceedings in the convention which resulted in the adoption of these different clauses and their arrangement, and he there comes to the conclusion (p. 178 U. S. 105) that, "although the provision as to preference between ports and that regarding uniformity of duties, imposts, and excises were one in purpose, one in their adoption," they were originally placed together, and "became separated only in arranging the Constitution for the purpose of style." Thus construed together, the purpose is irresistible that the words "throughout the United States" are indistinguishable from the words "among or between the several states," and that these prohibitions were intended to apply only to commerce between ports of the several states as they then existed or should thereafter be admitted to the Union.

Indeed, the practical interpretation put by Congress upon the Constitution has been long continued and uniform to the effect that the Constitution is applicable to territories acquired by purchase or conquest only when and so far as Congress shall so direct. Notwithstanding its duty to "guarantee to every state in this Union a republican form of government" Art. IV, sec. 4, by which we understand, according to the definition of Webster, "a government in which the supreme power resides in the whole body of the people, and is exercised by representatives elected by them," Congress did not hesitate, in the original organization of the Territories of Louisiana, Florida, the Northwest Territory, and its subdivisions of Ohio, Indiana, Michigan, Illinois, and Wisconsin, and still more recently in the case of Alaska, to establish a form of government bearing a much greater analogy to a British Crown colony than a republican state of America, and to vest the legislative power either in a governor and council, or a governor and judges, to be appointed by the President. It was not until they had attained a certain population that power was given them to organize a legislature by vote of the people. In all these cases, as well as in territories subsequently organized west of the Mississippi, Congress thought it necessary either to extend to Constitution and laws of the United States over them, or to declare that the inhabitants should be entitled to enjoy the right of trial by jury, of bail, and of the privilege of the writ of habeas corpus, as well as other privileges of the bill of rights.

We are also of opinion that the power to acquire territory by treaty implies not only the power to govern such territory, but to prescribe upon what terms the United States will receive its inhabitants, and what their status shall be in what Chief Justice Marshall termed the "American empire." There seems to be no middle ground between this position and the doctrine that, if their inhabitants do not become, immediately upon annexation, citizens of the United States, their children thereafter born, whether savages or civilized, are such, and entitled to all the rights, privileges and immunities of citizens. If such be their status, the consequences will be extremely serious. Indeed, it is doubtful if Congress would ever assent to the annexation of territory upon the condition that its inhabitants, however foreign they may be to our habits, traditions, and modes of life, shall become at once citizens of the United States. In all its treaties hitherto, the treaty-making power has made special provision for this subject -- in the cases of Louisiana and Florida, by stipulating that "the inhabitants shall be incorporated into the Union of the United States and admitted as soon as possible . . . to the enjoyment of all the rights, advantages, and immunities of citizens of the United States;" in the case of Mexico, that they should "be incorporated into the Union, and be admitted at the proper time (to be judged of by the Congress of the United States) to the enjoyment of all the rights of citizens of the United States," in the case of Alaska, that the inhabitants who remained three years, "with the exception of uncivilized native tribes, shall be admitted to the enjoyment of all the rights," etc, and in the case of Porto Rico and the Philippines, "that the civil rights and political status of the native inhabitants . . . shall be determined by Congress." In all these cases there is an implied denial of the right of the inhabitants to American citizenship until Congress by further action shall signify its assent thereto.

Grave apprehensions of danger are felt by many eminent men -- a fear lest an unrestrained possession of power on the part of Congress may lead to unjust and oppressive legislation in which the natural rights of territories, or their inhabitants, may be engulfed in a centralized despotism. These fears, however, find no justification in the action of Congress in the past century nor in the conduct of the British Parliament towards its outlying possessions since the American Revolution. Indeed, in the only instance in which this Court has declared an act of Congress unconstitutional as trespassing upon the rights of territories (the Missouri Compromise), such action was dictated by motives of humanity and justice, and so far commanded popular approval as to be embodied in the Thirteenth Amendment to the Constitution. There are certain principles of natural justice inherent in the Anglo-Saxon character which need no expression in constitutions or statutes to give them effect or to secure dependencies against legislation manifestly hostile to their real interests. Even in the Foraker Act itself, the constitutionality of which is so vigorously assailed, power was given to the legislative assembly of Porto Rico to repeal the very tariff in question in this case, a power it has not seen fit to exercise. The words of Chief Justice Marshall in *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, with respect to the power of Congress to regulate commerce, are pertinent in this connection: "This power," said he, "like all others vested in Congress, is complete in itself, may be exercised to its utmost extent, and acknowledges no limitations other than are prescribed in the Constitution. . . . The wisdom and discretion of Congress, their identity with the people, and the influence which their constituents

possess at elections are in this, as in many other instances -- as that, for example, of declaring war -- the sole restraints on which they have relied to secure them from its abuse. They are the restraints on which the people must often rely solely in all representative governments."

So too, in @ 21 U. S. 583, it was said by him:

"The title by conquest is acquired and maintained by force. The conqueror prescribes its limits. Humanity, however, acting on public opinion, has established, as a general rule, that the conquered shall not be wantonly oppressed and that their condition shall remain as eligible as is compatible with the objects of the conquest. Most usually, they are incorporated with the victorious Nation and become subjects or citizens of the government with which they are connected. The new and old members of the society mingle with each other, the distinction between them is gradually lost, and they make one people. Where this incorporation is practicable, humanity demands, and a wise policy requires, that the rights of the conquered to property should remain unimpaired, that the new subjects should be governed as equitably as the old, and that confidence in their security should gradually banish the painful sense of being separated from their ancient connections and united by force to strangers."

"When the conquest is complete and the conquered inhabitants can be blended with the conquerors *or safely governed as a distinct people*, public opinion, which not even the conqueror can disregard, imposes these restraints upon him, and he cannot neglect them without injury to his fame and hazard to his power."

The following remarks of MR. JUSTICE WHITE in the case of *Knowlton v. Moore*, 178 U. S. 109, in which the Court upheld the progressive features of the legacy tax, are also pertinent:

"The grave consequences which it is asserted must arise in the future if the right to levy a progressive tax be recognized involves in its ultimate aspect the mere assertion that free and representative government is a failure, and that the grossest abuses of power are foreshadowed unless the courts usurp a purely legislative function. If a case should ever arise where an arbitrary and confiscatory exaction is imposed bearing the guise of a progressive or any other form of tax, it will be time enough to consider whether the judicial power can afford a remedy by applying inherent and fundamental principles for the protection of the individual, even though there be no express authority in the Constitution to do so."

It is obvious that, in the annexation of outlying and distant possessions, grave questions will arise from differences of race, habits, laws, and customs of the people and from differences of soil, climate, and production which may require action on the part of Congress that would be quite unnecessary in the annexation of contiguous territory inhabited only by people of the same race or by scattered bodies of native Indians.

We suggest, without intending to decide, that there may be a distinction between certain natural rights enforced in the Constitution by prohibitions against interference with them and what may be termed artificial or remedial rights which are peculiar to our own system of jurisprudence. Of the former class are the rights to one's own religious opinions and to a public expression of them, or, as sometimes said, to worship God according to the dictates of one's own conscience; the right to personal liberty and individual property; to freedom of speech and of the press; to free access to courts of justice, to due process of law, and to an equal protection of the laws; to immunities from unreasonable searches and seizures, as well as cruel and unusual punishments, and to such other immunities as are indispensable to a free government. Of the latter class are the rights to citizenship, to suffrage, *Minor v. Happersett*, 21 Wall. 162, and to the particular methods of procedure pointed out in the Constitution which are peculiar to Anglo-Saxon jurisprudence, and some of which have already been held by the states to be unnecessary to the proper protection of individuals.

Whatever may be finally decided by the American people as to the status of these islands and their inhabitants -- whether they shall be introduced into the sisterhood of states or be permitted to form independent governments -- it does not follow that, in the meantime, awaiting that decision, the people are in the matter of personal rights unprotected by the provisions of our Constitution and subject to the merely arbitrary control of Congress. Even if regarded as aliens, they are entitled under the principles of the Constitution to be protected in life, liberty, and property »

II] CARTOGRAPHIE

Les cartes reproduites ci-dessous ont vocation à résumer succinctement l'expansion territoriale des États-Unis, l'emplacement et le déplacement des Nations indiennes, qui sont mal connus en France. Les indications qu'elles contiennent, notamment en ce que certaines qualifient le « mode d'acquisition du territoire » grâce auquel l'expansion a été possible, ne reflètent pas nécessairement les développements proposés dans notre travail. Une cartographie exceptionnelle des transactions territoriales entre les États-Unis et les Nations indiennes au cours du XIXe siècle, illustrant chacun des traités territoriaux conclus, est disponible à l'adresse : <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwss-ilc.html>

■ Cessions des revendications territoriales des *landed states* entre 1782 et 1802

Source : Atlas Maps, Pearson Education, disponible à l'adresse :

http://wpscms.pearsoncmg.com/wps/media/objects/1676/1716309/int_map/imp_0033.html

La carte est une version simplifiée de celle proposée par SHEPHERD, (W.R.), *Historical Atlas*, New York, Henry Holt & Co. 1923. Cette version originale, que l'on ne peut reproduire ici en raison de sa taille, est cependant accessible à l'adresse :

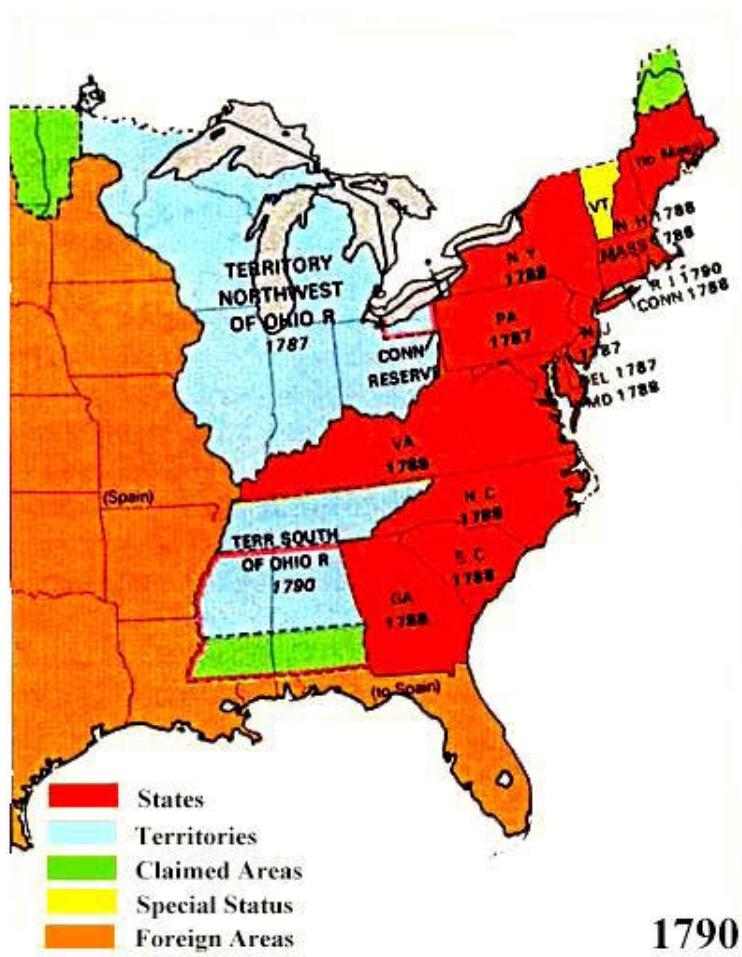
http://www.lib.utexas.edu/maps/historical/shepherd/united_states_1783_1803.jpg

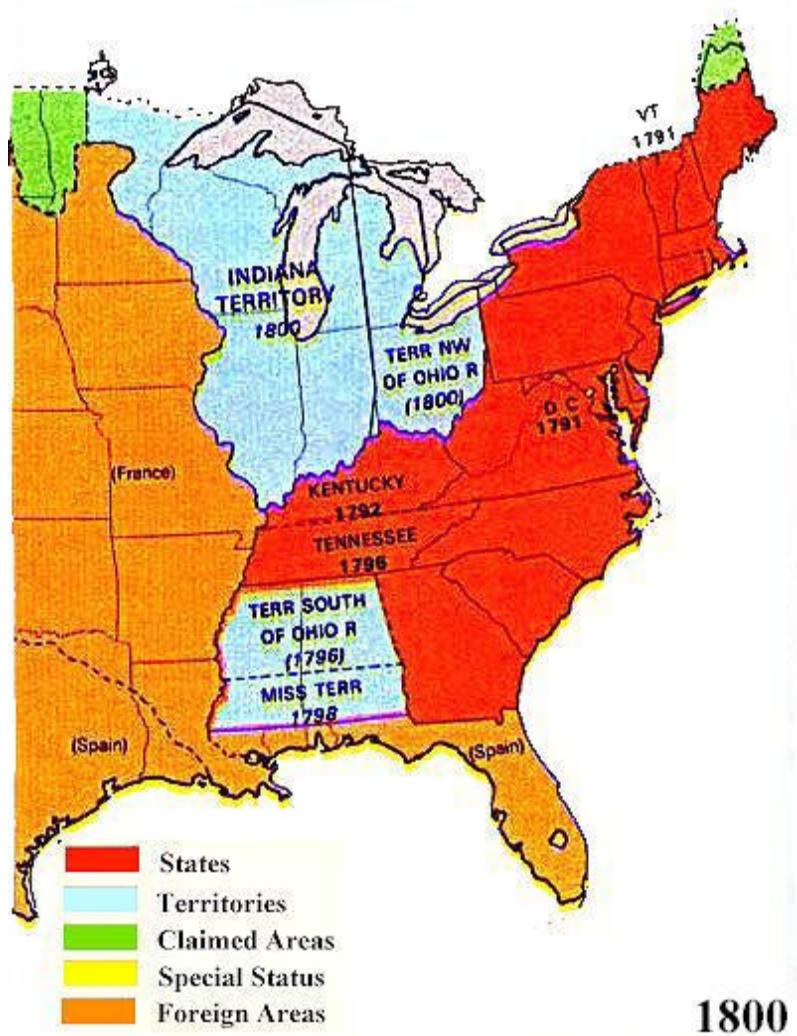


WESTERN LAND CLAIMS CEDED BY THE STATES

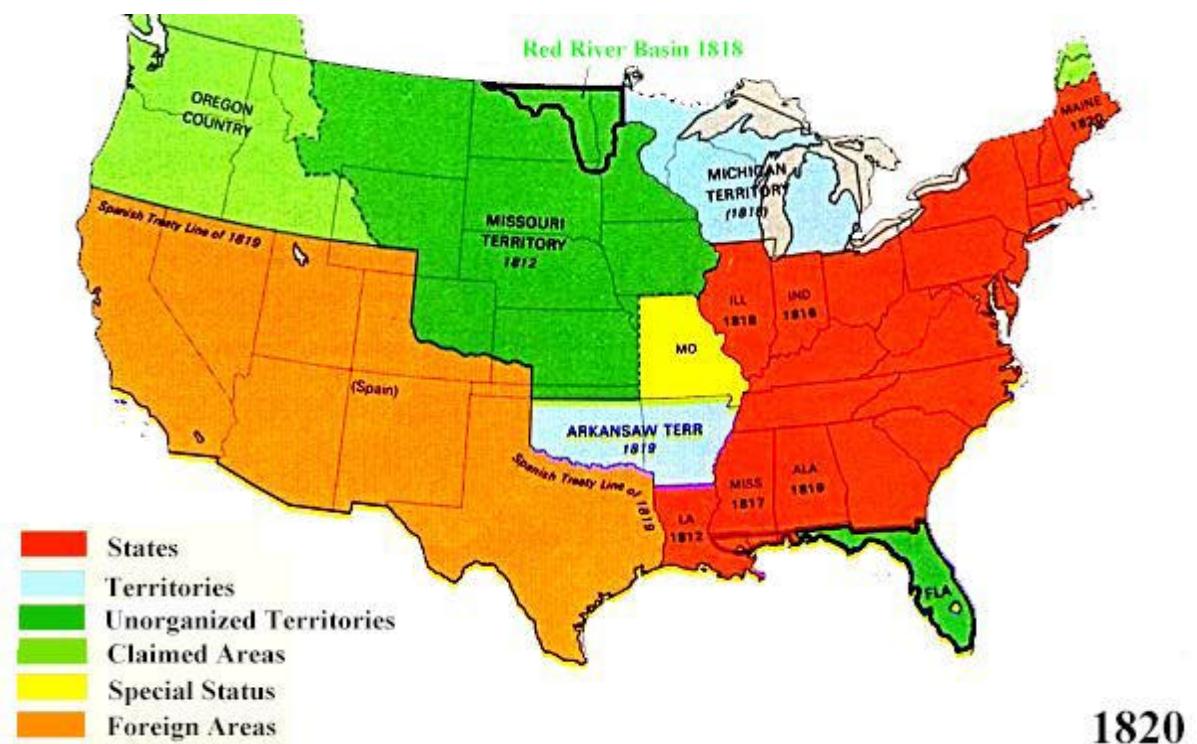
■ Expansion territoriale des États-Unis et statuts juridiques des espaces au sein des frontières américaines entre 1790 et 1920

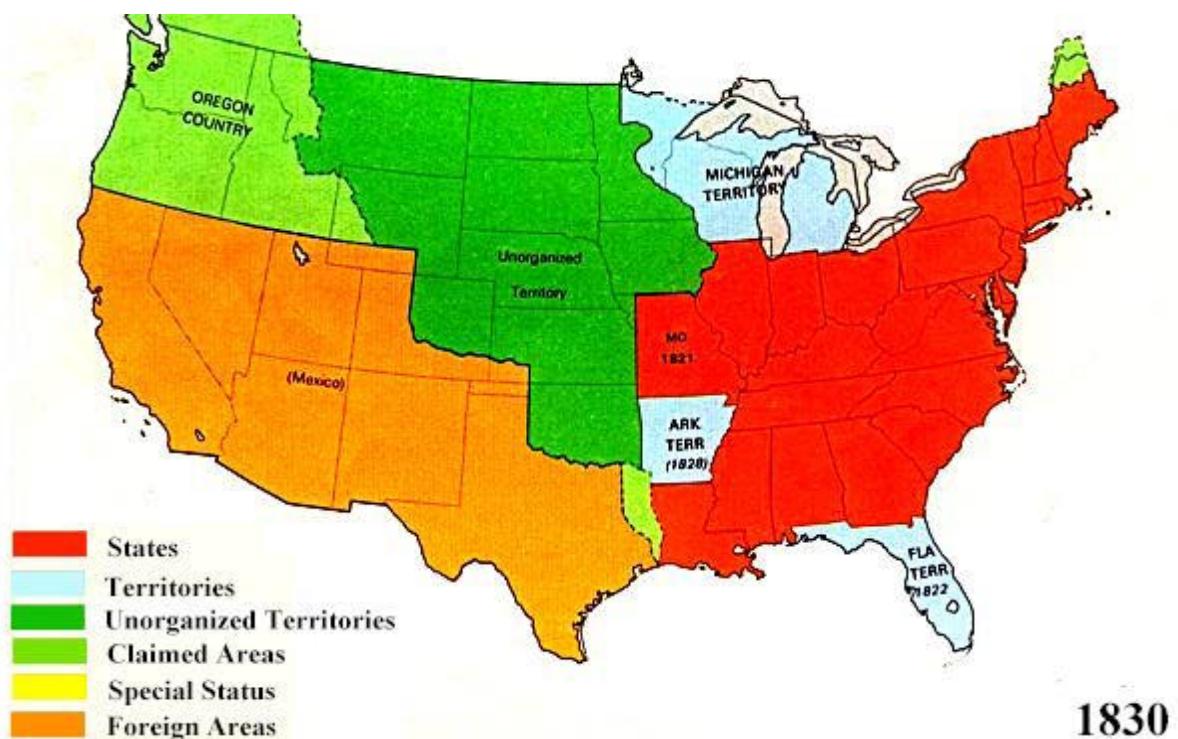
Source : « Territorial expansion of the United States », in *American Historical Atlas*, American Studies at the University of Virginia, disponible à l'adresse :
http://xroads.virginia.edu/~MAP/terr_hp.html

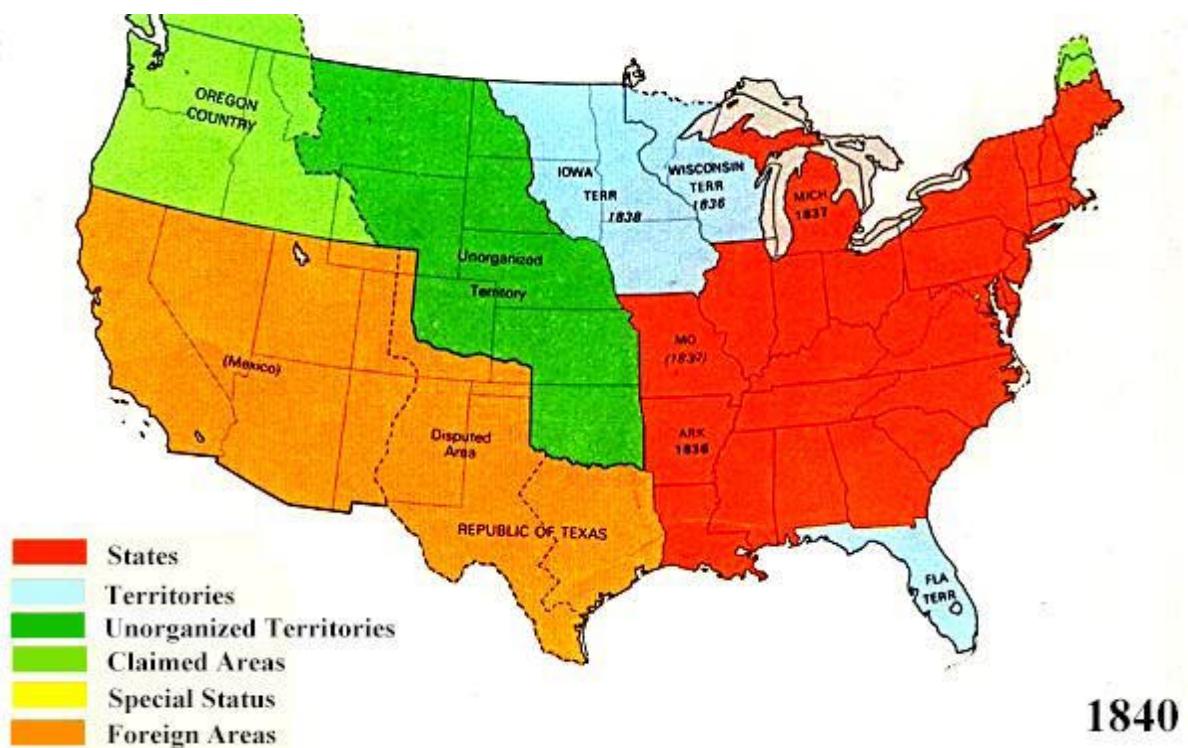




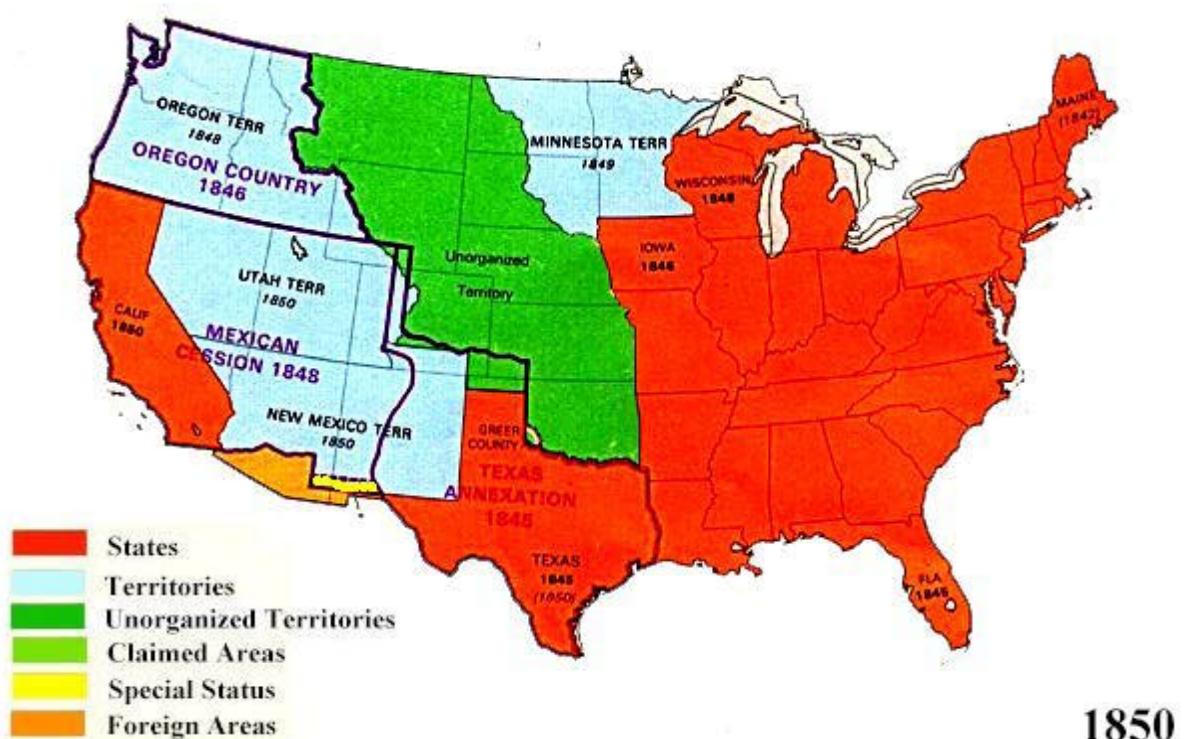


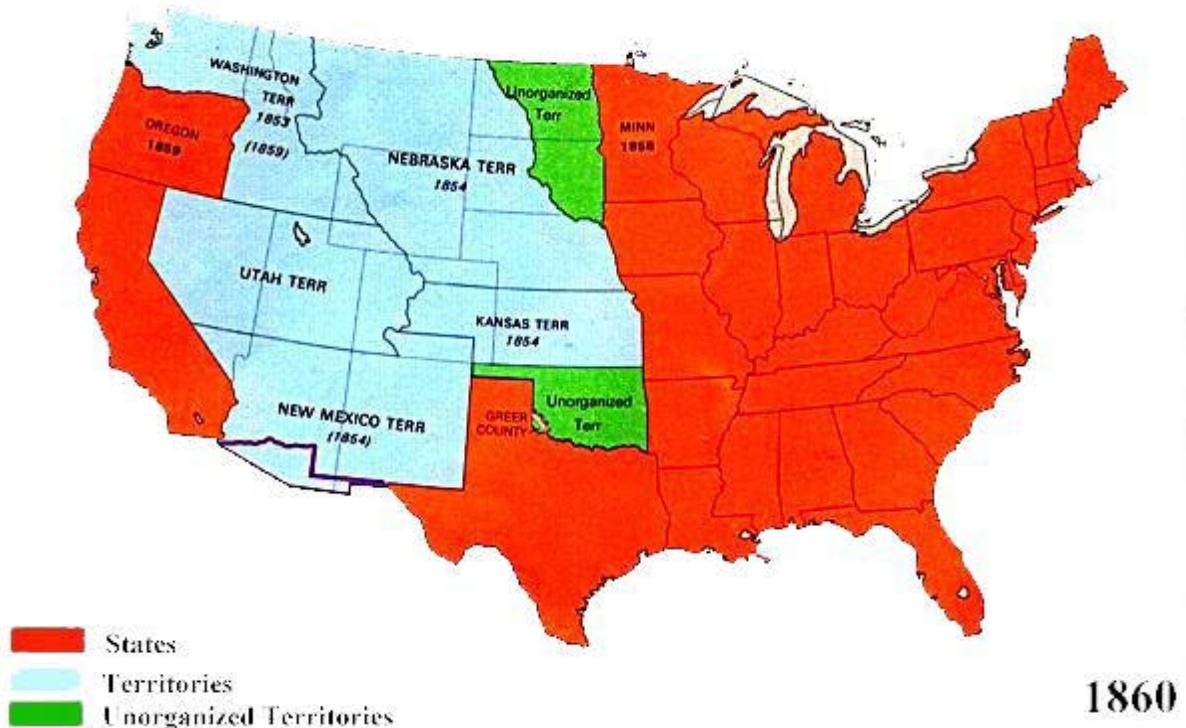


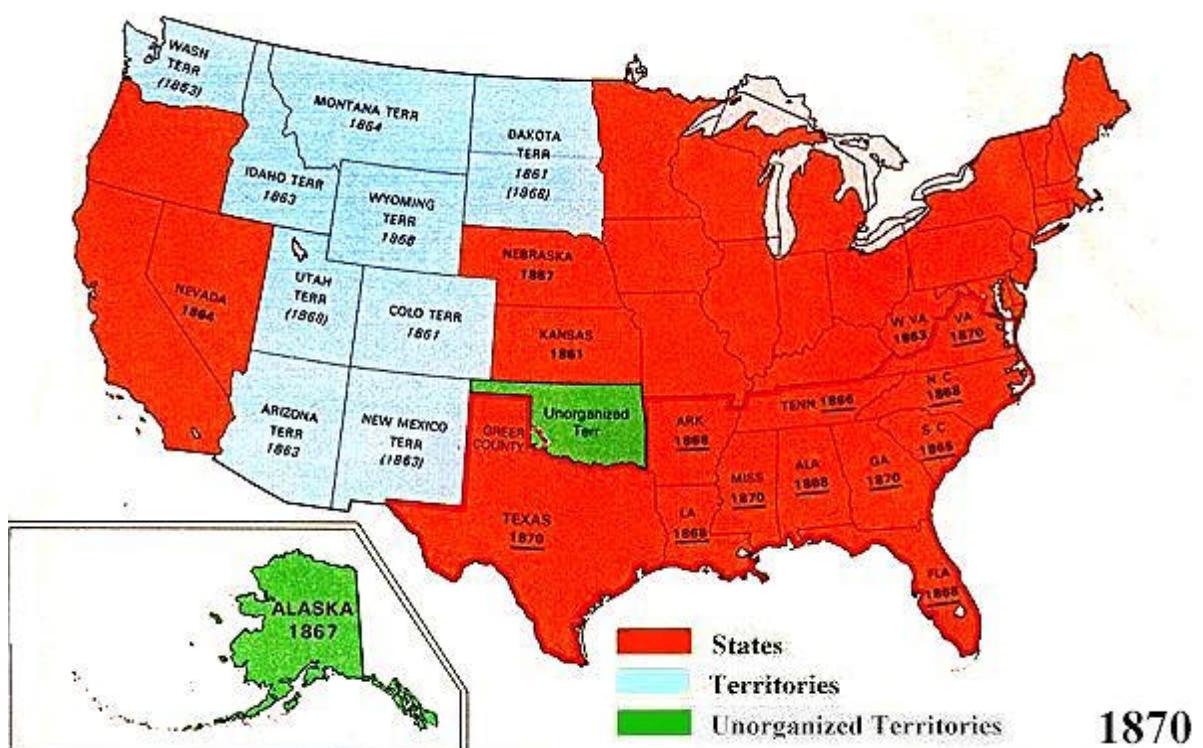


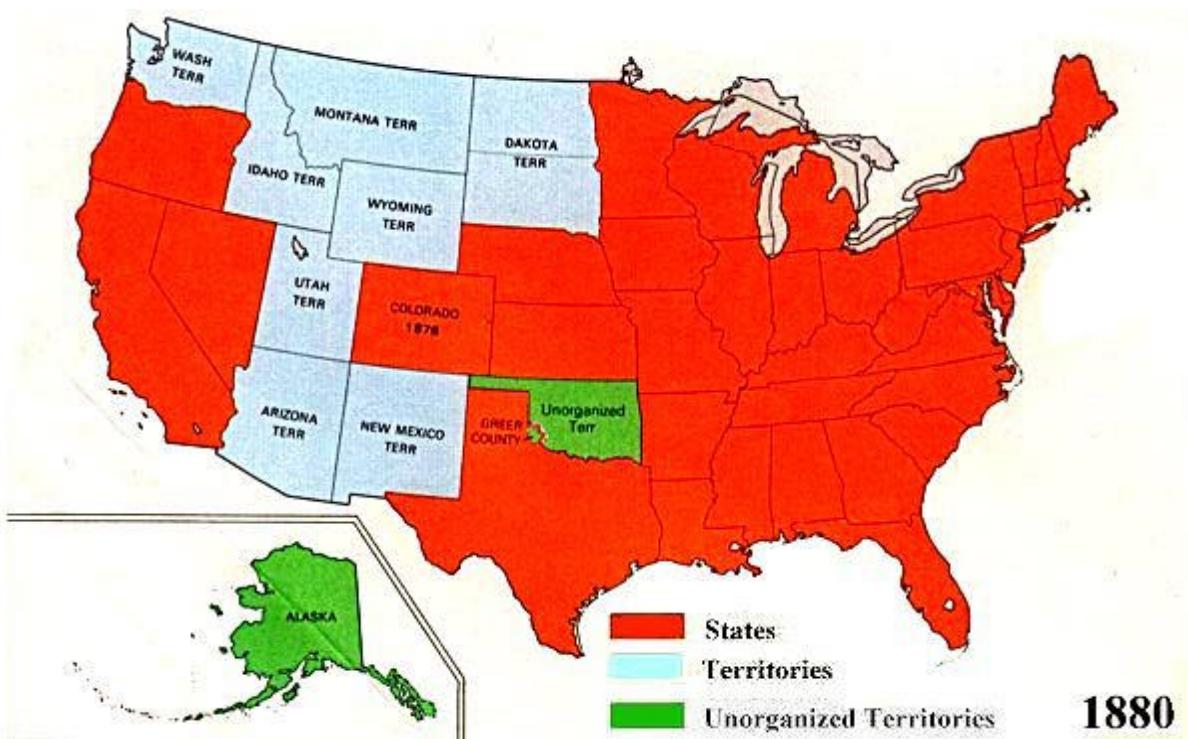


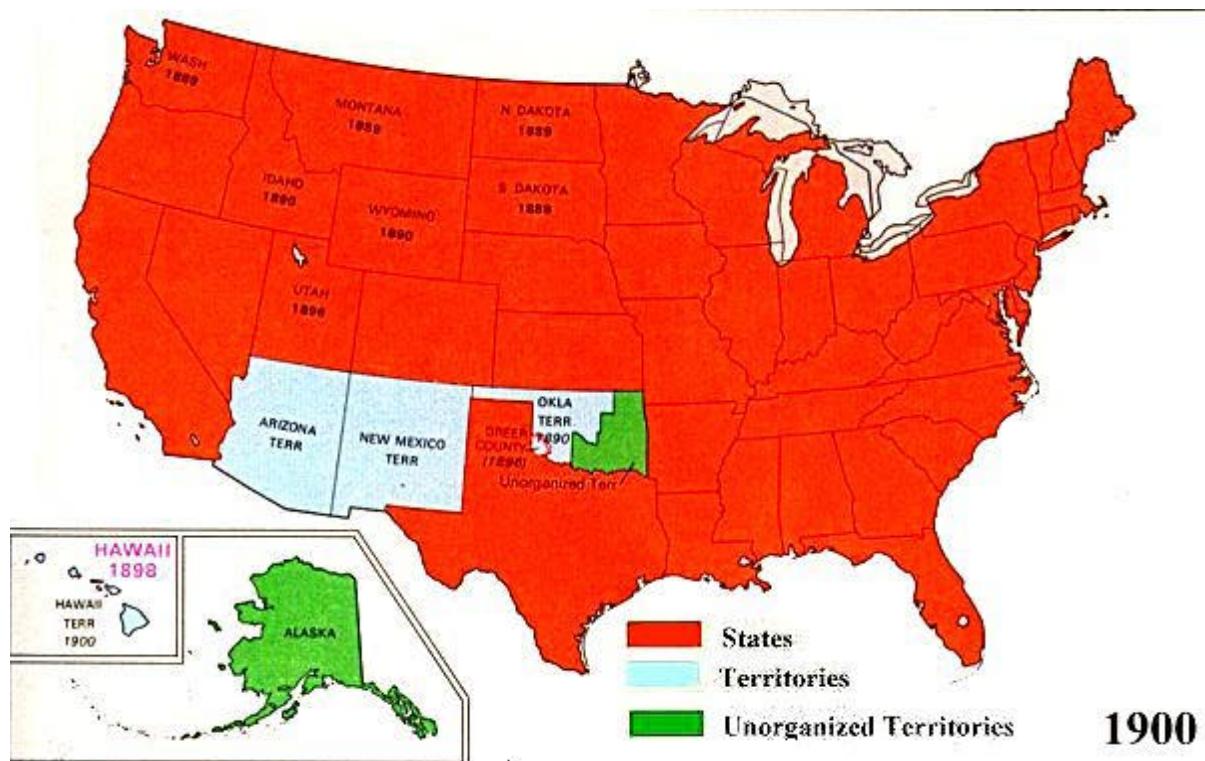


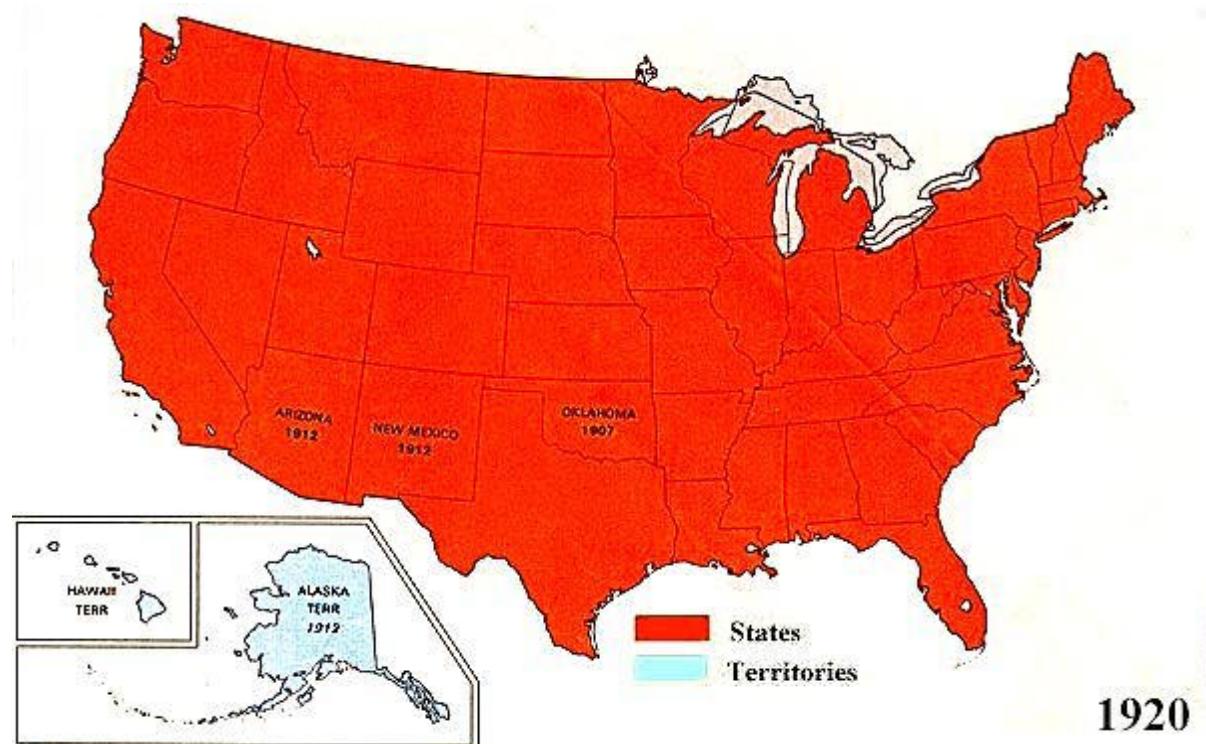












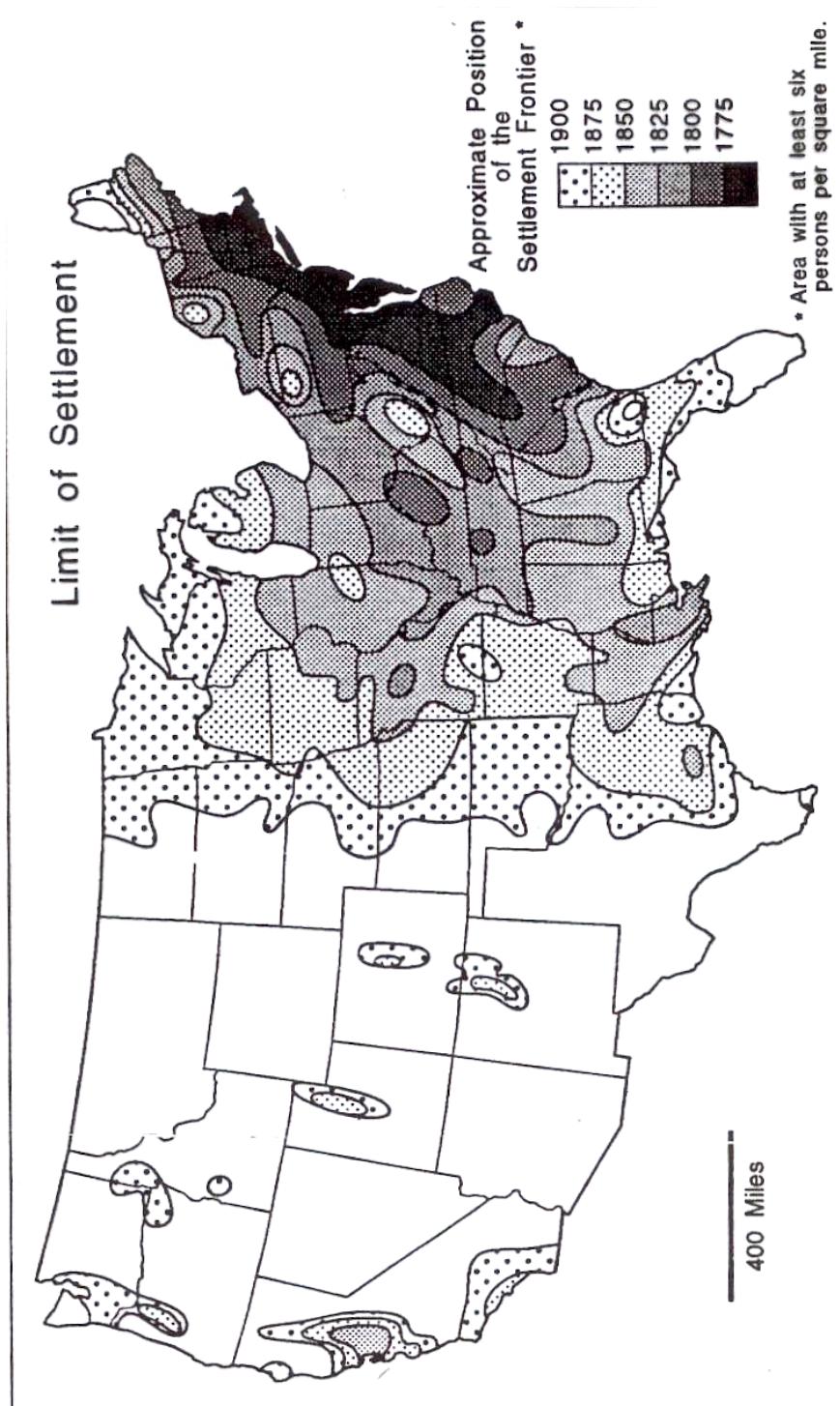
■ Acquisitions territoriales des États-Unis entre 1803 et 1898

Source : LEMARCHAND, (P.), (dir.), *Atlas des États-Unis. Les paradoxes de la puissance*, Paris, Atlande 1997.



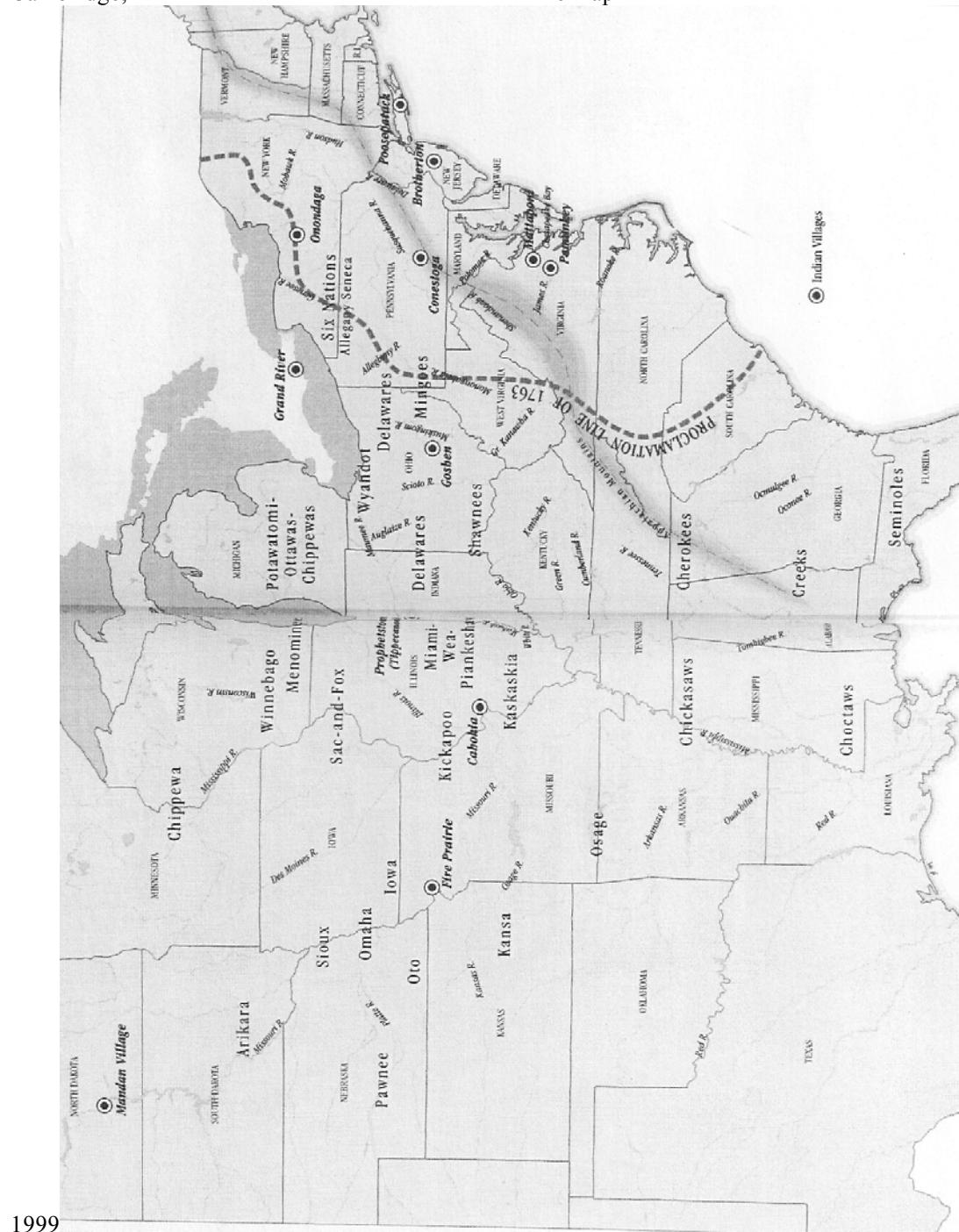
■ Evolution des établissements de population américaine sur le continent entre 1775 et 1900

Source : CARNES, (M.C.) ; GARRATY, (J.A.), WILLIAMS, (P.), *Mapping America's past*, New York, H.Holt 1996



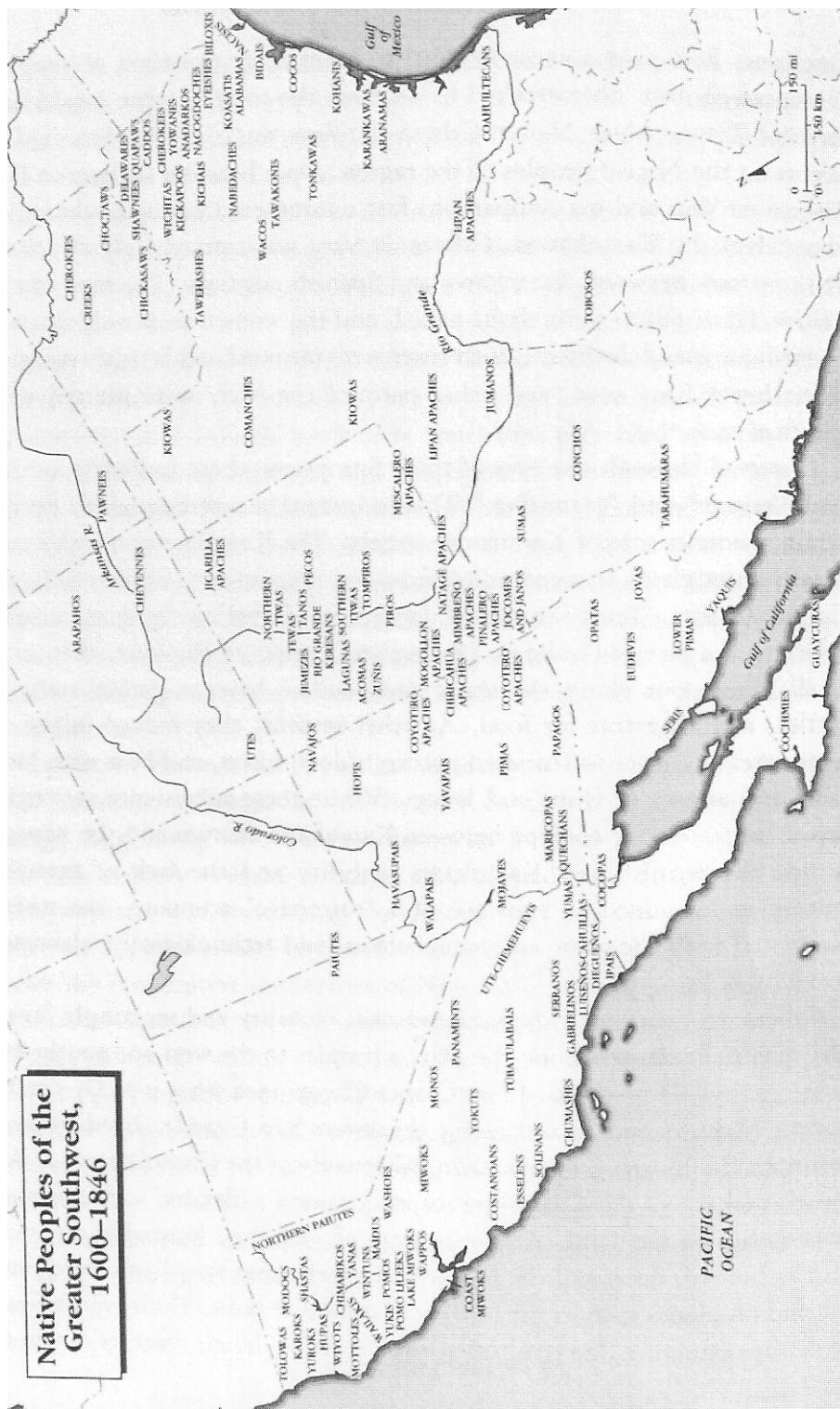
■ Nations indiennes aux alentours de 1800 (Est du Continent)

Source : WALLACE, (A.F.C.), *Jefferson and the Indians : the Tragic Fate of the First Americans*, Cambridge, Bleknap Press



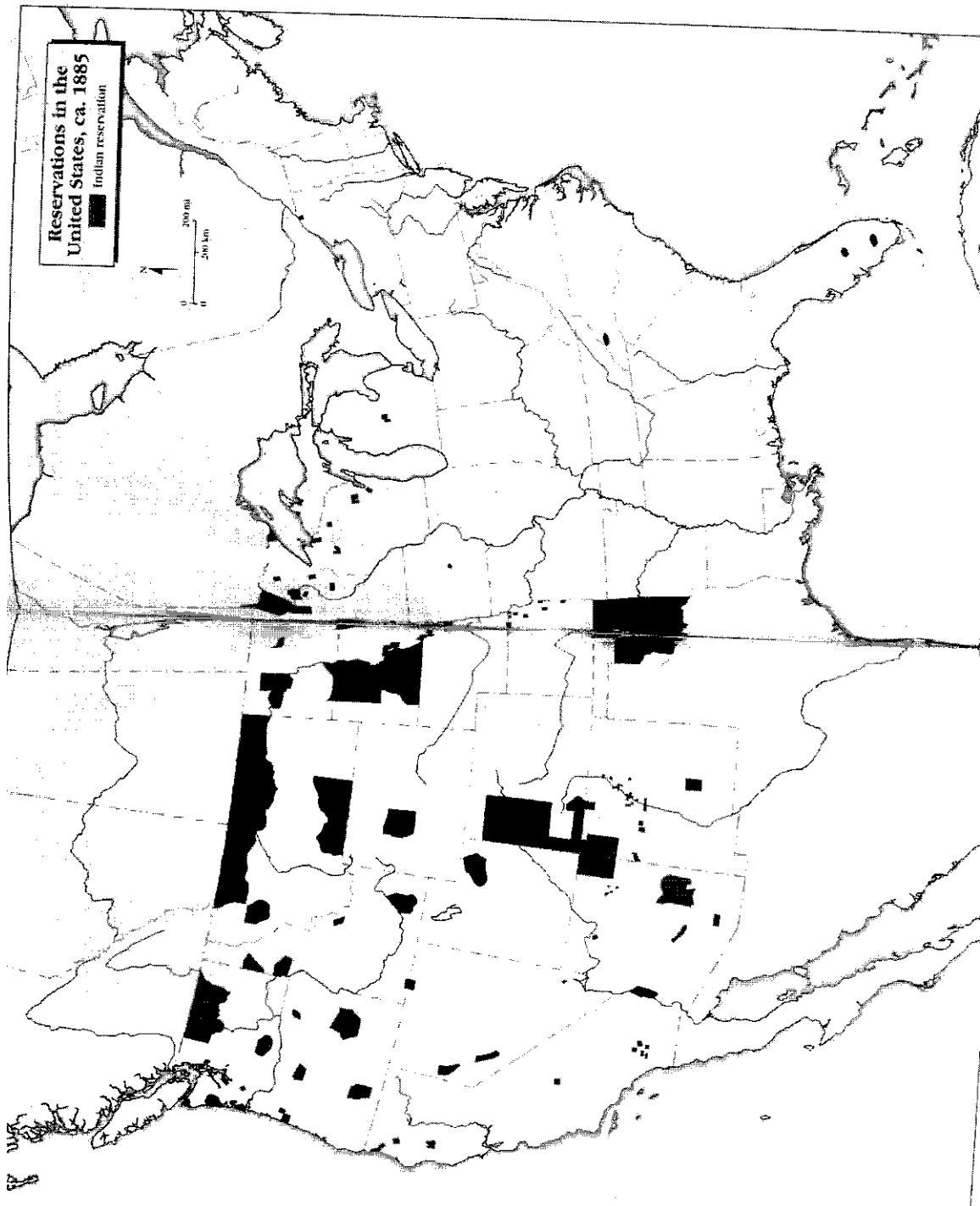
■ Nations indiennes 1600 – 1846 (Sud-Ouest du Continent)

Source : TRIGGER, (B.G.) ; WASHBURN, (W.E.), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas*, New York, Cambridge UP 1996-2000, vol.1



■ Réserves Indiennes en 1885

Source : WALLACE, (A.F.C.), *Jefferson and the Indians : the Tragic Fate of the First Americans*, Cambridge, Bleknap Press 1999



III] DOCUMENTS

Nous reproduisons ici quelques-uns des documents qui, étudiés dans nos développements, sont soit importants pour notre démonstration, soit présentent une originalité qui nous a semblé justifier leur inclusion dans ces annexes.

■ « **A recommendation to the states to enact law for punishing infractions of the laws of Nations, November 23, 1781** », J.C.C. vol.21, pp. 1136 – 1137.

« The committee, to whom was referred the motion for a recommendation to the several legislatures to enact punishments against violators of the law of Nations, report:
That the scheme of criminal justice in the several states does not sufficiently comprehend offenses against the law of Nations:

That a prince, to whom it may be hereafter necessary to disavow any transgression of that law by a citizen of the United States, will receive such disavowal with reluctance and suspicion, if regular and adequate punishment shall not have been provided against the transgressor:

That as instances may occur, in which, for the avoidance of war, *it may be expedient to repair out of the public treasury injuries recommitted by individuals, and the property of the innocent be exposed to reprisal, the author of those injuries should compensate the damage out of his private fortune.*

Resolved, *That it be recommended to the legislatures of the several states to provide expeditious, exemplary and adequate punishment:*

First. For the violation of safe conducts or passports, expressly granted under the authority of Congress to the subjects of a foreign power in time of war:

Secondly. For the commission of acts of hostility against such as are in amity, league or truce with the United States, or who are within the same, under a general implied safe conduct:

Thirdly. For the infractions of the immunities of ambassadors and other public ministers, authorised and received as such by the United States in Congress assembled, by animadverting on violence offered to their persons, houses, [carriages and property, under the limitations allowed by the usages of Nations; and on disturbance given to the free exercise of their religion: by annulling all writs and processes, at any time sued forth against an ambassador, or other public minister, or against their goods and chattels, or against their domestic servants, whereby his person may be arrested: and,

Fourthly. For infractions of treaties and conventions to which the United States are a party. The preceding being only those offences against the law of Nations which are most obvious, and public faith and safety requiring that punishment should be co-extensive with such crimes:

Resolved, *That it be farther recommended to the several states to erect a tribunal in each State, or to vest one already existing with power to decide on offences against the law of Nations, not contained in the foregoing enumeration, under convenient restrictions.*

Resolved, That it be farther recommended to authorise suits to be instituted for damages by the party injured, and for compensation to the United States for damage sustained by them from an injury done to a foreign power by a citizen »

■ « **An Ordinance for the government of the Territory of the United States Northwest of the River Ohio, July 13th, 1787** », J.C.C. vol.32, pp. 334 – 343.

« **Section 1.** Be it ordained by the United States in Congress assembled, That the said territory, for the purposes of temporary government, be one district, subject, however, to be divided into two districts, as future circumstances may, in the opinion of Congress, make it expedient.

Sec 2. Be it ordained by the authority aforesaid, That the estates, both of resident and nonresident proprietors in the said territory, dying intestate, shall descent to, and be distributed among their children, and the descendants of a deceased child, in equal parts; the descendants of a deceased child or grandchild to take the share of their deceased parent in equal parts among them: And where there shall be no children or descendants, then in equal parts to the next of kin in equal degree; and among collaterals, the children of a deceased brother or sister of the intestate shall have, in equal parts among them, their deceased parents' share; and there shall in no case be a distinction between kindred of the whole and half blood; saving, in all cases, to the widow of the intestate her third part of the real estate for life, and one third part of the personal estate; and this law relative to descents and dower, shall remain in full force until altered by the legislature of the district. And until the governor and judges shall adopt laws as hereinafter mentioned, estates in the said territory may be devised or bequeathed by wills in writing, signed and sealed by him or her in whom the estate may be (being of full age), and attested by three witnesses; and real estates may be conveyed by lease and release, or bargain and sale, signed, sealed and delivered by the person being of full age, in whom the estate may be, and attested by two witnesses, provided such wills be duly proved, and such conveyances be acknowledged, or the execution thereof duly proved, and be recorded within one year after proper magistrates, courts, and registers shall be appointed for that purpose; and personal property may be transferred by delivery; saving, however to the French and Canadian inhabitants, and other settlers of the Kaskaskies, St. Vincents and the neighboring villages who have heretofore professed themselves citizens of Virginia, their laws and customs now in force among them, relative to the descent and conveyance, of property.

Sec. 3. Be it ordained by the authority aforesaid, That there shall be appointed from time to time by Congress, a governor, whose commission shall continue in force for the term of three years, unless sooner revoked by Congress; he shall reside in the district, and have a freehold estate therein in 1,000 acres of land, while in the exercise of his office.

Sec. 4. There shall be appointed from time to time by Congress, a secretary, whose commission shall continue in force for four years unless sooner revoked; he shall reside in the district, and have a freehold estate therein in 500 acres of land, while in the exercise of his office. It shall be his duty to keep and preserve the acts and laws passed by the legislature, and the public records of the district, and the proceedings of the governor in his executive department, and transmit authentic copies of such acts and proceedings, every six months, to the Secretary of Congress: There shall also be appointed a court to consist of three judges, any two of whom to form a court, who shall have a common law jurisdiction, and reside in the district, and have each therein a freehold estate in 500 acres of land while in the exercise of their offices; and their commissions shall continue in force during good behavior.

Sec. 5. The governor and judges, or a majority of them, shall adopt and publish in the district such laws of the original States, criminal and civil, as may be necessary and best suited to the circumstances of the district, and report them to Congress from time to time: which laws shall be in force in the district until the organization of the General Assembly therein, unless disapproved of by Congress; but afterwards the Legislature shall have authority to alter them as they shall think fit.

Sec. 6. The governor, for the time being, shall be commander in chief of the militia, appoint and commission all officers in the same below the rank of general officers; all general officers shall be appointed and commissioned by Congress.

Sec. 7. Previous to the organization of the general assembly, the governor shall appoint such magistrates and other civil officers in each county or township, as he shall find necessary for the preservation of the peace and good order in the same: After the general assembly shall be organized, the powers and duties of the magistrates and other civil officers shall be regulated and defined by the said assembly; but all magistrates and other civil officers not herein otherwise directed, shall during the continuance of this temporary government, be appointed by the governor.

Sec. 8. For the prevention of crimes and injuries, the laws to be adopted or made shall have force in all parts of the district, and for the execution of process, criminal and civil, the governor shall make proper divisions thereof; and he shall proceed from time to time as circumstances may require, to lay out the parts of the district in which the Indian titles shall have been extinguished, into counties and townships, subject, however, to such alterations as may thereafter be made by the legislature.

Sec. 9. So soon as there shall be five thousand free male inhabitants of full age in the district, upon giving proof thereof to the governor, they shall receive authority, with time and place, to elect a representative from their counties or townships to represent them in the general assembly: Provided, That, for every five hundred free male inhabitants, there shall be one representative, and so on progressively with the number of free male inhabitants shall the right of representation increase, until the number of representatives shall amount to twenty five; after which, the number and proportion of representatives shall be regulated by the legislature: Provided, That no person be eligible or qualified to act as a representative unless he shall have been a citizen of one of the United States three years, and be a resident in the district, or unless he shall have resided in the district three years; and, in either case, shall likewise hold in his own right, in fee simple, two hundred acres of land within the same; Provided, also, That a freehold in fifty acres of land in the district, having been a citizen of one of the states, and being resident in the district, or the like freehold and two years residence in the district, shall be necessary to qualify a man as an elector of a representative.

Sec. 10. The representatives thus elected, shall serve for the term of two years; and, in case of the death of a representative, or removal from office, the governor shall issue a writ to the

county or township for which he was a member, to elect another in his stead, to serve for the residue of the term.

Sec. 11. The general assembly or legislature shall consist of the governor, legislative council, and a house of representatives. The Legislative Council shall consist of five members, to continue in office five years, unless sooner removed by Congress; any three of whom to be a quorum: and the members of the Council shall be nominated and appointed in the following manner, to wit: As soon as representatives shall be elected, the Governor shall appoint a time and place for them to meet together; and, when met, they shall nominate ten persons, residents in the district, and each possessed of a freehold in five hundred acres of land, and return their names to Congress; five of whom Congress shall appoint and commission to serve as aforesaid; and, whenever a vacancy shall happen in the council, by death or removal from office, the house of representatives shall nominate two persons, qualified as aforesaid, for each vacancy, and return their names to Congress; one of whom Congress shall appoint and commission for the residue of the term. And every five years, four months at least before the expiration of the time of service of the members of council, the said house shall nominate ten persons, qualified as aforesaid, and return their names to Congress; five of whom Congress shall appoint and commission to serve as members of the council five years, unless sooner removed. And the governor, legislative council, and house of representatives, shall have authority to make laws in all cases, for the good government of the district, not repugnant to the principles and articles in this ordinance established and declared. And all bills, having passed by a majority in the house, and by a majority in the council, shall be referred to the governor for his assent; but no bill, or legislative act whatever, shall be of any force without his assent. The governor shall have power to convene, prorogue, and dissolve the general assembly, when, in his opinion, it shall be expedient.

Sec. 12. The governor, judges, legislative council, secretary, and such other officers as Congress shall appoint in the district, shall take an oath or affirmation of fidelity and of office; the governor before the president of congress, and all other officers before the Governor. As soon as a legislature shall be formed in the district, the council and house assembled in one room, shall have authority, by joint ballot, to elect a delegate to Congress, who shall have a seat in Congress, with a right of debating but not voting during this temporary government.

Sec. 13. And, for extending the fundamental principles of civil and religious liberty, which form the basis whereon these republics, their laws and constitutions are erected; to fix and establish those principles as the basis of all laws, constitutions, and governments, which forever hereafter shall be formed in the said territory: to provide also for the establishment of States, and permanent government therein, and for their admission to a share in the federal councils on an equal footing with the original States, at as early periods as may be consistent with the general interest:

Sec. 14. It is hereby ordained and declared by the authority aforesaid, That the following articles shall be considered as articles of compact between the original States and the people and States in the said territory and forever remain unalterable, unless by common consent, to wit:

Art. 1. No person, demeaning himself in a peaceable and orderly manner, shall ever be molested on account of his mode of worship or religious sentiments, in the said territory.

Art. 2. The inhabitants of the said territory shall always be entitled to the benefits of the writ of *habeas corpus*, and of the trial by jury; of a proportionate representation of the people in the legislature; and of judicial proceedings according to the course of the common law. All persons shall be bailable, unless for capital offenses, where the proof shall be evident or the presumption great. All fines shall be moderate; and no cruel or unusual punishments shall be inflicted. No man shall be deprived of his liberty or property, but by the judgment of his peers or the law of the land; and, should the public exigencies make it necessary, for the common

preservation, to take any person's property, or to demand his particular services, full compensation shall be made for the same. And, in the just preservation of rights and property, it is understood and declared, that no law ought ever to be made, or have force in the said territory, that shall, in any manner whatever, interfere with or affect private contracts or engagements, *bona fide*, and without fraud, previously formed.

Art. 3. Religion, morality, and knowledge, being necessary to good government and the happiness of mankind, schools and the means of education shall forever be encouraged. The utmost good faith shall always be observed towards the Indians; their lands and property shall never be taken from them without their consent; and, in their property, rights, and liberty, they shall never be invaded or disturbed, unless in just and lawful wars authorized by Congress; but laws founded in justice and humanity, shall from time to time be made for preventing wrongs being done to them, and for preserving peace and friendship with them.

Art. 4. The said territory, and the States which may be formed therein, shall forever remain a part of this Confederacy of the United States of America, subject to the Articles of Confederation, and to such alterations therein as shall be constitutionally made; and to all the acts and ordinances of the United States in Congress assembled, conformable thereto. The inhabitants and settlers in the said territory shall be subject to pay a part of the federal debts contracted or to be contracted, and a proportional part of the expenses of government, to be apportioned on them by Congress according to the same common rule and measure by which apportionments thereof shall be made on the other States; and the taxes for paying their proportion shall be laid and levied by the authority and direction of the legislatures of the district or districts, or new States, as in the original States, within the time agreed upon by the United States in Congress assembled. The legislatures of those districts or new States, shall never interfere with the primary disposal of the soil by the United States in Congress assembled, nor with any regulations Congress may find necessary for securing the title in such soil to the *bona fide* purchasers. No tax shall be imposed on lands the property of the United States; and, in no case, shall nonresident proprietors be taxed higher than residents. The navigable waters leading into the Mississippi and St. Lawrence, and the carrying places between the same, shall be common highways and forever free, as well to the inhabitants of the said territory as to the citizens of the United States, and those of any other States that may be admitted into the confederacy, without any tax, impost, or duty therefor.

Art. 5. There shall be formed in the said territory, not less than three nor more than five States; and the boundaries of the States, as soon as Virginia shall alter her act of cession, and consent to the same, shall become fixed and established as follows, to wit: The western State in the said territory, shall be bounded by the Mississippi, the Ohio, and Wabash Rivers; a direct line drawn from the Wabash and Post Vincents, due North, to the territorial line between the United States and Canada; and, by the said territorial line, to the Lake of the Woods and Mississippi. The middle State shall be bounded by the said direct line, the Wabash from Post Vincents to the Ohio, by the Ohio, by a direct line, drawn due north from the mouth of the Great Miami, to the said territorial line, and by the said territorial line. The eastern State shall be bounded by the last mentioned direct line, the Ohio, Pennsylvania, and the said territorial line: *Provided, however,* and it is further understood and declared, that the boundaries of these three States shall be subject so far to be altered, that, if Congress shall hereafter find it expedient, they shall have authority to form one or two States in that part of the said territory which lies north of an east and west line drawn through the southerly bend or extreme of Lake Michigan. And, whenever any of the said States shall have sixty thousand free inhabitants therein, such State shall be admitted, by its delegates, into the Congress of the United States, on an equal footing with the original States in all respects whatever, and shall be at liberty to form a permanent constitution and State government: *Provided,* the constitution and government so to be formed, shall be republican, and in conformity to the principles contained in these articles; and, so far as it can be consistent with the general interest of the confederacy, such admission shall be allowed at an earlier period, and when there may be a less number of free inhabitants in the State than sixty thousand.

Art. 6. There shall be neither slavery nor involuntary servitude in the said territory, otherwise than in the punishment of crimes whereof the party shall have been duly convicted: *Provided, always,* That any person escaping into the same, from whom labor or service is lawfully claimed in any one of the original States, such fugitive may be lawfully reclaimed and conveyed to the person claiming his or her labor or service as aforesaid.

Be it ordained by the authority aforesaid, That the resolutions of the 23rd of April, 1784, relative to the subject of this ordinance, be, and the same are hereby repealed and declared null and void.

Done by the United States, in Congress assembled, the 13th day of July, in the year of our Lord 1787, and of their sovereignty and independence the twelfth »

■ « **Treaty with the Cherokee, July 2, 1791 », 7 Stat. 39 (Exemple de traité de protection, de frontière et d'extradition)**

« A Treaty of Peace and Friendship made and concluded between the President of the United States of America, on the Part and Behalf of the said States, and the undersigned Chiefs and Warriors of the Cherokee Nation of Indians, on the Part and Behalf of the said Nation.

The parties being desirous of establishing permanent peace and friendship between the United States and the said Cherokee Nation, and the citizens and members thereof, and to remove the causes of war, by ascertaining their limits and making other necessary, just and friendly arrangements: The President of the United States, by William Blount, Governor of the territory of the United States of America, south of the river Ohio, and Superintendent of Indian affairs for the southern district, who is vested with full powers for these purposes, by and with the advice and consent of the Senate of the United States: And the Cherokee Nation by the undersigned Chiefs and Warriors representing the said Nation, have agreed to the following articles, namely:

ARTICLE 1.

There shall be perpetual peace and friendship between all the citizens of the United States of America, and all the individuals composing the whole Cherokee Nation of Indians.

ARTICLE 2.

The undersigned Chiefs and Warriors, for themselves and all parts of the Cherokee Nation, do acknowledge themselves and the said Cherokee Nation, to be under the protection of the said United States of America, and of no other sovereign whosoever; and they also stipulate that the said Cherokee Nation will not hold any treaty with any foreign power, individual state, or with individuals of any state.

ARTICLE 3.

The Cherokee Nation shall deliver to the Governor of the territory of the United States of America, south of the river Ohio, on or before the first day of April next, at this place, all persons who are now prisoners, captured by them from any part of the United States: And the United States shall on or before the same day, and at that same place, restore to the Cherokees, all the prisoners now in captivity, which the citizens of the United States have captured from them.

ARTICLE 4.

The boundary between the citizens of the United States and the Cherokee Nation, is and shall be as follows: Beginning at the top of the Currahee mountain, where the Creek line passes it;

thence a direct line to Tugelo river; thence northeast to the Occunna mountain, and over the same along the South-Carolina Indian boundary to the North-Carolina boundary; thence north to a point from which a line is to be extended to the river Clinch, that shall pass the Holston at the ridge which divides the waters running into Little River from those running into the Tennessee; thence up the river Clinch to Campbell's line, and along the same to the top of Cumberland mountain; thence a direct line to the Cumberland river where the Kentucky road crosses it; thence down the Cumberland river to a point from which a south west line will strike the ridge which divides the waters of Cumberland from those of Duck river, forty miles above Nashville; thence down the said ridge to a point from whence a south west line will strike the mouth of Duck river.

And in order to preclude forever all disputes relative to the said boundary, the same shall be ascertained, and marked plainly by three persons appointed on the part of the United States, and three Cherokees on the part of their Nation.

And in order to extinguish forever all claims of the Cherokee Nation or any part thereof, to any of the land lying to the right of the line above described, beginning as aforesaid at the Currahee mountain, it is hereby agreed, that in addition to the consideration heretofore made for the said land, the United States will cause certain valuable goods, to be immediately delivered to the undersigned Chiefs and Warriors, for the use of their Nation; and the said United States will also cause the sum of one thousand dollars to be paid annually to the said Cherokee Nation. And the undersigned Chiefs and Warriors, do hereby for themselves and the whole Cherokee Nation, their heirs and descendants, for the considerations above-mentioned, release, quit-claim, relinquish and cede, all the land to the right of the line described, and beginning as aforesaid.

ARTICLE 5.

It is stipulated and agreed, that the citizens and inhabitants of the United States, shall have a free and unmolested use of a road from Washington district to Mero district, and of the navigation of the Tennessee river.

ARTICLE 6.

It is agreed on the part of the Cherokees, that the United States shall have the sole and exclusive right of regulating their trade.

ARTICLE 7.

The United States solemnly guarantee to the Cherokee Nation, all their lands not hereby ceded.

ARTICLE 8.

If any citizen of the United States, or other person not being an Indian, shall settle on any of the Cherokees' lands, such person shall forfeit the protection of the United States, and the Cherokees may punish him or not, as they please.

ARTICLE 9.

No citizen or inhabitant of the United States, shall attempt to hunt or destroy the game on the lands of the Cherokees; nor shall any citizen or inhabitant go into the Cherokee country, without a passport first obtained from the Governor of some one of the United States, or territorial districts, or such other person as the President of the United States may from time to time authorize to grant the same.

ARTICLE 10.

If any Cherokee Indian or Indians or person residing among them, or who shall take refuge in their Nation, shall steal a horse from, or commit a robbery or murder, or other capital crime, on any citizens or inhabitants of the United States, the Cherokee Nation shall be bound to deliver him or them up, to be punished according to the laws of the United States.

ARTICLE 11.

If any citizen or inhabitant of the United States, or of either of the territorial districts of the United States, shall go into any town, settlement or territory belonging to the Cherokees, and shall there commit any crime upon, or trespass against the person or property of any peaceable and friendly Indian or Indians, which if committed within the jurisdiction of any state, or within the jurisdiction of either of the said districts, against a citizen or white inhabitant thereof, would be punishable by the laws of such state or district, such offender or offenders, shall be subject to the same punishment, and shall be proceeded against in the same manner as if the offence had been committed within the jurisdiction of the state or district to which he or they may belong, against a citizen or white inhabitant thereof.

ARTICLE 12.

In case of violence on the persons or property of the individuals of either party, neither retaliation or reprisal shall be committed by the other, until satisfaction shall have been demanded of the party of which the aggressor is, and shall have been refused.

ARTICLE 13.

The Cherokees shall give notice to the citizens of the United States, of any designs which they may know, or suspect to be formed in any neighboring tribe, or by any person whatever, against the peace and interest of the United States.

ARTICLE 14.

That the Cherokee Nation may be led to a greater degree of civilization, and to become herdsmen and cultivators, instead of remaining in a state of hunters, the United States will from time to time furnish gratuitously the said Nation with useful implements of husbandry, and further to assist the said Nation in so desirable a pursuit, and at the same time to establish a certain mode of communication, the United States will send such, and so many persons to reside in said Nation as they may judge proper, not exceeding four in number, who shall qualify themselves to act as interpreters. These persons shall have lands assigned by the Cherokees for cultivation for themselves and their successors in office; but they shall be precluded exercising any kind of traffic.

ARTICLE 15.

All animosities for past grievances shall henceforth cease, and the contracting parties will carry the foregoing treaty into full execution with all good faith and sincerity.

ARTICLE 16.

This treaty shall take effect and be obligatory on the contracting parties, as soon as the same shall have been ratified by the President of the United States, with the advice and consent of the Senate of the United States.

In witness of all and every thing herein determined between the United States of America and the whole Cherokee Nation, the parties have hereunto set their hands and seals, at the treaty ground on the bank of the Holston, near the mouth of the French Broad, within the United States, this second day of July, in the year of our Lord one thousand seven hundred and ninety-one ».

■ « Memorial and Protest of the Cherokee Nation, addressed to the Congress of the United States, March 8, 1836 », U.S. Serial Set, 24th Cong., 1st Sess., Executive Document n°286, pp. 1 – 2.

« That the Cherokees are a distinct people, sovereign to some extent, have a separate political existence as a society, or body politic, and a capability of being contracted with in a national capacity, stands admitted by the uniform practice of the United States from 1785 down to the present day. With them have treaties been made through their chiefs, and distinguished men in primary assemblies, as also with their constituted agents or representatives. That they have not the right to manage their own internal affairs, and to regulate, by treaty, their intercourse with other Nations, is a doctrine of modern date. In 1793, Mr. Jefferson said, "I consider our right of pre-emption of the Indian lands, not as amounting to any dominion, or jurisdiction, or paramountship whatever, but merely in the nature of a remainder, after the extinguishment of a present right, which gives us no present right whatever, but of preventing other Nations from taking possession, and so defeating our expectancy. That the Indians have the full, undivided, and independent sovereignty as long as they choose to keep it, and that this may be forever. This opinion was recognised and practised upon, by the Government of the United States, through several successive administrations, also recognized by the Supreme Court of the United States, and the several States, when the question has arisen. It has not been the opinion only of jurists, but of politicians, as may be seen from various reports of Secretaries of War beginning with Gen. Knox, also the correspondence between the British and American ministers at Ghent in the year 1814. If the Cherokees have power to judge of their own interests, and to make treaties, which, it is presumed, will be denied by none, then to make a contract valid, the assent of a majority must be had, expressed by themselves or through their representatives, and the President and Senate have no power to say what their will shall be, for from the laws of Nations we learn that "though a Nation be obliged to promote, as far as lies in its power, the perfection of others, it is not entitled forcibly to obtrude these good offices on them." Such an attempt would be to violate their natural liberty.... It is the expressed wish of the Government of the United States to remove the Cherokees to a place west of the Mississippi. That wish is said to be founded in humanity to the Indians. To make their situation more comfortable, and to preserve them as a distinct people....

The Cherokee Territory, within the limits of North Carolina, Georgia, Tennessee and Alabama, is estimated to contain ten millions of acres. It embraces a large portion of the finest lands to be found in any of the States; and a salubrity of climate unsurpassed by any; possessing superior advantages in reference to water power; owing to the numerous rills, brooks and rivers, which flow from and through it; some of these streams afford good navigation, others are susceptible of being easily improved and made navigable. On the routes where roads have been opened by the Cherokees, through this country, there must necessarily pass some of the most important public roads and other internal improvements, which at no distant day will be constructed.

The entire country is covered with a dense forest of valuable timber, also abounding in inexhaustible quarries of marble and lime stone. Above all, it possesses the most extensive regions of the precious metal known in the United States. The riches of the gold mines are incalculable, some of the lots of forty acres of land, embracing gold, mines, which have been surveyed and disposed of by lottery, under the authority of Georgia (with the encumbrance of the Indian title) have been sold for upwards of thirty thousand dollars!

There are also extensive banks of iron ore interspersed throughout the country. Mineralogists who have travelled over a portion of this territory, are fully persuaded, from what they have seen, that lead and silver mines will also be found in the mountain regions. Independent of all these natural advantages and invaluable resources, there are many extensive and valuable improvements made upon the lands by native Cherokee inhabitants, and those adopted as Cherokee citizens, by intermarriages.

The Cherokee population has recently been reported by the War Department to be 18,000, according to a census taken by agents appointed by the Government. This people have become civilized, and adopted the Christian religion. Their pursuits are pastoral and agricultural, and in some degree, mechanical. Their stocks of cattle, however, have become greatly reduced in numbers within the past few years, owing to the unfortunate policy which has thrown upon this territory a class of white and irresponsible settlers, who, disregarding all laws and treaties, so far as the rights of the

Cherokees are concerned, and who have been actuated more from sordid impulses of avarice, than by any principle of moral obligation or of justice, have by fraud and force made Cherokee property their own.

The possessions of the Cherokee inhabitants, consist of houses, which cost generally from fifty dollars, one hundred to one thousand dollars, and in many instances up to five thousand dollars; some few as high as six, eight, and ten thousand dollars, with corresponding out buildings, consisting of kitchens, meat houses, dairies, granaries or corn cribs, barns, stables, &c. grist and saw mills: connected with these are gardens for culinary vegetables; also peach and apple orchards; lots of enclosed ground for horses, black cattle, &c. The farms of the Cherokees contain from ten, twenty, thirty, forty, fifty, sixty, to one hundred, one hundred fifty, and two hundred acres of land under cultivation, and enclosed with good rail fences. Among the most wealthy there are farms of three and four hundred acres, and in one instance perhaps about eight hundred acres in cultivation. Some of the most extensive and valuable farms and possessions have been forcibly wrested from the proprietors by the Georgia guard and agents, and citizens of Georgia put into possession of them, whilst the Cherokee owners have been thrust out to seek shelter in a camp, or under the roof of a log hut in the woods, within the limits of North Carolina, Tennessee, and Alabama. There are many valuable public ferries also owned by the Cherokees, the income of some of them amount to from five hundred to one thousand, fifteen hundred and two thousand dollars per annum. Several public roads opened at private expense, were also kept up by companies under regulations of the national council, and toll gates were erected on them. These regulations have all been prostrated by State Legislation, and the Cherokee proprietors thus deprived of their rights, privileges and property. Besides all this, there are various important interests and claims which are secured by the provisions of the former subsisting treaties, to the Cherokees, and for which the United States injustice are bound to allow indemnification. For the surrender then of a territory containing about ten millions of acres; together with the various interests and claims spoken of, and the amount that will be required to cover these claims, no man, without data, can form any estimate. The sum of five millions, six hundred thousand dollars only, is proposed to be paid: the price given for the lands at this rate would not exceed thirty cents per acre. Will Georgia accept the whole amount, for that portion within her limits?

The faith of the United States being solemnly pledged to the Cherokee Nation for the guarantee of the quiet and uninterrupted protection of their territorial possessions forever; and it being an unquestionable fact, that the Cherokees love their country; that no amount of money, could induce them voluntarily to yield their assent to a cession of the same justice and equity demand, that in any final treaty for the adjustment of the Cherokee difficulties, that their rights, interests, and wishes should be consulted; and that the individual rights of the Cherokee citizens, in their possessions and claims, should be amply secured; and, as freemen, they should be left at liberty to stay or remove where they please....

The Cherokees cannot resist the power of the United States, and should they be driven from their native land, then they will look in melancholy sadness upon the golden chains presented by President Washington to the Cherokee people as emblematical of the brightness and purity of the friendship between the United States and the Cherokee Nation ».

■ « **An act to enable the people of the Territory of Orleans to form a constitution and state government, and for the admission of such state into the Union, on an equal footing with the original states, and for other purposes, Feb.20, 1811 », 2 Stat. 641.**

« Section 1.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the inhabitants of all that part of the territory or country ceded under the name of Louisiana, by the treaty made at Paris on the thirtieth day of April, one thousand eight hundred and three, between the United States and France, contained within the following limits, that is to say : Beginning at the mouth of the river Sabine; thence by a line to be drawn along the middle of the said river, including all islands, to the thirty-second degree of latitude ; thence due north to the northernmost part of the thirty-third degree of north latitude ; thence along the said parallel of latitude to the river Mississippi ; thence down the said river to the river Iberville ; and from thence, along the middle of the said river and Lakes Maurepas and Pontchartrain, to the Gulf of Mexico ; thence bounded by the said gulf to the place of beginning, including all islands within three leagues of the coast, be, and they are hereby, authorized to form for themselves a constitution and state government, and to assume such name as they may deem proper, under the provisions and upon the conditions . hereinafter mentioned.

Sec. 2.

And be it further enacted, That all free white male citizens of the United States, who shall have arrived at the age of twenty-one years, and resided within the said territory at least one year previous to the day of election, and shall have paid a territorial, county, or district, or parish tax, and all persons having in other respects the legal qualifications to vote for representatives in the general assembly of the said territory, be, and they are hereby, authorized to choose representatives to form a convention, who shall be apportioned amongst the several counties, districts, and parishes in the said territory Of Orleans in such manner as the legislature of the said territory shall by law direct. The number of representatives shall not exceed sixty, and the elections for the representatives aforesaid shall take place on the third Monday in September next, and shall be conducted in the same manner as is now provided by the laws of the said territory for electing members for the house of representatives.

Sec. 3

And be it further enacted, That the members of the convention, when duly elected, be, and they are hereby, authorized to meet at the city of New Orleans, on the first Monday of November next, which convention, when met, shall first determine, by a majority of the whole number elected, whether it be expedient or not, at that time, to form a constitution and state government for the people within the said territory, and if it be determined to be expedient, then the convention shall in like manner declare, in behalf of the people of the said territory, that it adopts the constitution of the United States ; whereupon the said convention shall be, and hereby is, authorized to form a constitution and state government for the people of the said territory: Provided, The constitution to be formed, in virtue of the authority herein given, shall be republican, and consistent with the constitution of the United States ; that it shall contain the fundamental principles of civil and religious liberty ; that it shall secure to the citizen the trial by jury in all criminal cases, and the privilege of the writ of habeas corpus, conformable to the provisions of the constitution of the United States ; and that after the admission of the said territory of Orleans as a state into the Union, the laws which such state may pass shall be promulgated and its records of every description shall be preserved, and its judicial and legislative written proceedings conducted in the language in which the laws and the judicial and legislative written proceedings of the United States are now published and conducted : And provided also, That the said convention shall provide by an ordinance, irrevocable without the consent of the United States, that the people inhabiting the said territory do agree and declare that they forever disclaim all right or title to the waste or unappropriated lands lying within the said territory, and that the same shall be and remain at the sole and entire disposition of the United States, and moreover that each and every tract of land sold by Congress shall be and remain exempt from any tax laid by the order or under the authority of the state, whether for state, county, township, parish, or any other purpose whatever, for the term of five years from and after the respective days of the sales thereof, and that the lands belonging to citizens of the

United States residing without the said state shall never be taxed higher than the lands belonging to persons residing therein, and that no taxes shall be imposed on lands the property of the United States, and that the river Mississippi and the navigable rivers and waters leading into the same or into the Gulf of Mexico shall be common highways and forever free, as well to the inhabitants of the said state as to other citizens of the United States, without any tax, duty, impost, or toll therefor imposed by the said state.

Sec. 4

And be it further enacted, That in case the convention shall declare its assent in behalf of the people of the said territory to the adoption of the constitution of the United States, and shall form a constitution and state government for the people of the said territory of Orleans, the said convention, as soon thereafter as may be, is hereby required to cause to be transmitted to Congress the instrument by which its assent to the constitution of the United States is thus given and declared, and also a true and attested copy of such constitution or frame of state government as shall be formed and provided by said convention, and if the same shall not be disapproved by Congress, at their next session after the receipt thereof, the said state shall be admitted into the Union upon the same footing with the original states.

Sec. 5.

And be it further enacted, That five per centum of the net proceeds of the sales of the lands of the United States, after the first day of January, shall be applied to laying out and constructing public roads and levees in the said state, as the legislature thereof may direct.

■ « **Treaty with the Creeks, January 24, 1826 », 7 Stat. 288**
(Exemple de traité de cession territoriale ; extraits).

Articles of a treaty made at the City of Washington, this twenty-fourth day of January, one thousand eight hundred and twenty-six, between James Barbour, Secretary of War, thereto specially authorized by the President of the United States, and the undersigned, Chiefs and Head Men of the Creek Nation of Indians, who have received full power from the said Nation to conclude and arrange all the matters herein provided for.

WHEREAS a treaty was concluded at the Indian Springs, on the twelfth day of February last, between Commissioners on the part of the United States, and a portion of the Creek Nation, by which an extensive district of country was ceded to the United States.

And whereas a great majority of the Chiefs and Warriors of the said Nation have protested against the execution of the said Treaty, and have represented that the same was signed on their part by persons having no sufficient authority to form treaties, or to make cessions, and that the stipulations in the said Treaty are, therefore, wholly void.

And whereas the United States are unwilling that difficulties should exist in the said Nation, which may eventually lead to an intestine war, and are still more unwilling that any cession of land should be made to them, unless with the fair understanding and full assent of the Tribe making such cession, and for a just and adequate consideration, it being the policy of the United States, in all their intercourse with the Indians, to treat them justly and liberally, as becomes the relative situation of the parties.

Now, therefore, in order to remove the difficulties which have thus arisen, to satisfy the great body of the Creek Nation, and to reconcile the contending parties into which it is unhappily divided, the following articles have been agreed upon and concluded, between James Barbour, Secretary of War, specially authorized as aforesaid, and the said Chiefs and Head Men representing the Creek Nation of Indians:

ARTICLE 1.

The Treaty concluded at the Indian Springs, on the twelfth day of February, one thousand eight hundred and twenty-five, between Commissioners on the part of the United States and the said Creek Nation of Indians, and ratified by the United States on the seventh day of March, one thousand eight hundred and twenty-five, is hereby declared to be null and void, to every intent and purpose whatsoever; and every right and claim arising from the same is hereby canceled and surrendered.

ARTICLE 2.

The Creek Nation of Indians cede to the United States all the land belonging to the said Nation in the State of Georgia and lying on the east side of the middle of the Chatahoochie river. And, also, another tract of land lying within the said State, and bounded as follows: Beginning at a point on the western bank of the said river forty-seven miles below the point where the boundary line between the Creeks and Cherokees strikes the Chatahoochie river, near the Buzzard's Roost, measuring the said distance in a direct line, and not following the meanders of the said river; and from the point of beginning, running in a direct line to a point in the boundary line, between the said Creeks and the Cherokees, thirty miles west of the said Buzzard's Roost; thence to the Buzzard's Roost, and thence with the middle of the said river to the place of beginning.

ARTICLE 3.

Immediately after the ratification of this Treaty, the United States agree to pay to the Chiefs of the said Nation the sum of two hundred and seventeen thousand six hundred dollars to be divided among the Chiefs and Warriors of the said Nation.

ARTICLE 4.

The United States agree to pay to the said Nation an additional perpetual annuity of twenty thousand dollars.

ARTICLE 5.

The difficulties which have arisen in the said Nation, in consequence of the Treaty of the Indian Springs, shall be amicably adjusted, and that portion of the Creek Nation who signed that treaty shall be admitted to all their privileges, as members of the Creek Nation, it being the earnest wish of the United States, without undertaking to decide upon the complaints of the respective parties, that all causes of dissatisfaction should be removed.

(...)

ARTICLE 12.

Possession of the country herein ceded shall be yielded by the Creeks on or before the first day of January next.

ARTICLE 13.

The United States agree to guarantee to the Creeks all the country, not herein ceded, to which they have a just claim, and to make good to them any losses they may incur in consequence of the illegal conduct of any citizen of the United States within the Creek country.

ARTICLE 14.

The President of the United States shall have authority to select, in some part of the Creek country, a tract of land, not exceeding two sections, where the necessary public buildings may be erected, and the persons attached to the agency may reside.

ARTICLE 15.

Wherever any stream, over which it may be necessary to establish ferries, forms the boundary of the Creek country, the Creek Indians shall have the right of ferriage from their own land, and the citizens of the United States from the land to which the Indian title is extinguished.

ARTICLE 16.

The Creek Chiefs may appoint three Commissioners from their own people, who shall be allowed to attend the running of the lines west of the Chatahoochy river, and whose expenses, while engaged in this duty, shall be defrayed by the United States.

ARTICLE 17.

This treaty, after the same has been ratified by the President and Senate, shall be obligatory on the United States and on the Creek Nation.

In testimony whereof, the said James Barbour, Secretary of War, authorized as aforesaid, and the chiefs of the said Creek Nation of Indians, have hereunto set their hands, at the City of Washington, the day and year aforesaid.

■ « Mr Fox to Mr Forsyth, December 13th, 1840 » (affaire du Vapeur Caroline), reproduit in Supreme Court of Judicature of New York, *The People v. McLeod* (1841), 25 Wend. 483

« SIR: I am informed by his excellency the Lieut. Governor of the province of Upper Canada, that Mr. Alex. McLeod, a British subject, and late deputy sheriff of the Niagara District in Upper Canada, was arrested at Lewiston, in the state of New-York, on the 12th of last month, on a pretended charge of murder and arson, as having been engaged in the capture and destruction of the piratical steamboat "Caroline," in the month of December, 1837. After a tedious and vexatious examination, Mr. McLeod was committed for trial, and he is now imprisoned in Lockport jail. I feel it my duty to call upon the government of the United States to take prompt and effectual steps for the liberation of Mr. McLeod. It is well known that the destruction of the steamboat "Caroline" was a public act of persons in her majesty's service, obeying the order of their superior authorities. That act, therefore, according to the usages of Nations, can only be the subject of discussion between the two national governments: it cannot justly be made the ground of legal proceedings in the United States against the individuals concerned, who were bound to obey the authorities appointed by their own government. I may add, that I believe it is quite notorious that Mr. McLeod was not one of the party engaged in the destruction of the steamboat "Caroline," and that the pretended charge upon which he has been imprisoned, rests only upon the perjured testimony of certain Canadian outlaws, and their abettors, who, unfortunately for the peace of that neighborhood, are still permitted by the authorities of the state of New-York to infest the Canadian frontier. The question, however, of whether Mr. McLeod was or was not concerned in the destruction of the "Caroline," is beside the purpose of the present communication. That act was the public act of persons obeying the constituted authorities of her Majesty's province. The national government of the United States thought themselves called upon to remonstrate against it: and a remonstrance which the President did accordingly address to her Majesty's government, is still, I believe, a pending subject of diplomatic discussion between her Majesty's government and the United States' legation in London. I feel therefore, justified in expecting that the President's government will see the justice and the necessity of causing the present immediate release of Mr. McLeod, as well as of taking such steps as may be requisite for preventing others of her Majesty's subjects from being prosecuted or molested in the United States in a similar manner for the future. It appears that Mr. McLeod was arrested on the 12th ultimo; that after the examination of

witnesses, he was finally committed for trial on the 18th, and placed in confinement in the jail of Lockport, awaiting the assizes which will be held there in February next. As the case is naturally occasioning a great degree of excitement and indignation within the British frontier, I earnestly hope that it may be in your power to give me an early and satisfactory answer to the present representation. I avail myself of this occasion to renew to you the assurance of my distinguished consideration ».

■ « **Mr Forsyth to Mr Fox, December 26th, 1840 » (affaire du Vapeur Caroline), reproduit in Supreme Court of Judicature of New York, *The People v. McLeod* (1841), 25 Wend. 483.**

« SIR: I have the honor to acknowledge, and have laid before the President, your letter of the 13th instant, touching the arrest and imprisonment of Alexander McLeod, a British subject, and late deputy sheriff of the Niagara district, in Upper Canada, on a charge of murder and arson, as having been engaged in the capture and destruction of the steamboat "Caroline," in the month of December, 1837; in respect to which you state that you feel it your duty to call upon the government of the United States to take prompt and effectual steps for the liberation of Mr. McLod, and to prevent others of the subjects of her Majesty, the Queen of Great Britain, from being persecuted or molested in a similar manner, for the future. This demand, with the grounds upon which it is made, has been duly considered by the President, with a sincere desire to give to it such a reply as will not only manifest a proper regard for the character and rights of the United States, but, at the same time, tend to preserve the amicable relations which, so advantageously for both, subsist between the country and England. Of the reality of this disposition, and of the uniformity with which it has been evinced in the many delicate and difficult questions which have arisen between the two countries in the last few years, no one can be more convinced than yourself. It is, then, with unfeigned regret that the President finds himself unable to recognize the validity of a demand, a compliance with which you deem so material to the preservation of the good understanding which has been hitherto maintained between the two countries. The jurisdiction of the several states, which constitute the Union, is, within its appropriate sphere, perfectly independent of the federal government. The offence with which Mr. McLeod is charged was committed within the territory, and against the laws and citizens of the state of New-York, and is one that comes clearly within the competency of her tribunals. It does not, therefore, present an occasion where, under the constitution and laws of the Union the interposition called for would be proper, or for which a warrant can be found in the powers with which the federal executive is invested. Nor would the circumstances to which you have referred, or the reasons you have urged, justify the exertion of such a power, if it existed. The transaction out of which the question arises, presents the case of a most unjustifiable invasion, in time of peace, of a portion of the territory of the United States, by a band of armed men from the adjacent territory of Canada, the forcible capture by them within our own waters, and the subsequent destruction of a steamboat, the property of a citizen of the United States, and the murder of one or more American citizens. If arrested at the time, the offenders might unquestionably have been brought to justice by the judicial authorities of the state within whose acknowledged territory these crimes were committed; and their subsequent voluntary entrance within that territory, places them in the same situation. The president is not aware of any principle of international law, or, indeed, of reason or justice, which entitles such offenders to impunity before the legal tribunals, when coming voluntarily within their independent and undoubted jurisdiction, because they acted in obedience to their superior authorities, or because their acts have become the subject of diplomatic discussion between the two governments. These methods of redress, the legal prosecution of the offenders, and the application to their government for satisfaction, are independent of each other, and may be

separately and simultaneously pursued. The avowal or justification of the outrage by the British authorities, might be a ground of complaint with the government of the United States, distinct from the violation of the territory and laws of the state of New-York. The application of the government of the Union to that of Great Britain, for the redress of an authorized outrage of the peace, dignity and rights of the United States, cannot deprive the state of New-York of her undoubted right of vindicating, through the exercise of her judicial power, the property and lives of her citizens. You have very properly regarded the alleged absence of Mr. McLeod from the scene of the offence at the time when it was committed, as not material to the decision of the present question. That is a matter to be decided by legal evidence; and the sincere desire of the President is, that it may be satisfactorily established. If the destruction of the "Caroline" was a public act of persons in her Majesty's service, obeying the order of their superior authorities, this fact has not been before communicated to the government of the United States by a person authorized to make the admission; and it will be for the court which has taken cognizance of the offence with which Mr. McLeod is charged, to decide upon its validity when legally established before it. The President deems this to be a proper occasion to remind the government of her Britannic Majesty, that the case of the "Caroline" has been long since brought to the attention of her Majesty's principal secretary of state for foreign affairs, who, up to this day, has not communicated its decision thereupon. It is hoped that the government of her Majesty will perceive the importance of no longer leaving the government of the United States uninformed of its views and intentions upon a subject which has naturally produced much exasperation, and which has led to such grave consequences. I avail myself of this occasion to renew to you the assurance of my distinguished considertion ».

BIBLIOGRAPHIE

I] OUVRAGES & COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL

- A -

ADAMS, (C.F.), (ed.), *The Works of John Adams, Second President of the United States: with a Life of the Author, Notes and Illustrations, by his Grandson Charles Francis Adams*, Boston, Little, Brown & Co. 1856, 10 vols.

ADAMS, (C.F.), (ed.), *Memoirs of John Quincy Adams*, Philadelphia, J.B.Lippincott & Co. 1874 – 1877, 12 vols.

ADAMS, (H.), *The Writings of Albert Gallatin*, Philadelphia, J.B.Lippincott 1879, 3 vols.

ADAMS, (H.), *History of the United States during the Administrations of Thomas Jefferson* (1889), New York, Literary Classics of the United States 1986, 1308 p.

ADAMS, (J.Q.), *An Oration, Delivered at Plymouth, December 22, 1802*, Boston, Russel and Cutler 1802, 31 p.

AGNEW, (J.), *Globalization and Sovereignty*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers 2009, viii-231 p.

ALLAND, (D.), (dir.) *Droit International Public*, Paris, PUF 2000, 807 p.

ALLAND, (D.) ; RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy 2003, xxv-1649 p.

AMSELEK, (P.), (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant 1995, 245 p.

ANAYA, (S.J.), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press 2004, xi-396 p.

ANDREW, (J.A.), *From Revivals to Removal: Jeremiah Evarts, the Cherokee Nation, and the Search for the Soul of America*. Athens: University of Georgia Press, 1992, x-434 p.

ANGHIE, (A.), *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2007, xix-356 p.

[ANONYME], *Speeches on the Passage of the Bill for the Removal of the Indians Delivered in the Congress of the United States April and May 1830*, Boston, New York, Perkins and Marvin, Jonathan Leavitt 1830, viii-304 p.

ARNEIL, (B.), *John Locke and America. The Defence of English Colonialism*, Oxford, Oxford University Press 1996, 230 p.

ARON, (R.), *Paix et guerre entre les Nations*, Paris, Calman-Lévy 1984, xxxvii-794 p.

- B -

BACHELARD, (G.), *La poétique de l'espace*, Paris, PUF 1957, 214 p.

BADIE, (B.), *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard 1995, 276 p.

BAKER, (E.F.), *Henry Wheaton 1785 – 1848*, Philadelphia, Philadelphia University Press 1937, 425 p.

BANNER, (S.), *How the Indians Lost Their Lands. Law and Power on the Frontier*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press 2005, 344 p.

BARBERIS, (J.A.), « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.179 (1983-I), pp. 145 – 304.

BARTLETT, (I.H.), *Daniel Webster*, New York, W.W.Norton 1978, xi-333 p.

BASDEVANT, (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey 1960, 756 p.

BASSETT, (J.S.), (ed.), *Correspondence of Andrew Jackson*, Washington DC, Carnegie Institution, 1926-1935, 7 vols.

BASTID, (S.), « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* vol.107 (1962-III), pp. 361 – 495.

BEAUD, (O.), *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF 2007, 433 p.

BEDERMAN, (B.J.), *International Law Frameworks*, New York, New York Foundation Press 2001, xi-283 p.

BENTON, (T.H.), *Historical and Legal Examination of that Part of the Decision of the Supreme Court of the United States in the Dred Scott Case, which Declares the Unconstitutionality of the Missouri Compromise Act, and the Self-Extension of the*

Constitution to Territories, Carrying Slavery along with it, New York, D.Appleton & Cie 1857, 193 p.

BERGH, (A.E.), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson. Definitive Edition, Containing his Autobiography, Notes on Virginia, Parliamentary Manual, Official Papers, Messages and Addresses, and other Writings, Official and Private, now collected and published in their Entirety for the First Time including all of the Original Manuscripts, deposited in the Department of State and published in 1853 by Order of the Joint Committee of Congress with Numerous Illustrations and a Comprehensive Analytical Index*, Washington D.C., The Thomas Jefferson Memorial Association of the United States 1907, 20 vols.

BERNHARDT, (R.), (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New York, Oxford, Tokyo, Elsevier Science Publishers 1987, vol.10

BERNIER, (I.), *International Legal Aspects of Federalism*, Hamden, Archon Books 1973, viii-308 p.

BERTRAND, (A.), *Réflexions sur l'adage : « international law is part of the law of the land »*, Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit international (dir. D.Alland), Université Panthéon-Assas (Paris II) 2001, 110 p.

BICKNELL, (E.), *The Territorial Acquisitions of the United States. An Historical Review*, Boston, Small, Maynard & Company 1899, xi-110 p.

BIKLE, (H.W.), *The Constitutional Power of Congress over Territory of the United States*, American Law Register (Supplement, August 1901), 120 p.

BLACKSTONE, (W.), *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, 4 vols.

BLACKSTONE, (W.), Commentaires sur les loix anglaises, Bruxelles, J.L. de Boubers 1774, 6 vols.

BLACKSTONE, (W.), *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes (1753)*, Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893, 2 vols.

BLOOM, (J.P.), (ed.), *The American Territorial System*, Athens, Ohio University Press 1973, xv-248 p.

BLOUNT, (T.) *A Law Dictionary and Glossary, Interpreting such Difficult and Obscure Words and Terms, as are found either in our Common or Statute, Ancient or Modern, Laws, In the Savoy*, D.Browne 1717 [non-paginé].

BLUNTSCHLI, (J.K.), *Le droit international codifié*, Paris, Guillaume & Cie 1895, 602 p.

BOGEN, (D.S.), *Privileges and Immunities : a Reference Guide to the United States Constitution*, Wesport, Praeger Publishers 2003, xviii-171 p.

BOGGS, (S.W.), *International Boundaries. A Study of Boundary Functions and Problems*, New York, Columbia University Press 1940, xi-272 p.

BONFILS, (H.), *Manuel de droit international public*, Paris, A.Rousseau 1894, viii-936 p.

BOUVIER, (J.), *A Law Dictionary Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America and of the Several States of the American Union With References to the Civil and other Systems of Foreign Law*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson 1843, 2 vols.

BOYD, (J.P.), (ed.), *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, Princeton University Press 1950 – 2003, 30 vols.

BRIERLY, (J.L.), *The Law of Nations. An Introduction to International Law*, Oxford, Clarendon Press 1963, 442 p.

BROWN, (E.S.), *The Constitutional History of the Louisiana Purchase, 1803 – 1812*, Berkley, California University Press 1920, xi-248 p.

BROWNLIE, (I.), *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press 1963, xxviii-532 p.

BUCHANAN, (J.), *Sketches of the History, Manners, and Customs of the North American Indians*, London, Black, Young, and Young 1824, 2 vols.

BUCKLE, (S.), *Natural Law and the Theory of Property. From Grotius to Hume*, Oxford, Oxford University Press 1991, xiv-324 p.

BURLAMAQUI, (J.J.), *Principes du droit de la nature et gens* (1766-1768) Paris, B.Warée 1820, 5 vols.

BURNETT, (E.C.), *Letters of Members of the Continental Congress*, Washington, Carnegie Institution 1921 – 1933, 6 vols.

BURRILL'S, (A.M.), *A Law Dictionary and Glossary Compiled on the Basis of Spelman's Glossary and Adapted to the Jurisprudence of the United States*, New York, Baker, Voorhis & Co., 1867, 2 vols.

BUTLER, (C.H.), *The Treaty-Making Power of the United States*, New York, The Banks Law Pub. Co. 1902, 2 vols.

BUTTERFIELD, (L.H.), (ed.), *Diary and Autobiography of John Adams*, Cambridge, Belknap University Press 1961, 4 vols.

- C -

CALVO, (C.), *Le droit international théorique et pratique*, Paris, Pedone 1887, 4 vols.

CARLSON, (P.H.), *Les Indiens des plaines. Histoire, culture et société*, Paris, Albin Michel 2004, 307 p.

CARPENTER, (E.J.), *The American Advance. A Study in Territorial Expansion*, London, New York, Lane 1903, ix-331 p.

CARTY, (A.), *The Decay of International Law ?*, Manchester, Dover, Manchester University Press 1986, x-138 p.

CATELLANI, (E.), « Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIXe siècle », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.46 (1933-IV), pp. 705 – 826.

CHAUMONT, (CH.), « Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.129 (1970-I), pp. 333 – 527.

CHEVALLIER, (J.), *Le droit en procès*, Paris, PUF 1983, 230 p.

CHOPIN, (T.), *La république une et divisible : les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon 2002, 324 p.

CHOWDHURI, (R.N.), *International Mandates and Trusteeships Systems. A Comparative Study*, Martinus Nijhoff 1955, xv-328 p.

CHRESTIA, (P.), *Le principe d'intégrité territoriale : d'un pouvoir discrétionnaire à une compétence liée*, Paris, L'Harmattan 2002, ix-499 p.

CHRISTAKIS, (T.), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Document Française 1999, 676 p.

CICERON, *La République* (~51 av. J.-C.), Paris, Les Belles Lettres 1989-1991, 2 vols.

CLEVELAND, (F.A.), *American Citizenship as Distinguished from Alien Status*, New York, The Ronald Press Company 1927, vii-475 p.

COHEN, (F.S.), *Handbook of Federal Indian Law*, Washington, Government Printing Office 1945, xxiv-662 p.

COMBACAU, (J.) ; SUR, (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien 2008, xxvi-818 p.

CONWAY, (M.D.), (ed.), *The Writings of Thomas Paine*, London, Routledge, Thoemmes Press 1996, 4 vols.

COOLEY, (T.M.), *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown & Co. 1868, xivii-720 p.

CORNU, (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF 2000, xviii-925 p.

CORTEN, (O.), *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles 2009, 291 p.

CORWIN, (E.S.), *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, New York, H.Holt and Co. 1913, viii-321 p.

COT, (J.-P.) ; PELLET, (A.), (dir.), *La charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Paris, Economica 2005, 2 vols.

COWLES, (W.B.), « International Law as Applied between Subdivisions of Federation », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.74 (1949-I), pp. 655 – 756.

CRALLE, (R.K.), (ed.), *The Works of J.C.Calhoun*, New York, D.Appleton and Co. 1888, 6 vols.

CRANDALL, (S.B.), *Treaties, their Making and Enforcement*, New York, Columbia University Press 1904, 255 p.

CRANE, (R.T.), *The State in Constitutional and International Law*, Blatimore 1907, 78 p.

CRAWFORD, (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone 2003, xvi-461 p.

CRAWFORD, (J.), *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press 2006, lxxii-870 p.

CRONON, (W.), *Changes in the Land : Indians, Colonists, and the Ecology of New England*, New York, Hill and Wang 1983, x-241 p.

CURTIS, (G.T.), *Admission of Utah. Limitation of State Sovereignty by Compact with the United States*, New York, Bart & Von Arx 1887, 22 p.

CURTIS, (G.T.) ; CURTIS, (B.R.), (ed.), *Jurisdiction, Practice and Peculiar Jurisprudence of the Courts of the United States*, Boston, Little, Brown, and company 1880, xviii-298 p.

- D -

DAILLIER, (P.) ; PELLET, (A.) ; FORTEAU, (M.), (Dir.) *Droit international public*, Paris, LGDJ Lextenso 2009, 1709 p.

DELABIE, (L.), *Approches américaines du droit international. Entre unité et diversité*, thèse Paris I (dir. P.-M. Eisemann), 2009, 547 p.

DELEUZE, (G.) ; GUATTARI, (F.), *Qu'est-ce que la Philosophie ?* Paris, Les Editions de Minuit 1991, 206 p.

DELMAS-MARTY, (M.) ; MUIR WATT, (H.) ; RUIZ-FABRI, (H.), (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de Législation Comparée 2002, 485 p.

DELORIA, (V.) ; LYONS, (O.) ; MOHAWK, (J.) & autres, (ed.), *Exiled in the Land of the Free : Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light 1992, xiii-414 p.

DELORIA, (V. Jr.) ; LYTLE, (C.M.), *The Nations Within : the Past and Future of American Indian Sovereignty*, New York, Pantheon Books 1984, 293 p.

DEMEUNIER, (J.N.), *L'Amérique indépendante, ou les différentes constitutions des treize provinces qui se sont érigée en républiques sous le nom d'États-Unis d'Amérique*, Gand, P.-F. de Goesin 1790, 3 vols.

DEROCHE, (F.), *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan 2008, 378 p.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, (M.), *Les organisations internationales*, Paris, Economica 2002, 919 p.

DISTEFANO, (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone 2002, xi-585 p.

DONATI, (D.), *Stato e territorio*, Roma, Athenaeum 1924, 333 p.

DOUGLAS, (S.), *Popular Sovereignty in the Territories : the Dividing Line between Federal and Local Authority*, New York Harper & Brothers Publishers, Franklin Square 1859, 40 p.

DUANE, (W.J.), *The Law of Nations, investigated in a Popular Manner, addressed to the Farmer of the United States*, Philadelphia 1809, 103 p.

DUHAMEL, (O.) ; MENY, (Y.), (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF 2000, vi-1112 p.

DUPONCEAU, (P.S.), *A Dissertation on the Nature and Extent of the Jurisdiction of the Courts of the United States*, Philadelphia, Abraham Small 1824, xxxiii-254 p.

DUPUY, (R.-J.), (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Boston, Lancaster, M.Nijhoff 1988, 685 p.

- E -

EBLEN, (J.E.), *The First and Second United States Empires. Governors and Territorial Government, 1784 - 1912*, Pittsburgh University Press 1968, xiv-344 p.

EISEMANN, (P.M.), (dir.) *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International 1996, xii-587 p.

EVARTS, (J.), *Essays on the Present Crisis in the Condition of the American Indians : First Published in the National Intelligencer*. Boston, Perkins & Marvin 1829, 113 p.

- F -

FAUCHILLE, (P.), *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau & Cie 1925, 4 vols.

FONER, (P.S.), (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, New York, The Citadel Press 1945, 2 vols.

FORBES, (R.P.), *The Missouri Compromise and its Aftermath. Slavery and the Meaning of America*, Chapel Hill, North Carolina University Press, 369 p.

FORD, (P.L), (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, New York, G.P.Putnam's & Sons 1892-1899, 10 vols.

FORSYTH, (M.), *Union of States. The Theory and Practice of Confederation*, New York, Leicester University Press 1981, xii-236 p.

FOULQUIE, (P.), *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF 1992, xv-778 p.

FRIED, (A.), *The Essential Jefferson*, New York, Collier Books 1963, 576 p.

- G -

GAFFIOT, (F.), *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire Latin-Français*, Paris, Hachette 2000, xli-1766 p.

GALLATIN, (A.), *The Oregon Question*, New York, Bartlett & Welford 1846, 75 p.

GARDINER, (C.A.), *Our Right to Acquire and Hold Foreign Territory*, New York, London, G.P. Putnam's Sons 1899, 34 p.

GARNSEY, (P.), *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press 2007, x-267 p.

GARRISON, (T.A.), *The Legal Ideology of Removal. The Southern Judiciary and the Sovereignty of Native American Nations*, Athens & London, The University of Georgia Press 2002, xiii-331 p.

GIDEL, (G.), *Des effets de l'annexion sur les concessions*, Thèse pour le doctorat, Paris, L.Larose 1904, vii-258 p.

GILBERT, (F.), *To the Farewell Address : Ideas of Early American Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press 1961, 173 p.

GILBERT, (J.), *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law. From Victims to Actors*, Ardsley, NY, Transnational Publishers 2006, xxiii-327 p.

GLIOZZO, (T.), *L'État fédéré américain*, Bruxelles, Bruylant 2004, 731 p.

GOEBEL, (J.), (ed.), *The Law Practice of Hamilton : Documents and Commentary*, New York, Columbia University Press 1964, 5 vols.

GRINEV, (A.V.), *The Tlingit Indians in Russia America, 1741-1867*, Lincoln, University of Nebraska Press 2005, x-386 p.

Grotiana, volumes 22/23 [stoïcisme et droit international] (2001/2002).

GROTIUS, (H.), *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Paris, PUF 2005, 868 p. (traduit du latin par P.Pradier-Fodéré)

GUGGENHEIM, (P.), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.74 (1949-I), pp. 191 – 268.

GUTTMANN, (A.), *States' Rights and Indian Removal : The Cherokee Nation v. Georgia*, Boston, D.C.Heath 1965, xi-94 p.

- H -

HALL, (W.E.), *A Treatise on International Law*, Oxford, Clarendon Press 1884, xxiii-738 p.

HALLECK, (H.W.), *International Law, or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco, H.H.Bancroft & Company 1861, 907 p.

HAMILTON, (A.) ; MADISON, (J.) ; JAY, (J.), (« PUBLIUS »), *Le Fédéraliste* (1787-1788), Paris, Economica 1988, 788 p. (traduit de l'américain par G.Jèze).

HAMILTON, (A.) ; MADISON, (J.) ; JAY, (J.), *The Federalist* (1787-1788), Cambridge, New York, Cambridge University Press 2003, lv-575 p.

HAMILTON, (S.M.), (ed.), *The Writings of James Monroe, including a Collection of his Public and Private Papers and Correspondence now for the First Time printed*, New York, G.P.Putnam's Sons 1898-1903, 7 vols.

HARRING, (S.L.), *Crow Dog's Case : American Indian Sovereignty, Tribal Law and United States Law in the Nineteenth Century*, Cambridge, New York, Cambrdige University Press 1994, xiii-301 p.

HAUPAIS, (N.), *Le droit international public et l'organisation interne de l'État*, Thèse de Doctorat (dir. D.Alland), Université Panthéon-Assas (Paris II) 2003, 696 p.

HAYDEN, (R.), *The Senate and Treaties, 1789 - 1817. The Development of the Treaty-Making Functions of the United States Senate During Their Formative Period*, The Macmillan Company 1920, xvi-237 p.

HENDRICKSON, (D.C.), *Peace Pact : the Lost World of the American Foundings*, Lawrence, Kansas University Press 2006, xiv-402 p.

HENKIN, (L.), *Foreign Affairs and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press 1996, lxxii-582 p.

HILL, (N.), *Claims to Territory in International Law and Relations*, London, New York, Toronto, Oxford University Press 1945, 248 p.

HOBBES, (T.), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (~1651), Paris, Sirey 1971 (traduit de l'anglais par F.Tricaud), xxvi-780 p.

HODGE, (F.W.), *Handbook of American Indians North of Mexico*, Washington, Government Printing Office 1907-1910, 2 vols.

HOEBEL, (E.A.), *The Political Organization and Law-Ways of the Comanche Indians*, Memoires of the American Anthropological Association n°54, 1940, 149 p.

HOEBEL, (E.A.), *The Law of Primitive Man : a Study in Legal Comparative Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press 2006, viii-368 p.

HORSMAN, (R.), *Race and Manifest Destiny: The Origins of American Racial Anglo-Saxonism*, Cambridge, Harvard University Press 1981, 367 p.

HOSTIE, (J.), « Contribution de la Cour Suprême des États-Unis au développement du droit des gens », *RCADI* vol.69 (1939-III), pp. 241 – 347.

HUME, (D.), *A Treatise on Human Nature* (1739-1740), Oxford, Clarendon Press 2007, 2 vols.

HUME, (D.), *Enquiry Concerning the Principles of Morals* (1777), Oxford, Oxford University Press 2006, lxxxiii-308 p.

HUNT, (G.), (ed.), *The Writings of James Madison, Comprising his Public Papers and his Private Correspondence, Including his Numerous Letters and Documents now for the first time printed*, New York, G.P. Putnam's Sons 1900 – 1910, 9 vols.

HUTCHINSON, (W.T), (ed.), *The Papers of James Madison*, Chicago, University of Chicago Press 1961-1991, 17 vols.

HYDE, (C.C.), *International Law, Chiefly as Interpreted by the United States*, Boston, Little, Brown 1922, 2 vols.

- I -

IMBS, (P.), (ed.), *Trésor de la langue française*, Paris, Edition national de la recherche scientifique 1979, 8 vols.

- J -

JACKSON, (H.), *A Century of Dishonor. A Sketch of the United States Government Dealings With Some of the Indian Tribes*, Boston, Robert Brothers 1889, x-514 p.

JACOB, (G.), *The Law Dictionary*, Philadelphia, New York, P.Byrne, I.Riley, 1811, 6 vols.

JANET, (P.), *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la science morale*, Paris, Félix Alcan, 1887, 2 vols.

JANIS, (M.W.), *The American Tradition of International Law. Great Expectations : 1789 – 1914*, Oxford, New York, Oxford University Press 2004, 162 p.

JELLINEK, (G.), *L'État moderne et son droit* (1913), Paris, Editions Panthéon-Assas 2005, 2 vols. (traduit de l'allemand par G.Fardis)

JENNINGS, (R.Y.), *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester University Press 1963, vii-130 p.

JEZE, (G.), *Etude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, Paris, Giard et Brière 1896, 387 p.

JOHNSTON, (H.P.), (ed.), *The Correspondence and Public Papers of John Jay*, New York, G.P.Putnam's Sons 1891, 4 vols.

JOUANNET, (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone 1998, 490 p.

- K -

KASSON, (J.A.), *The evolution of the Constitution of the United States of America and history of the Monroe Doctrine*, Boston, New York, Houghton Mifflin & Co. 1904, ix-273 p.

KEENE, (E.), *Beyond the Anarchical Society. Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press 2004, xiv-165 p.

KELSEN, (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz 1962 (traduit de l'allemand par Ch.Eisenmann), xvi-496 p.

KELSEN, (H.), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF « Léviathan » 1996, x-604 p.

KENNEDY, (J.P.), *Memoirs of the Life of William Wirt*, Philadelphia, Lea & Blanchard 1850, 2 vols.

KENT, (J.), *Commentaries on American Law*, New York, W.Kent 1833, 3 vols.

KNOLL, (B.), *The legal status of territories subject to administration by international organizations*, Cambridge, Cambridge University Press 2008, xxxiv-519 p.

KOHEN, (M.G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF 1997, xxv-579 p.

KOHEN, (M.G.), (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Leiden, Nijhoff 2007, xxviii-1236 p.

KONIG, (D.T.) ; FINKELMAN, (P.) ; BRACEY, (C.A.), (ed.), *The Dred Scott Case. Historical and Contemporary Perspectives on Race and Law*, Athens, Ohio University Press 2010, ix-281 p.

KORMAN, (S.), *The Right of Conquest : the Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, Clarendon Press 1996, ix-342 p.

KOSKENNIEMI, (M.), *From Apology to Utopia : the Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finish Lawyers' Pub. Co. 1989, xxvi-550 p.

KOSKENNIEMI, (M.), *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870 – 1960*, Cambridge, New York, Cambridge University Press 2002, xiv-569 p.

- L -

LABAND, (P.), *Droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière 1900-1904 (traduit de l'allemand par C.Gandhilon), 6 vols.

LANG, (D.G.), *Foreign Policy in the Early Republic : the Law of Nations and the Balance of Power*, Baton Rouge, Louisiana State University Press 1985, 175 p.

LAPRADELLE, (P. de), *La frontière. Etude de droit international*, Paris, Les éditions internationales 1928, 370 p.

LAWRENCE, (T.J.), *The Principles of International Law*, Boston, D.C.Heath 1900, xxi-681 p.

LAWRENCE, (W.B.), *Commentaires sur les Eléments du droit international*, Leipzig, F.A.Brockhaus 1868, 2 vols.

LE FUR, (L.), *État fédéral et confédération d'États* (1896), Paris, Editions Panthéon-Assas 2000, xvii-839 p.

LE FUR, (L.), « La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.18 (1927-III) (18), pp. 259 – 442.

LEGEAIS, (R.), *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Lexis Nexis Litec 2008, xviii-493 p.

LEGRAND, (P.), (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF 2009, 630 p.

LEIBOWITZ, (A.H.), *Defining Status : a Comprehensive Analysis of United States Territorial Relations*, Dodrecht, Boston, Nijhoff 1989, xxi-757 p.

LELARGE, (A.), *La notion d'État dans la doctrine internationale depuis la fin du XIXe siècle*, thèse Paris II (dir. D.Allard) 2007, 755 p.

LEPAULLE, (P.), *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau & Cie Editeurs 1932, vii-464 p.

LEVASSEUR, (A.A.), (dir.), *Droit des États-Unis*, Paris, Dalloz 1994, xliv-388 p.

LEVINSON, (S.), ; SPARROW, (B.H.), (ed.), *The Louisiana Purchase and American Expansion, 1803-1898*, Rowman & Littlefield Publishers 2005, vii-262 p.

LINDLEY, (M.F.), *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law. Being a Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, Negro University Press 1969, xx-391 p.

LITTRE, (P.-E.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette & Cie. 1874, 4 vols.

LOCKE, (J.), *Deuxième traité du gouvernement civil* (1698), Paris, Vrin 1985 (traduit de l'anglais par B.Gilson), 255 p.

LOWIE, (R.H.), *The Origin of the State*, New York, Russel & Russell 1962, 117 p.

LUMPKIN, (W.), *The Removal of the Cherokee Indians from Georgia*, New York, Dodd, Mean & Company Publishers 1907, 2 vols.

- M -

MAINE, (H.), *International Law*, New York, H.Holt and Company 1888, 234 p.

MARIENSTRAS, (E.), *Les mythes fondateurs de la Nation américaine*, Paris, Maspero 1976, 377 p.

MARIENSTRAS, (E.), *Nous, le Peuple. Les origines du nationalisme américain*, Paris, Gallimard 1988, 479 p.

MARTENS, (G.F. von), *Précis du droit des gens moderne de l'Europe, précédé d'une Introduction et complété par l'exposition des doctrines des publicistes contemporains et suivi d'une Bibliographie raisonnée du droit des gens* M. cg. Vergé, Paris, Guillaumin 1864, 2 vols.

MASTERSON, (W.H.), *William Blount*, Greenwood Press 1969, viii-378 p.

MAXEY, (E.), *International Law, with Illustrative Cases*, St Louis, The F.H.Thomas Law Book Co. 1906, xxi-797 p.

MEJKNECHT, (A.), *Towards International Personality : the Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia 2001, xiv-271 p.

MCCLOSKEY, (R.G.), (ed.), *The Works of James Wilson*, Cambridge, Belknap Press of the Harvard University Press 1967, 4 vols.

McCORMICK, (N.), *Questioning Sovereignty : Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press 1999, x-210 p.

McDONALD, (F.), *States' Rights and the Union. Imperium in Imperio, 1776-1876*, Lawrence, Kansas University Press 2000, viii-296 p.

McLAUGHLIN, (A.C.), *A Constitutional History of the United States*, New York, D.Appleton-Century Company 1936, xi-833 p.

McLAUGHLIN (A.C.) ; HART, (A.B.), (dir.), *Cyclopedia of American Government*, New York, London, D.Appleton & Company 1914, 3 vols.

McLOUGHLIN, (W.G.), *Cherokee Renascence in the New Republic*, Princeton, Princeton University Press 1986, xxii-472 p.

McNEIL, (K.), *Common Law Aboriginal Title*, Oxford University Press 1989, xlvi-357 p.

MERK, (F.), *Manifest Destiny and Mission in American History*, Cambridge, Harvard University Press 1995, xviii-278 p.

MONETTE, (J.W.), *History of the Discovery and Settlement of the Valley of the Mississippi by the Great European Powers, Spain, France and Great Britain and the subsequent Occupation, Settlement and Extension of Civil Government by the United States until the year 1846*, New York, Harper and Brothers 1846, 2 vols

MONOD, (J.-C.), *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, La Découverte 2006, 191 p.

MORSE, (J.), *A Report to the Secretary of War of the United States on Indian Affairs*, New Haven, S.Converse 1822, 400 p.

MOSER, (H.D.) ; HOTH, (D.R.) ; HOEMANN, (G.H.) ; (ed.), *The Papers of Andrew Jackson*, Knoxville, Tennessee University Press 1994, 6 vols.

MULLER, (J.), « L'œuvre de toutes les confessions chrétiennes (Eglises) pour la paix internationale », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.31 (1930-I), pp. 293 – 392.

MURPHY, (S.D.), *United States Practice in International Law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press 2002, 2 vols.

NABOKOV, (P.), (ed.), *Native American Testimony : a Chronicle of Indian-White Relations from Prophecy to the Present, 1492-1992*, New York, Harper & Row 1984, xii-242 p.

NUSSBAUM, (A.), *A Concise History of the Law of Nations*, New York, Macmillan 1947, xi-361 p.

NYC, (E.), *Les États-Unis et le droit des gens*, Paris, Pedone 1909, 166 p.

- O -

O'BRIEN, (S.), *American Indian Tribal Governments*, Norman, Oklahoma University Press 1989, xviii-349 p.

O'CONNELL, (O.P.), *The Law of State Succession*, Cambridge, Cambridge University Press 1956, 425 p.

O'CONNELL, (O.P.), *State succession in Municipal and International Law*, London, Cambridge University Press 1956, 2 vols.

O'CONNELL, (O.P.), *International Law*, London, Stevens 1970, 2 vols.

ONUF, (P.S.), *Statehood and Union. A History of the Northwest Ordinance*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press 1987, xxi-197 p.

ONUF, (P.S.), *The Origins of the Federal Republic. Jurisdictional Controversies in the United States, 1775-1787*, Philadelphia, Pennsylvania University Press 2001, xvii-284 p.

ONUF, (P.S.) ; ONUF, (N.), *Federal Union, Modern World. The Law of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison, Madison House 1993, vi-224 p.

OPPENHEIM, (L.), *International Law : a Treatise*, New York, Bombay, Longmans, Green & Co. 1905, 2 vols.

- P -

PAPANDREOU-DETERVILLE, (M.F.), *Le droit anglais des biens*, Paris, LGDJ 2004, xxiii-748 p.

PARKER, (A.), *The Life of General Ely S. Parker : Last Grand Sachem of the Iroquois and General Grant's Military Secretary*, Buffalo, Buffalo Historical Society 1919, 346 p.

PERGLER, (C.), *Judicial Interpretation of International Law in the United States*, New York, The Macmillan Company 1928, 222 p.

PEVAR, (S.L.), *The Rights of Indians and Tribes. The Authoritative ACLU Guide to Indian and Tribal Rights*, Carbondal, Southern Illinois University Press 1992, viii-335 p.

PHILLIMORE, (R.), *Commentaries upon International Law*, Philadelphia, T & J. W.Johnson, Law Booksellers 1854, 3 vols.

PILLET, (A.), (dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Giard & Brière 1904, xxxi-691 p.

POCOCK, (J.G.A), (ed.), *The Varieties of British Political Thought, 1500-1800*, Cambridge University Press 1995, x-373 p.

POMEROY, (J.N.), *Lectures on International Law in Time of Peace*, Boston, New York, Houghton, Mifflin and Company. The riverside Press, Cambrdige 1886, 481 p.

POUSSIN, (T.G.), *Question de l'Orégon*, Paris, Coquebert Editeur 1846, 100 p.

PRADIER-FODERE, (P.), *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, Pedone 1885, 6 vols.

PREZAS, (I.), *L'administration des territoires par les Nations Unies*, thèse pour le doctorat en droit public (dir.J.Verhoeven), Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2007, 427 p.

PRUCHA, (F.P.), (ed.), *Americanizing the American Indians : Writings by the 'Friends of the Indians'*, 1800-1900, University of Nebraska Press 1978, vii-358 p.

PRUCHA, (F.P.), *Great Father : the United States Government and the American Indians*, Lincoln, London, University of Nebraska Press 1984, 2 vols.

PRUCHA, (F.P.), *American Indian Treaties. The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press 1994, xvi-562 p.

PUFENDORF, (S.), *Le droit de la nature et des gens* (1732), Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'université de Caen 1987, 2 vols.

- R -

RAIC, (D.), *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague, New York, Kluwer Law International 2002, xviii-495 p.

RANDOLPH, (J.W.) (ed.), *The Virginia Report of 1799-1800 Touching the Alien and Sedition Laws Together with the Virginia Resolutions of December 21, 1798, the Debate and Proceedings thereon in the House of Delegates of Virginia, and Several Other Document Illustrative of the Report of Resolutions*, Richmond 1850, 264 p.

RAUSTIALA, (K.), *Does the Constitution Follow the Flag ? The Evolution of Territoriality in American Law*, Oxford, New York, Oxford University Press 2009, x-313 p.

RAWLE, (W.), *A View of the Constitution of the United States*, Philadelphia, H.C.Carey & I. Lea 1825, vii-347 p.

RAYNAUD, (P.), RIALS, (S.), (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF 2003, xv-892 p.

READ, (N.C.), *The Anniversary Oration of the Buckeye Celebration, April 7th, 1841*, Columbia, A.S. Johnston 1841, 39 p.

REY-DEBOVE, (J.), (dir.), *Le Petit Robert 1 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert 1990.

RIALS, (C.L.), *Le statut des tribus indiennes en droit fédéral : essai de définition*, Mémoire pour le D.E.A. de Droits de Common Law (dir. E. Zoller), Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2002, 79 p.

RIALS, (S.), *Destins du fédéralisme*, Paris, LGDJ 1986, 78 p.

RIALS, (S.), *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF 2005, 127 p.

RIGAUX, (F.), « L'autorité du juge constitutionnel : le droit fédéral des Indiens à la Cour Suprême des États-Unis », in BONTEMS, (C.), (dir.), *Le juge : figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan 1996, pp. 410 – 458.

ROBERTSON, (L.G.), *Conquest by Law. How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of their Lands*, Oxford University Press 2005, xiii-239 p.

ROUSSEAU, (Ch.), « L'indépendance de l'État dans l'ordre juridique international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.73 (1948-II), pp. 167 – 253.

ROUSSEAU, (Ch.), *La compétence territoriale. Cours de droit international public*, Paris, Les Cours de Droit 1955-1956, 416 p.

RUDY, F.S., *International Law in the Enlightenment. The Background of Emmerich de Vattel's "Le droit des gens"*, Dobbs Ferry, New York 1975, xvi-354 p.

RUTLAND, (R.A.), RACHAL, (W.M.E.), (ed.), *The Papers of James Madison*, Chicago, The University of Chicago Press 1973

- S -

SALMON, (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.175 (1982-II), pp. 259 – 414.

SALMON, (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant 2001, xli-1198 p.

SANBORN, (F.R.), *Origins of the Early English Maritime and Commercial Law*, New York, The Century Co. 1930, 424 p.

SAVIGNY, (M.F.C. de), *Traité de Droit Romain* (1860), Paris, Editions Panthéon-Assas 2002, vi-532 p.

SCHMITT, (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum* (1950), Paris, PUF 2001, 363 p. (traduit de l'allemand par L.Deroche-Gurcel)

SCHMITT, (C.), *Théorie de la Constitution* (1989), Paris, PUF 2008, 576 p. (traduit de l'allemand par L.Deroche)

SCOTT, (J.B.), *James Madison's Notes of Debates in the Federal Convention of 1787 and their Relation to a More Perfect Society of Nations*, New York, Oxford University Press 1918, xviii-149 p.

SCOTT, (J.B.), *Judicial Settlement of Controversies Between States of the American Union. Cases Decided in the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press 1918, 2 vols.

SCOTT, (J.B.), (ed.), *President Wilson's Foreign Policy : Messages, Addresses, Papers*, New York, Oxford University Press 1918, xiv-424 p.

SCOTT, (J.B.), *The United States of America : a Study in International Organization*, New York, Oxford University Press 1920, xix-605 p.

SCOTT, (J.B.), *The Spanish Origin of International Law : Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press 1934, 288-clxiii p.

S.F.D.I., *Les compétences de l'État en droit international public. Actes du colloque de Rennes*, Paris, Pedone 2006, 320 p.

SHARMA, (S.P.), *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers 1997, xvii-353 p.

SHAW, (M.N.), *International Law*, Cambridge University Press 2008, clxvi-1542 p.

SIOTTO-PINTOR, (M.), « Les sujets du droit international autre que les États », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.41 (1932-III), pp. 245 – 361.

SMITH, (H.A.), *The American Supreme Court as an International Tribunal*, New York, Oxford University Press 1920, 123 p.

SMITH, (J.H.), *The Annexation of Texas*, New York, Baker and Taylor 1911, ix-496 p.

SNOW, (A.H.), *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, New York, London, G.P. Putnam's Sons 1921, v-376 p.

SPARROW, (B.H.), *The Insular Cases and the Emergence of American Empire*, Lawrence, the University Press of Kansas 2006, xii-300 p.

STILES, (E.), *The United States Elevated to Glory and Honour : a Sermon Preached before Jonathan Trumball, Governor of Connecticut and the General Assembly of Connecticut, 8 May 1783*, New-Haven, Thomas & Samuel Green 1783, 99 p.

STORING, (H.J.), (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, Chicago, Chicago University Press 1981, 7 vols.

STORY, (J.), *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company 1833, 3 vols.

STORY, (J.), *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic : in regard to Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Succession, and Judgments*, Boston, C.C.Little & J.Brown, London, Maxwell & Son, 1846, xxxv-1068 p.

SULLIVAN, (J.), *The History of Land Titles in Massachusetts*, Boston, I.Thomas and E.T.Andrews 1801, x-392 p.

SYRETT, (H.), *The Papers of Alexander Hamilton*, New York, Columbia University Press 1961-1987, 27 vols.

SY-WONYU, (A.), *Les États-Unis et le monde au 19^e siècle*, Paris, Armand Colin 2004, 314 p.

- T -

TAYLOR. (C.F), *The Plains Indians : a Cultural and Historical View of the North American Plains Tribes of the Pre-Reservation Period*, New York, Crescent Book 1994, 256 p.

THAYER, (J.B.), *Legal Essays*, London, Oxford University Press 1908, xvi-402 p.

TOCQUEVILLE, (A. de), *De la Démocratie en Amérique* (1835 – 1840), Paris, Gallimard 1986, 2 vols.

TOUSCOZ, (J.), *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, LGDJ 1964, 280 p.

TREFOUSSE, (H.L.), *Thaddeus Stevens. Nineteenth-Century Egalitarian*, Chapel Hill, North Carolina University Press 1997, xiii-312 p.

TRIEPEL, (H.), *Droit international et droit interne* (1920), Paris, Editions Panthéon-Assas 2010 (traduit de l'allemand par R.Brunet), xxxv-448 p.

TRIEPEL, (H.), « Les rapports entre droit interne et droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.1 (1923-I), pp. 77 – 121.

TRIGGER, (B.G.) ; WASHBURN, (W.E.), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas*, New York, Cambridge University Press 1996-2000, 6 vols.

TRUYOL Y SERRA, (A.), « L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.116 (1965-III), pp. 95 – 179.

TUCKER, (H. St. G.), *Limitations on the Treaty-making Power under the Constitution of the United States*, Boston, Little, Brown & Co. 1915, xxi-444 p.

TUCKER, (R.W.) ; HENDRICKSON, (D.C.), *Empire of Liberty : the Statecraft of Thomas Jefferson*, New York, Oxford, Oxford University Press 1990, 360 p.

TUCKER, (S.), (ed.), *Blackstone's Commentaries, with Notes of Reference*, Philadelphia, W.Y.Birch & A.Small 1803, 5 vols.

TURNER, (F.J.), *La frontière dans l'histoire des États-Unis* (1947), Paris, PUF 1963, 328 p. (traduit par A. Rambert).

TUSSEAU, (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, DALLOZ « Nouvelle Bibliothèque des Thèses » 2006, xviii-813 p.

TWISS, (T.), *The Oregon Question Examined in Respect to Facts and the Law of Nations*, London, Longman, Brown, Green and Longmans 1846, ix-391 p.

TWISS, (T.), *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, Oxford, Clarendon Press 1884, lvi-486 p.

- V -

VALERY, (P.), *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Paris, Gallimard 1945, 328 p.

VALI, (F.A), *Servitudes of International Law. A Study of Rights in Foreign Territory*, London, Sweet & Maxwell, Littleton, F.B.Rothman 1986, xii-349 p.

VATTTEL, (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres 1758, 2 vols.

VATTTEL, (E. de), *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Washington, Carnegie Institution 1916, lxvi-398 p. (traduit du français par C.Fenwick).

VERZIJL, (J.H.W.), *International Law in Historical Perspective*, Leiden, A.W. Sijthoff 1968 – 1979, 12 vols.

VISSCHER, (Ch. De), *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone 1967, 176 p.

VISSCHER, (Ch. De), *Problèmes de confins en droit international public*, Paris, Pedone 1969, 200 p.

VITORIA, (F. de), *De Indis et de iure belli relectiones* (1696), Washington, Carnegie Institution 1917, 475 p.

VOLLENHOVEN, (V.), *Les trois phases du droit des gens*, La Haye, M.Nijhoff 1919, iv-107 p.

- W -

WALLACE, (A.F.C.), *Jefferson and the Indians : the Tragic Fate of the First Americans*, Cambridge, Bleknap Press 1999, ix-394 p.

WECKEL, (P.), (dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace : la spécificité du contentieux territorial*, Paris, Pedone 1998, 229 p.

WEEKS, (P.C.) *The United States and the Search for the Solution to the « Indian Question*, Ph.D Thesis, Case Western Reserve University 1989, xvi-457 p.

WEINBERG, (A.K.), *Manifest Destiny. A Study of Nationalist Expansionism in American History*, Blatimore, The Johns Hopkins Press 1935, xii-559 p.

WESTLAKE, (J.), *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press 1894, xix-275 p.

WHARTON, (J.J.S.), *The Law Lexicon or Dictionary of Jurisprudence : Explaining all the Technical Words and Phrases Employed in the Several Departments of English Law, Including also the Various Legal Terms used in Commercial Transactions, together with an Explanatory as well as Literal Translation of the Latin Maxims Contained in the Writings in the Ancient and Modern Commentators*, Harrisburg (Pa.), I.G. M'Kinley and J.M.G. Lescure 1848, vii-1073 p.

WHARTON, (S.), *Plain Facts : being an Examination into the Rights of the Indian Nations of America, to their Respective Countries, and a Vindication of the Grant from the Six United Nations of Indians, to the Proprietors of Indiana Against the Decision of the Legislature of Virginia, together with Authentic Documents Proving that the Territory, Westward of the Allegany Mountain, Never Belonged to Virginia, etc.*, Philadelphia, R.Aitken 1781, 164 p.

WHEATON, (H.), *Elements of International Law* (3^e ed.), Philadelphia, Lea and Blanchard 1846, xxviii-655 p.

WHEATON, (H.), *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique, depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, Leipzig, F.A. Brockhaus 1846, 2 vols.

WHEATON, (H.), *Eléments du droit international*, Leipzig, F.A.Brockhaus 1852, 2 vols.

WICKERSHAM, (G.W.), *New States and Constitutions », Adress at the Yale University Law School, June 19, 1911*, Washington, Government Printing Office 1911, 23 p.

WILLIAMS, (G.L.), (ed.), *Salmond on Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell 1957, xxix-550 p.

WILLIAMS, (R.A.), *The American Indians in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, New York, Oxford, Oxford University Press 1990, xi-352 p.

WILLIAMS, (S.C.), *The admission of Tennessee into the Union*, Nashville, The Tennessee Historical Commission 1945, 31 p.

WILLOUGHBY, (W.F.), *Territories and Dependencies of the United States. Their Government and Administration*, New York, The Century Co. 1905, xi-334 p.

WILLOUGHBY, (W.W.), *The Rights and Duties of American Citizenship*, New York, American Book Co. 1898, 336 p.

WILLOUGHBY, (W.W.), *The American Constitutional System. An Introduction to the Study of the American State*, New York, The Century Co. 1904, xvi-323 p.

WILLOUGHBY, (W.W.), *The Fundamental Concepts of Public Law*, New York, The MacMillan Company 1924, xvii-499 p.

WINFIELD, (P.H.), *The Foundation and the Future of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press 1941, 125 p.

WINIARSKI, (B.), « Principes généraux du droit fluvial international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.45 (1933-III), pp. 79 – 217.

WINTHROP, (J.), *Winthrop Papers*, Boston, Massachusetts Historical Society 1931, 2 vols.

WOOLSEY, (T.D.), *Introduction to the Study of International Law*, Boston and Cambridge, James Munroe & Company 1860, xvii-486 p.

WOOLSEY, (T.D.), *Introduction to the Study of International Law*, New York, Charles Scribner & Co. 1868, 441 p.

WRIGHT, (Q.), *The Control of American Foreign Relations*, New York, MacMillan 1922, xxvi-412 p.

- Y -

YARBROUGH, (J.M.), *The Essential Jefferson*, Indianapolis, Hackett Publishing 2006, xxxvii-287 p.

YOUNG, (A.), (ed.), *Chronicles of the First Planters of the Colony of Massachusetts Bay from 1623 to 1636*, Boston, Little & Brown 1846, viii-571 p.

- Z -

ZABALZA, (A.), *La Terre et le Droit*, Bordeau, Editions Bière 2007, 441 p.

ZARKA, (Y-C.), *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF 2005, 95 p.

ZIEGLER, (B.M.), *The International Law of John Marshall. A Study of First Principles*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press 1939, xii-386 p.

ZIMMERMAN, (J.-F.), *Interstate Disputes. The Supreme Court's Original Jurisdiction*, Albany, State University of New York Press 2006, xi-231 p.

ZOLLER, (E.) « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'États », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol.204 (2002), pp. 43 – 166.

ZOLLER, (E.), *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz 2010, xvi-922 p.

III] ARTICLES & CONTRIBUTIONS

- A -

ABEL, (A.H.), « Proposals for an Indian State, 1778 – 1878 », *Annual Report of the American Historical Association* 1907, pp. 87 – 104.

ADAMS, (J.Q.), « On the Opium War », in *Proceedings of the Massachusetts Historical Society* vol.43 (1910), pp. 295 – 325.

ALLAND, (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *Archives de Philosophie du Droit*, vol.32 (1987), pp. 163 – 178/

ALLAND, (D.), « De l'ordre juridique international », *Droits* n°35 (2002), pp. 79 – 101.

ALLAND, (D.), « Conquête espagnole des Indiens, jugements sur les Indiens d'Amérique et doctrine de la guerre juste », *Droits* n°46 (2007), pp. 19 – 40.

ALLAND, (D.), « L'esclave par nature d'Aristote au temps de la seconde scolaistique espagnole », *Droits* n°50 (2010), pp. 59 – 87.

ALLEN, (S.) ; XANTHAKI, (A.), (ed.), *Reflections on the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Portland, Hart Publishing 2011, 619 p.

ANDRESS, (J.L.) ; FALKOWSKI, (J.E.), « Self-Determination : Indians and the United Nations – The Anomalous Status of America's Domestic Dependent Nations », *American Indian Law Review*, vol.8, n°1 (1980), pp. 97 – 116.

ANDREWS, (J.A.), « The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the 19th Century », *Law Quarterly Review*, vol.94, n°3 (1978), pp. 408 – 427.

[ANONYME], « The Power of States to Make Compacts », *Yale Law Journal*, vol.31, n°6 (1922), pp. 635 – 639.

ARANGIO-RUIZ, (G.), « L'État dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* vol.26 (1975), pp.3-63 et 265-406.

ARMBRUSTER, (H.), « Selbstbestimmungsrecht », in STRUPP, (K.), SCHLOCHAUER, (H.J.), (ed), *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol.3 (1962), pp. 250 – 255.

ARMITAGE, (D.), « The Declaration of Independence and International Law », *William & Mary Quarterly* vol.59, n°1 (2002), pp. 39 – 64.

ARNEIL, (B.), « John Locke, Natural law, and Colonialism », *Journal of the History of Political Thought*, vol.13, n°4 (1992), pp. 587 – 603.

ASPREMONT, (J. d'), « La création internationale d'États démocratiques », *RGDIP* vol.109, n°4 (2005), pp. 889 – 908.

ASPREMONT, (J. d'), « Regulating Statehood : The Kosovo Status Settlement », *Leiden Journal of International Law*, vol.20, n°3 (2007), pp. 649 – 668.

- B -

BACON, (S.), « Territory and the Constitution », *Yale Law Journal*, vol.10, n°3 (1901), pp. 99 – 117.

BADIE, (B.) ; SMOOTS, (M.C.), « L'international sans territoire », *Cultures & Conflits*, vol.21-22 (1996), pp. 9 – 18.

BAER, (M.H.), « An Early Plan for the Development of the West », *American Historical Review*, vol.30, n°3 (1925), pp. 537 – 543.

BALDWIN, (S.E.), « The Constitutional Question incident to the Acquisition and Government by the United States of Island Territory », *Harvard Law Review*, vol.12, n°6 (1898), pp. 393 – 416.

BALDWIN, (S.E.), « The Responsibilities of the United States, Internationally, for Acts of the States », *Yale Law Journal*, vol.5, n°4 (1896), pp. 161 – 174.

BALLECK, (B.J.), « When the Ends Justify the Means : Thomas Jefferson and the Louisiane Purchase », *Presidential Studies Quarterly*, vol.22, n°4 (1992), pp. 679 – 696.

BARBERIS, (J.A.), « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *Annuaire Français de Droit International*, vol.XLV (1999), pp. 132 – 147.

BASSETT, (W.W.), « The Myth of the Nomad in Property Law », *Journal of Law and Religion*, vol.4, n°1 (1986), pp. 133 – 152.

BEAUD, (O.), « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in GREWE, (C.) ; JOUANJAN, (O.) ; MAULIN, (E.), (dir.), *La justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz 2005, pp. 49 – 72.

BEAUD, (O.), « La notion d'État », *Archives de Philosophie du Droit* n°35 (1990), pp. 119 – 141.

BEAULAC, (S), « Le transfert de territoire en droit international selon Vattel et la cession de la Louisiane aux États-Unis d'Amérique », *Louisiana Law Review*, vol.63, n°3 (2003), pp. 1361 – 1395.

BELLIA, (A.J.) ; BRADFOR, (R.C.), « The Federal Common Law of Nations », *Columbia Law Review*, vol.109, n°1 (2009), pp. 1 – 93.

BERKHOFER, (R.F. Jr.), « Jefferson, the Ordinance of 1784, and the Origins of the American Territorial System », *William & Mary Quarterly*, vol.29, n°2 (1972), pp. 231 – 262.

BERMAN, (H.R.), « The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States », *Buffalo Law Review* vol.27, n°4 (1977), pp. 637 – 667.

BIBER, (E.), « The Price for Admission : Causes, Effects, and Patterns of Conditions Imposed on States Entering the Union », *American Journal of Legal History*, vol.46, n°2 (2004), pp. 199 – 208.

BILDER, (B.), « The Role of States and Cities in International Relations », *American Journal of International Law*, vol.83, n°4 (1989), pp. 821 – 839.

BOBROFF, (K.H.), « Retelling Allotment : Indian Property Rights and the Myth of Common Ownership », *Vanderbilt Law Review*, vol.54, n°4 (2001), pp. 1557 – 1624.

BRADLEY, (C.A.), GOLDSMITH, (J.L.) ; « Customary International Law as Federal Common Law : a Critique of the Modern Position », *Harvard Law Review*, vol.110, n°4 (1997), pp. 815 – 876.

BRADLEY, (C.A.) ; GOLDSMITH, (J.L.), « The Abiding Relevance of Federalism to U.S. Foreign Relations », *American Journal of International Law*, vol.92, n°4 (1998), pp. 675 – 679.

BRAGAW, (S.G.), « Thomas Jefferson and the American Indian Nations : Native Americans Sovereignty and the Marshall Court », *Journal of the Supreme Court History*, vol.31, n°2 (2006), pp. 155 – 180.

BROOK, (J.A.), « Federalism and Foreign Affairs : how to Remedy Violations of the Vienna Convention and Obey the U.S. Constitution, too », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol.37, n°2 (2004), pp. 573 – 598.

BRUCE, (A.A.), « The Compacts and Agreements of States with one Another and with Foreign Powers », *Minnesota Law Review*, vol.2, n°7 (1918), pp. 500 – 516.

BULKLEY, (Rev. J.), « An Inquiry into the Right of Aboriginal Natives to the Lands in America, and the Titles Derived From Them (1724) », in *Collections of the Massachusetts Historical Society for the year MDCCXCV*, Boston, S.Hall 1795.

BURGESS, (J.W.), « The Decisions of the Supreme Court in the Insular Cases », *Political Science Quarterly*, vol.16, n°3 (1901), pp. 486 – 504.

BURKE, (J.C), « The Cherokee Cases : a Study in Law, Politics, and Morality », *Stanford Law Review*, vol.21, n°3 (1969), pp. 500 – 531.

BURNETT, (C.D.), « Untied States : American Expansion and Territorial Deannexation », *University of Chicago Law Review*, vol.72, n°3 (2005), pp. 797 – 879.

- C -

CARTER, (N.C.), « Race and Powers Politics as Aspects of Federal Guardianship over American Indians : Lands Related Cases, 1887 – 1924 », *American Indian Law Review*, vol.4, n°2 (1976), pp. 197 – 248.

CARTY, (A.), « The Iraq Invasion as a Recent United Kingdom “Contribution to International Law” », *European Journal of International Law*, vol.16, n°1 (2005), p. 143 – 151.

CAVALLAR, (G.), « Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel : Accomplices of European Colonialism or True Cosmopolitans ? », *Journal of the History of International Law*, vol.10, n°2 (2008), pp. 181 – 209.

CHAMBERS, (R.P.), « Judicial Enforcement of the Federal Trust Responsability to Indians », *Stanford Law Review*, vol.27, n°5 (1975), pp. 1213 – 1248.

CHEMILLIER-GENDREAU, (M.), « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *Archives de Philosophie du Droit*, t.32 (1987), pp. 153 – 162.

CLARK, (B.R.), « Federal Common Law : a Structural Reinterpretation », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.144, n°4 (1996), pp. 1245 – 1376.

CLEVELAND, (S.H.), « Powers Inherent in Sovereignty : Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Pleany Power over Foreign Affairs », *Texas Law Review*, vol.81, n°1 (2002), pp. 1 – 284.

CLINEBELL, (J.H.) ; THOMSON, (J.), « Sovereignty and Self-Determination : the Rights of Native Americans under International Law », *Buffalo Law Review*, vol.27, n°4 (1978), pp. 669 – 714.

CLINTON, (R.N.), « Development of Criminal Jurisdiction over Indian Lands : the Historical Perspective », *Arizona Law Review*, vol.17, n°4 (1975), pp. 951 – 991.

CLINTON, (R.N.), « Isolated in their Own Country : a Defense of Federal Protection of Indians Autonomy and Self-Government », *Stanford Law Review*, vol.33, n°6 (1981), pp. 979 – 1068.

CLINTON, (R.N.), « There is no Federal Supremacy Clause for Indian Tribes », *Arizona State Law Journal*, vol.34, n°1 (2002), pp. 113 – 260.

COHEN, (F.S.), « Indian Rights and the Federal Courts », *Minnesota Law Review*, vol.24, n°2 (1940), pp. 145 – 200.

COHEN, (M.R.), « The Spanish Origins of Indian Rights in the Law of the United States », *Georgetown Law Journal*, vol.31, n°1 (1942), pp. 1 – 21.

COLLINS, (R.B.), « Indian Consent to American Government », *Arizona Law Review*, vol.31, n°2 (1989), pp. 365 – 387.

COMBACAU, (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de Philosophie du Droit*, t.31 (1986), pp. 88 – 105.

COUDERT, (F.R.), « The Evolution of the Doctrine of Territorial Incorporation », *Columbia Law Review*, vol.26, n°7 (1926), pp. 823 – 850.

CRAWFORD, (J.), « The Criteria for Statehood in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol.48 (1976-1977), pp. 93 – 182.

- D -

DAVILA-COLON, (L.R.), « Equal Citizenship, Self-Determination, and the U.S. Statehood Process : a Constitutional and Historical Analysis », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol.13 (1981), pp. 315 – 374.

DELBEZ, (L.), « Du territoire dans ses rapports avec l'État », *Revue Générale de Droit International Public*, vol.39, n°4 (1932), pp. 705 – 738.

DEMBINSKY, (L.), « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire Suisse de Droit International*, vol.31 (1975), pp. 121 – 152.

DE SENA, (P.) ; VITUCCI, (M.C.), « The European Courts and the Security Council : between *dédoubement fonctionnel* and the Balancing of Values », *European Journal of International Law*, vol.20, n°1 (2009), pp. 193 – 228.

DIKCINSON, (E.D.), « Changing Concepts and the Doctrine of Incorporation », *American Journal of International Law*, vol.26, n°2 (1932), pp. 239 – 260.

DICKINSON, (E.D.), « The Law of Nations as part of the National Law of the United States », *Pennsylvania Law Review*, vol.101, n°1 (1952), pp. 26 – 56 et vol.101, n°. 6 (1953), pp. 792 – 833.

DION, (L.), « Natural law and Manifest Destiny in the Era of the American Revolution », *Canadian Journal of Economics and Politics*, vol.23, n°2 (1957), pp. 227 – 247.

DOWNES, (R.C.), « The Statehood Contest in Ohio », *The Mississippi Valley Historical Review*, vol.18, n°2 (1931), pp. 165 – 171.

DUNNING, (W.A.), « Are the States Equal under the Constitution ? », *Political Science Quarterly*, vol.3, n°3 (1888), pp. 425 – 453.

- E -

EDERINGTON, (L.B.), « Property as a Natural Institution : the Separation of Property from Sovereignty in International Law », *American University International Law Review*, vol.13, n°2 (1997), pp. 263 – 231.

ELAZAR, (D.J.), « Opening the Third Century of American Federalism », *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, vol.509, n°1 (1990), pp. 1 – 21.

- F -

FARNHAM, (T.J.), « The Federal-State Issue and the Louisiana Purchase », *Louisiana History. The Journal of the Louisiana Historical Association*, vol.6, n°1 (1965), pp. 5 – 25.

FARRAND, (M.), « Territory and District », *American Historical Review*, vol.5, n°4 (1900), pp. 676 – 681.

FENWICK, (C.G.), « The Authority of Vattel », *American Political Science Review*, vol.7, n°3 (1913), pp. 395 – 410.

FISCHER, (G.), « Les relations entre les États-Unis et la République de Panama », *AFDI* vol.I (1955), pp. 85 – 98.

FLAHERTY, (M.S.), « History Right ? Historical Scholarship, Original Understanding, and Treaties as “Supreme Law of the Land” », *Columbia Law Review*, vol.99, n°8 (1999), pp. 2095 – 2153.

FLANAGAN, (T.), « The Agricultural Argument and Original Appropriation : Indian Lands and Political Philosophy », *Canadian Journal of Political Science*, vol.22, n°3 (1989), pp. 589 – 602.

FLORY, (M.), « Le couple État-territoire en droit international contemporain », *Cultures & Conflits* n°21/22 (1996), pp. 251 – 288.

FORTEAU, (M.), « L’État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *R.G.D.I.P.* vol.111, n°4 (2007), pp. 738 – 769.

FORTEAU, (M.), « 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) », *Revue Générale de Droit International Public*, vol.112, n°2 (2008), pp. 453 – 458.

FORTEAU, (M.), « Le statut des territoires sur lesquels se trouvent les murs », *in* SOREL, (J.-M.), (dir.), *Les murs et le droit international*, Paris, Pedone 2010, pp. 91 – 115.

FORTEAU, (M.), « La Cour International de Justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné », *in* DUBOUT, (E.) ; TOUZE, (S.), (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone 2010, pp. 34 – 64.

FRANCK, (T.M.), « The Emerging Right to Democratic Governance », *American Journal of International Law*, vol.86, n°1 (1992), pp. 46 – 91.

FRANKFURTER, (F.), LANDIS, (J.), « The Compact Clause of the Constitution », *Yale Law Journal*, vol.34, n°7 (1925), pp. 685 – 758.

FREYFOGLE, (E.T.), « Land Use and the Study of Early American History », *Yale Law Journal*, vol.94, n°3 (1985), pp. 717 – 742.

FRIEDMAN, (L.K.), « Native Hawaiians, Self-Determination, and the Inadequacy of State Land Trusts », *University of Hawaii Law Review*, vol.14, n°2 (1992), pp. 519 – 580.

- G -

GAMMANS, (N.), « The Responsibility of the Federal Government for Violations of the Rights of the Aliens », *American Journal of International Law*, vol.8, n°1 (1914), pp. 73 – 80.

GARRISON, (T.A.), « Beyond Worcester : the Alabama Supreme Court and the Sovereignty of the Creek Nation », *Journal of the Early Republic*, vol.19, n°3 (1999), pp. 423 – 450.

GETCHES, (D.H.), « Conquering the Cultural Frontier: The New Subjectivism of the Supreme Court in Indian Law », *California Law Review*, vol.84, n°6 (1996), pp. 573 – 655.

GOLOVE, (D.M.), et HULSEBOSCH (D.J.), « A Civilized Nation : the Early American Constitution, the Law of Nations, and the Pursuit of International Recognition », *New York University Law Review*, vol.85, n°4 (2010), pp. 932 – 1066.

GREEN, (L.C.), « North America's Indian and the Trusteeship Concept », *Anglo-American Law Review*, vol.4, n°2 (1975), pp. 137 – 180.

GREYMORNING, (S.), « In the Absence of Justice : Aboriginal Case Law and the Ethnocentrism of the Courts », *Canadian Journal of Native Studies*, vol.17, n°1 (1997), pp. 1 – 31.

GRZEGORCZYK, (C.), « Ordre juridique comme réalité », *Droits* vol.35 (2002), pp. 103 – 118.

GRIFFITHS, (J.), « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism*, vol.24 (1986), pp. 1 – 55.

GROSS, (L.), « The Peace of Westphalia, 1648 – 1948 », *American Journal of International Law*, vol.42, n°1 (1948), pp. 20 – 41.

- H -

HALBERSTAM, (D.), « Local, Global and Plural Constitutionalism : Europe Meets the World », in WEILER, (J.), DE BURCA (G.), (ed.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, à paraître.

HARDING, (C.) ; LIM, (C.L.), « The Significance of Westphalia : an Archaeology of International Legal Order », in HARDING, (C.) ; LIM, (C.L.), (ed.), *Renegotiating Westphalia*, The Hague, Boston, M.Nijhoff (1999), pp. 1 – 23.

HART, (A.B.), « American Ideals of International Relations », *American Journal of International Law*, vol. 1, n°3 (1907), pp. 624 – 635.

HEAD, (C.E.), « The Dormant Foreign Affairs Power : Constitutionnal Implications for State and Local Investment Restrictions Impacting Foreign Countries », *Boston College Law Review*, vol.42, n°1 (2000), pp. 123 – 172.

HENDERSON, (J.S.), « Mikmaw Tenure in Atlantic Canada », *Dalhousie Law Journal*, vol.18, n°2 (1995), pp. 196 – 294.

HENDERSON, (J.Y.), “Unravelling the Riddle of Aboriginal Title », *American Indian Law Review*, vol.5, n°1 (1977), pp. 75 – 137.

HENKIN, (L.), « International Law as Law in the United States », *Michigan Law Review*, vol.82, n°5-6 (1984), pp. 1555 – 1569.

HIGGINS, (F.B.), « International Law Consideration of the American Indian Nations by the United States », *Arizona Law Review*, vol.3, n°1 (1961), pp. 74 – 85.

HILL, (A.), « Brothers Commissioners of the U.S. Attend », in *Olden Times*, Pittsburgh 1848, vol.2, pp.415 – 430.

HORSMAN, (R.), « American Indian Policy in the Old Northwest, 1783-1812 », *William & Mary Quarterly*, vol.18, n°1 (1961), pp. 35 – 53.

- I -

IORNS, (C.J.), « Indigenous Peoples and Self-Determination : Challenging State Sovereignty », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol.24, n°2 (1992), pp. 199 – 348.

- J -

JAY, (S.), « Origins of the Federal Common Law », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.133, n°5 (1985), pp. 1003 – 1116.

JAY, (S.), « The Status of the Law of Nations in Early American Law », *Vanderbilt Law Review*, vol.42, n°3 (1989), pp. 819 – 849.

JENNINGS, (R.Y.), « The *Caroline* and *McLeod* Cases », *American Journal of International Law*, vol.32, n°1 (1938), pp. 82 – 99.

JOHNSON, (K.W.), « Sovereignty, Citizenship, and the Indian », *Arizona Law Review*, vol.15, n°4 (1973), pp. 973 – 1003.

JOSPEH, (Y.), « An Indian's View on Indian Affairs », *North American Review* vol.128, n°269 (1879), pp. 412 – 434.

JOUANNET, (E.), « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale », *Archives de Philosophie du Droit*, t.47 (2003), pp. 191 – 232.

JOUANNET, (E.), « La critique de la pensée classique durant l'entre deux guerres : Vattel et Van Vollenhoven. Quelques réflexions sur le modèle classique du droit international », *Miskolc Journal of International Law*, vol.1, n°2 (2004), disponible à l'adresse <http://www.uni-miskolc.hu/~wwwdrint-20042jouannet1.htm> (consulté le 2 mai 2011).

- K -

KADES, (E.), « The Dark Side of Efficiency : Johnson v. McIntosh and the Expropriation of American Indian Lands », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.148, n°4 (2000), pp. 1065 – 1090.

KADES, (E.), « History and Interpretation of the Great Case of Johnson v. McIntosh », *Law and History Review*, vol.19, n°1 (2001), pp. 67 – 116.

KELLY, (D.G. Jr), « Indian Title : the Rights of American Natives in Lands they have Occupied since Time Immemorial », *Columbia Law Review*, vol.75, n°3 (1975), pp. 655 – 686.

KELSEN, (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue de Droit Public*, vol.43 (1926), pp. 561 – 646.

KENNEDY, (D.), « International Law and the Nineteenth Century : History of an Illusion », *Nordic Journal of International Law*, vol.65 (1996), pp. 385 – 420.

KESAVAN, (V.) ; PAULSEN, (M.S.), « Is West Virginia Unconstitutional ? », *California Law Review*, vol.90, n°2 (2002), pp. 291 – 400.

KILPINEN, (J.T.), « The Supreme Court's Role in Choctaw and Chickasaw Dispossession », *Geographical Review*, vol.94, n°4 (Oct. 2004), pp. 484 – 501.

KNIGHT, (D.B.), « Territory and People or People and Territory ? Thoughts on Postcolonial Self-Determination », *International Political Science Review*, vol.6, n°2 (1985), pp. 246 – 272.

KOHEN, (M.G.), « Is the Notion of Territorial Sovereignty Obsolete ? » in PRATT, (M.A.) ; BROWN, (J.A.), (ed.), *Borderlands under Stress*, Dordrecht, Kluwer 2000, pp.35-47.

KOHEN, (M.G), « La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.I.P.* vol.108, n°3 (2004), pp. 561 – 595

KOHEN, (M.G.), « Sur quelques vicissitudes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant 2007, pp. 961 – 981.

KOLB, (R.), « Mondialisation et droit international », *Relations Internationales* vol.123 (2005/3), pp. 69 – 86.

KOSKENNIEMI, (M.), « The Legacy of the Nineteenth Century », in ARMSTRONG, (D.), (ed.), *Handbook of International Law*, London, New York, Routledge (2009), pp. 141 – 153.

KU, (J.G.), « Customary International Law in States Courts », *Virginia Journal of International Law.*, n°42, n°1 (2001), pp. 265 – 337.

- L -

LANGDELL, (C.C.), « The Status of Our New Territories », *Harvard Law Review*, vol.13, n°6 (1899), pp. 365 – 392.

LAUTERPACHT, (H.), « Is International Law a Part of the Law of England ? », *Transactions of the Grotius Society*, vol.25 (1939), pp. 51 – 88.

LAVIALLE, (C.), « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État dans l'ancienne France », *Droits* n°15 (1992), pp. 19 – 31.

LEE, (T.H.), « The Supreme Court of the United States as Quasi-International Tribunal : Reclaiming the Court's Original and Exclusive Jurisdiction over Treaty-Based Suits by Foreign States Against States », *Columbia Law Review*, vol.104, n°7 (2004), pp. 1765 – 1885.

LEGRAND, (P.), « Entendre l'altérité », in *Le droit comparé*, Paris, PUF 2009, pp. 50 – 73.

LENNER, (A.), « Separate Spheres : Republican Constitutionalism in the Federalist Era », *American Journal of Legal History*, vol.41, n°2 (1997), pp. 250 – 281.

LEVY, (J.T.), « Not so novus an ordo. Constitutions without Social Contracts », *Political Theory*, vol.37 (2009), pp.191-216.

LEWIS, (K.P), « Dealing with South Africa : the Constitutionality of State and Local Divestment Legislation », *Tulane Law Review*, vol.61, n°3 (1987), pp. 469 – 517.

LOWE, (V.), « Precluding Wrongfulness or Responsibility : a Plea for Excuses », *European Journal of International Law*, vol.10, n°2 (1999), pp. 405 – 411.

LOWELL, (A.L.), « The Status of Our New Possessions – a Third View », *Harvard Law Review*, vol.13, n°3 (1899), pp. 155 – 176.

- M -

MACDONNEL, (J.), « Occupation and *Res Nullius* », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, vol.1, n°2 (Jul.1899), pp. 276 – 286.

MAULIN, (E.), « L'ordre juridique fédéral. L'État fédéral authentique », *Droits*, vol.35 (2002), pp. 41 – 62.

MCLOUGHLIN, (W.G.), « Thomas Jefferson and the Beginning of Cherokee Nationalism », *William & Mary Quarterly*, vol.32, n°4 (1975), pp. 547 – 580.

MAIER, (H.G.), « Preemption of State Law : a Recommended Analysis », *American Journal of International Law*, vol.83, n°4 (1989), pp. 832 – 839.

MALTZ, (E.M.), « The Fourteenth Amendment and Native American Citizenship », *Immigration and Nationality Law Review*, vol.22 (2001), pp. 625 – 643.

MARKS, (C.), « Indigenous Peoples in International Law : the Significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de Las Casas », *Australian Yearbook of International Law*, vol.13 (1992), pp. 1 – 51.

MARTIN, (F.F.), « Our Constitution as Federal Treaty : A New Theory of United States Constitutional Construction Based on an Originalist Understanding for Adressing a New World », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol.31, n°3 (2004), pp. 269 – 364.

MARTIN, (P.M.), « Difficultés d'application du droit international dans un État fédéral », *Recueil Dalloz 2009*, p. 250.

MARTIN, (P.-M.), « Une opération de déminage potentiellement explosive : l'avis de la Cour internationale de Justice sur la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo », *Recueil Dalloz 2010*, p.2658.

MARTONE, (F.J.), « American Indian Tribal Self-Government in the Federal System : Inherent Right or Congressional License ? », *Notre-Dame Law Review*, vol.51 , n°44 (1976), pp. 600 – 635.

MATRINGE, (J.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *Annuaire Français de Droit International*, 2002.

MENON, (P.K.), « Title to Territory : Traditional Modes of Acquisition by States », *Revue de Droit International, de sciences diplomatiques et politiques*, vol.72 (1994), pp. 1 – 54.

MERLE, (M.), « Un système international sans territoire ? », *Cultures & Conflits* n°21/22 (1996), pp. 289 – 310.

MERRY, (S.E.), « Legal Pluralism », *Law & Society Review*, vol.22, n°5 (1988), pp. 869 – 896.

MERTZ, (E.), « The Uses of History : Language, Ideology and Law in the United States and South Africa », *Law & Society Review* vol.22, n°4 (1988), pp. 661 – 686.

MEYERS, (W.J.), « The Privileges and Immunities of Citizens in the Several States », *Michigan Law Review*, vol.1, n°4 (1903), pp. 286 – 308.

MILLER, (R.J.), « The Doctrine of Discovery in American Indian Law », *Idaho Law Review*, vol.42, n°1 (2005), pp. 1 – 122.

MINGER, (R.E.), « Panama, the Canal Zone, and Titular Sovereignty », *Western Political Quarterly*, vol.14, n°2 (Jun., 1961), pp. 544 – 554.

MORIN, (M.), « Des Nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVIe au XVIIIe siècle », *Journal of the History of International Law*, vol.12, n°1 (2010), pp. 1 – 70.

MORSE, (A.P.), « Status of Inhabitants of Territory Acquired by Discovery, Purchase, Cession or Conquest, According to the Usage of the United States », *The American Law Register*, vol.48, n°6 (1900), pp. 332 – 339.

MUIR-WATT, (H.), « Droit naturel et souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel », *Archives de Philosophie du Droit*, t.32 (1987), pp. 71 – 83.

MURSWIEK, (D.), « The Issue of a Right of Secession – Reconsidered », in TOMUSCHAT, (C.), (ed.), *Modern Law of Self-determination*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers 1993, pp. 21 – 39.

- N -

NAFZIGER, (J.A.R.), « The General Admission of Aliens under International Law », *American Journal of International Law*, vol.77, n°4 (1983), pp. 804 – 847.

NATHAN, (M.), « Dominion status », *Transaction of the Grotius Society*, vol.8 (1922), pp. 117 – 132.

NEUMAN, (G.L.), « Sense and Non-Sense about Customary International Law : a Response to Professors Bradley and Goldsmith », *Fordham Law Review*, vol.66, n°2 (1997), pp. 371 – 392.

NEWTON, (N.J.), « Federal Power over Indians : its Sources, Scope and Limitations », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.132, n°2 (1984), pp. 195 – 288.

NYC, (E.), « L'État et la notion d'État. Aperçu historique », *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol.3 (1901), pp. 418 – 436 ; pp. 538 – 547 ; pp. 594 – 622.

- O -

ONUF, (P.S.), « State-Making in Revolutionary America : Independent Vermont as a Case Study », *Journal of American History*, vol.67, No.4 (Mar., 1981), pp.797 – 815.

ONUF, (P.S.), « From Colony to Territory : Changing Concepts of Statehood in Revolutionary America », *Political Science Quarterly*, vol.97, n°3 (1982), pp. 447 – 459.

ONUF, (P.S.), « New State Equality : the ambiguous history of a constitutional principle », *Publius*, vol.18, n°4 (1988), pp. 53 – 69.

OSIANDER, (A.), « Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth », *International Organization* vol.55, n°2 (Spring 2001), pp. 251 – 287.

- P -

PARK, (L.N.), « Admission of States and the Declaration of Independence », *Temple Law Quarterly*, vol.33, n°4 (1960), pp. 403 – 418.

PARRISH, (A.L.), « Changing Territoriality, Fading Sovereignty, and the Development of Indigenous Rights », *American Indian Law Review*, vol.31, n°2 (2006-2007), pp. 291 – 313.

PAUST, (J.J.), « Self-Executing Treaties », *American Journal of International Law*, vol.82, n°4 (1988), pp. 760 – 783.

PEASE, (T.C.), « The Ordinance of 1787 », *Mississippi Valley Historical Review* vol.25, n°2 (1938), pp. 167 – 180.

PEREZ, (J.), « Vitoria, Sepulveda, Las Casas et les problèmes de la conquête et de la colonisation espagnoles au XVIe siècle », *Travaux de l'institut d'études ibériques et latino-américaines* (Strasbourg), vol.12 (1972), pp. 9 – 27.

PHILLIPS, (U.B.), « Georgia and State Rights », *Annual Report of the American Historical Association* 1901, vol.2, pp. 1 – 264.

POLLOCK, (F.), « Introduction » in WHEATON, (H.), *Elements of International Law*, London, Stevens and Sons, 1916 (5th ed.), pp. xxxix-xliv.

POTTER, (P.B.), « The Doctrines of Servitudes in International Law », *American Journal of International Law*, vol.9, n°3 (1915), pp. 627 – 641.

POTTER, (P.B.), « The Nature of American Territorial Expansion », *American Journal of International Law*, vol.15, n°2 (1921), pp. 189 – 197.

- R -

RADNITZKY, (E.), « Die rechtliche Natur des Staatesgebietes », *Archiv. für Offentliches Recht*, vol.20 (1906), pp. 119 – 129.

RAKOVE, (J.N.), « Solving a Constitutional Puzzle : the Treatymaking Clause as a Case Study », *Perspective in American History*, vol.1 (1984), pp. 233 – 264.

RAMOS, (E.R.), « The Legal Construction of American Colonialism : the Insular Cases », *Rev. Jur. U.P.R.* vol.65, n°2 (1996), pp. 225 – 328.

RANDOLPH, (C.F.), « The Constitutional Aspects of Annexation », *Harvard Law Review*, vol.12, n°5 (1898), pp. 291 – 315.

RAMSEY, (M.D.), « The Power of the States in Foreign Affairs : the Original Understanding of Foreign Policy Federalism », *Notre-Dame Law Review*, vol.75, n°2 (1999), pp. 341 – 432.

RAPISARDI-MIRABELLI, (A.), « Le congrès de Westphalie », *Biblioteca Visseriana. Dissertationum ius internationale illustrantium*, Lugduni Batavorum, Brill 1929, pp. 5 – 102.

RAYMOND, (J.M.) ; FRISCHHOLZ, (B.J.), « Lawyers who Established International Law in the United States, 1776-1914 », *American Journal of International Law*, vol.76, n°4 (1982), pp. 802 – 829.

REEVES, (J.S.), « The Influence of the Law of Nature upon International Law in the United States », *American Journal of International Law*, vol.3, n°3 (1909), pp. 547 – 561.

REEVES, (J.S.), « The First American Treatise on International Law », *American Journal of International Law*, vol.31, n°4 (1937), pp. 697 – 702.

REISMAN, (W.M) ; ARMSTRONG, (A.), « The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense », *American Journal of International Law*, vol.100, n°3 (2006), pp. 525 – 550.

RETAILLE, (D.), « L'impératif territorial », *Cultures & Conflits* n°21/22 (1996), pp. 21 – 74.

RIALS, (S.), « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe" », *Archives de Philosophie du Droit*, t.32 (1987), pp. 189 – 218.

ROBERTSON, (L.G.), « John Marshall as Colonial Historian : Reconsidering the Origins of the Discovery Doctrine », *Journal of Law & Politics*, vol.13, n°4 (1997), pp. 759 – 777.

ROSA, (S. de la), « La mise en oeuvre des résolutions du Conseil de sécurité confrontée aux exigences de la Communauté de droit. Réflexions sur l'arrêt Kadi », *Revue des Affaires Européennes*, n°2 (2007-2008), pp. 317 – 339.

ROUILLARD, (L.-P.), « The Caroline Case : Anticipatory Self-Defence in Contemporary International Law », *Miskolc Journal of International Law*, vol.1, n°2 (2004), accessible à l'adresse : <http://www.unimiskolc.hu/~wwwdrint/20042rouillard1.htm>

RUIZ-FABRI, (H.), « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *AFDI* vol.XXXVI (1990), pp. 818 – 842.

RUIZ-FABRI, (H.), « Immatériel, territorialité et État », *Archives de Philosophie du Droit*, t.43 (1999), pp. 187 – 212.

RUSKOLA, (T.), « Canton is not Boston : the Invention of American Imperial Sovereignty », *American Quarterly* vol.57, n°3 (2005), pp. 859 – 884.

- S -

SALMON, (J.), « Le procédé de la fiction », *Revue Belge de Droit International*, vol.X (1974-1), pp. 11 – 35.

SCELLE, (G.), « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », in *Symbolae Verzijl présentées au professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire*, La Haye, Nijhoff 1958, pp. 347 – 361.

SCHMAHMANN, (D.) ; FINCH, (J.), « The Unconstitutionality of States and Local Enactments in the United States Restricting Business Ties with Burma (Myanmar) », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.30, n°2 (1997), pp. 175 – 207.

SCHOENBORN, (W.), « La nature juridique du territoire étatique », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol.30 (1929-V), pp. 81 – 189.

SCOTT, (J.B.), « The Legal Nature of International Law », *American Journal of International Law*, vol.1, n°4 (1907), pp. 861 – 866.

SCULLY, (E.P.), « The United States and International Affairs, 1789-1919 », in GROSSBERG, (M.) ; TOMLINS, (C.L.), (ed.), *The Cambridge history of Law in America*, Cambridge University Press 2008, pp. 604 – 642.

SHAW, (M.N.), « Territory in International Law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.XIII (1982), pp. 61 – 91.

SHIPMAN, (P.R.), « Webster on Territories », *Yale Law Journal*, vol.9, n°5 (1900), pp. 185 – 206.

SNYDERMAN, (G.S.), « Concepts of Land Ownership Among the Iroquois and their Neighbors », in FENTON, (W.N.), (ed.), *Symposium on Local Diversity in Iroquois Culture*, Washington, Smithsonian Institution 1951, pp. 15 – 34.

SPIRO, (P.J.), « Foreign Relations Federalism », *University of Colorado Law Review*, vol.70, n°4 (1999), pp. 1223 – 1275.

SPROUT, (H.H.), « Theories as to the Applicability of International Law in the Federal Courts of the United States », *American Journal of International Law*, vol.26, n°2 (1932), pp. 280 – 295.

STEVENSON, (E.), « The Relation of the Nation to its Dependencies », *American Law Review*, vol.36, n°3 (1902), pp. 366 – 386.

STRAUMANN, (B.) ; LAUREN, (B.), « Acquiring Empire by Law : from Roman Doctrine to Early Modern European Practice », *Law & History Review*, vol.28, n°1 (2010), pp. 1 – 38.

SUTTON, (I.), « Sovereign States and the Changing Definition of the Indian Reservation », *Geographical Review*, vol.66, n°3 (1976), pp. 281 – 295.

SUY, (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, München/Salzburg, Wilheim Fink Verlag 1971, pp. 493 – 508.

SYLVESTER, (D.J.), « International Law as Sword or Shield ? Early American Policy and the Law of Nations », *New York University Journal of International Law and Policy*, vol.32, n°1 (1999), pp. 1 – 88.

- T -

TACHI, (S.), « La souveraineté et le droit territorial de l'État », *Revue Générale de Droit International Public*, vol.38, (1931), pp. 406 – 419.

THOMSON, (J.S.), « Federal Indian Policy : a Violation of International Treaty Law », *Western State University Law Review*, vol.4, n°2 (1977), pp. 269 – 271.

THORNBERRY, (P.), « The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with some Remarks on Federalism », in TOMUSCHAT, (C.), (ed.), *Modern Law of Self-determination*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers 1993, pp. 101 – 138.

TOMUSCHAT, (C.), « Rights of Peoples. Some Preliminary Observations », in HANGARTNER (Y.) ; TRECHSEL, (S.), (ed.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen. Festschrift für Hans Haug* 1986, pp. 337 – 354.

TOWNSEND, (M.), « Congressional Abrogation of Indian Treaties : Reevaluation and Reform », *Yale Law Journal*, vol.98, n°4 (1989), pp. 793 – 812.

- V -

VEROSTA, (S.), « History of the Law of Nations : 1648 to 1815 », in *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers B.V., North-Holland, Amsterdam, New York, Oxford 1984, vol.7, pp. 160 – 179.

- W -

WALDRON, (J.), « Property and Ownership » in ZALTA, (E.N.), (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2010 Edition, <http://plato.stanford.edu/entries/property/> (consulté le 2 mai 2011).

WALKER, (N.), « Beyond Boundaries Disputes and Basic Grids : Mapping the Global Disorder of Normative Orders », *International Journal of Constitutional Law, Law*, vol.6, n°3-4 (2008), pp.373-396.

WALTON, (C.S.), « Change of Sovereignty of a People and the United States Constitution », *The American Law Register* vol.48, n°10 (1900), pp. 580 – 585.

WATSON, (D.K.), « Acquisition and Government of National Domain », *American Law Review*, vol.41, n°2 (1907), pp. 239 – 254.

WEISBURD, (A.), « The Executive Branch and International Law », *Vanderbilt Law Review*, vol.41, n°6 (1988), pp. 1205 – 1269.

WERNER, (J.M.), « David Hume and America », *Journal of the History of Ideas*, vol.33, n°3 (1972), pp. 439 – 456.

WESTENGARD, (J.I.), « American Influence upon International Law », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol.18, n°1 (1918), pp. 2 – 14.

WHIPPLE, (H.B.), « The Indian System », *North American Review*, vol.99, n°205 (1864), pp. 449 – 465.

WIESSNER, (S.), « American Indian Treaties and Modern International Law », *St Thomas Law Review*, vol.7, n°3 (1995), pp. 567 – 602.

WILKINS, (D.), « Quit-Claiming the Doctrine of Discovery : A Treaty-Based Reappraisal », *Oklahoma City University Law Review*, vol.23, n°1-2 (1998), pp. 277 – 315.

WILKINSON, (C.F.) ; VOLKMAN, (J.M.), « Judicial Review of Indian Treaty Abrogations : “As long as Water Flows, or Grass Grows upon the Earth” : How Long a Time is That ? », *California Law Review*, vol.63, n°3 (1975), pp. 601 – 661.

WILLIAMS, (R.A. Jr.), « Documents of Barbarism : the Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law », *Arizona Law Review*, vol.31, n°2 (1989), pp. 237 – 278.

WILLIAMS, (R.A. Jr.), « Columbus's Legacy: The Rehnquist Court's Perpetuation of European Cultural Racism Against American Indian Tribes », *Federal Bar News & Journal*, vol.39 (1992), pp. 358 – 403.

WILLIAMS, (R.A. Jr.), « The Medieval and Renaissance Origins of the Status of the American Indian in Western Legal Thought », *Southern California Law Review*, vol.57, n°1 (1983), pp. 1 – 99.

WILTSE, (C.M.), « Jefferson on the Law of Nations », *American Journal of International Law*, vol.29, n°1 (1935), pp. 66 – 81.

WOOLSEY, (L.H.), « The Sovereignty of the Panama Canal Zone », *American - Journal of International Law*, vol.20, n°1 (1926), pp.117-124

- Y -

YOO, (J.C.), « Globalism and the Constitution : Treaties, Non Self-Execution, and the Original Understanding », *Columbia Law Review*, vol.99, n°8 (1999), pp. 1955 – 2094.

- Z -

ZAYAS, (A.-M. de), « Territory, Discovery », in *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers B.V., North-Holland, Amsterdam, New York, Oxford 1984, vol.10, pp. 504 – 507.

III] DOCUMENTS

III.1 – Lois, rapports, et débats

III.1.1. – Recueils généraux

Digest of the Official Opinions of the Attorneys-General of the United States, Washington, Government Printing Office, 1789 – 1921, 32 vols.

ELLIOT, (J.), (ed.), *The Debates in the Several States Convention on the Adoption of the Federal Constitution*, Published under the sanction of Congress 1836, 5 vols.

FARRAND, (M.), (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, London, Yale University Press and Oxford University Press 1937, 4 vols.

HOSEN, (F.E.), *Unfolding Westward in Treaty and Law. Land Documents in United States History from the Appalachians to the Pacific, 1783-1934*, Jefferson, North Carolina and London, McFarland & Company 1988, 426 p.

KAMINSKI, (J.P) ; SALADINO, (G.J.) ; LEFFLER, (R.) ; SCHOENLEBER, (C.H.) ; HOGAN, (M.A.), (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, Madison, Wisconsin Historical Society Press 1976 – 2009, 23 vols.

TANSILL, (C.C.), (ed.), *Documents Illustrative of the Formation of the United States of America*, Washington, Government Printing Office 1927, x-1115 p.

THORPE, (F.N.), (ed.), *The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America Compiled and Edited Under the Act of Congress of June 30, 1906*, Washington, Government Printing Office 1909, 7 vols.

WOOLEY, (J.T.) ; PETERS, (G.), (ed.), *The American Presidency Project* [online], Santa Barbara, CA, available from World Wide Web <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29501> (consulté le 2 mai 2011).

III. 1.2 – Congrès des États-Unis

American State Papers, Washington, Gales & Seaton 1789 – 1838, 38 vols.

Annals of Congress, Washington, Government Printing Office 1790 – 1824, 42 vols.

The Congressional Globe, Washington, [divers éditeurs], 1833 – 1873, 46 vols.

Congressional Records, Washington, Government Printing Office, 1873 - ...

Journal of the Continental Congress 1776 - 1789, Washington, Government Printing Office 1904 – 1937, 34 vols.

Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America, Senate, Washington, Government Printing Office 1789 – 1914, 47 vols.

Secret Journals of the Acts and Proceedings of Congress. From the first meeting thereof to the dissolution of the Confederation by the adoption of the Constitution of the United States, Boston, Thomas B. Wait 1821, 4 vols.

The Territorial Papers of the United States, Washington, Government Printing Office 1934, 18 vols.

United States Congressional Serial Set, Washington, Government Printing Office, 1817 – 1914.

United States House Journal, Washington, Government Printing Office, 1817 – 1914.

United States Statutes at Large, Washington, Little, Brown & Company (1845 – 1874) et Government Printing Office (1874 -), 63 vols.

III. 1.3. – États membres & Nations indiennes

GAMMEL, (H.P.N.), *The Laws of Texas, 1822-1898*, Austin, The Gammel Book Company 1898, 10 vols.

GETCHES, (D.H.) ; WILKINSON, (C.F.), *Cases and Material on Federal Indian Law*, Saint Paul, West Publishers Co. 1986, xlix-880 p.

GOURD, (A.), *Les chartes coloniales et les constitutions des États d'Amérique du Nord*, Paris, Imprimerie Nationale 1885-1903, 3 vols.

HARGRETT, (L.), *A Bibliography of the Constitutions and Laws of the American Indians*, Cambridge, Harvard University Press 1947, xxi-124 p.

HENING, (W.), (ed.), *The Statutes at Large of Virginia, Being a Collection of all the Laws of Virginia from the First Session of the Legislature, in the Year 1619*, Richmond, Printed by and for Samuel Pleasants, Junior, Printer to the Commonwealth 1809-1823, 13 vols.

III.2] Traités, actes internationaux et documents diplomatiques

III.2.1. - Recueils

BEVANS, (C.I.), (ed.), *Treaties and other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, Washington, GPO 1969, 13 vol.

DELORIA, (V. Jr.) ; DeMALLIE, (R.J.), *Documents of American Indians Diplomacy. Treaties, Agreements and Conventions, 1775 – 1979*, Norman, Oklahoma University Press 1999, xiii-1540 p.

The Diplomatic Correspondence of the United States from the Signing of the Definitive Treaty of Peace, 10th September 1783 to the Adoption of the Constitution, March 4, 1789, Washington D.C., Blair & Rives 1837, 3 vols.

HACKWORTH, (G.H.), *Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office 1940, 8 vols.

KAPPLER, (C.J.), *Indian Affairs : Laws and Treaties*, Washington, Government Printing Office 1904, 2 vols.

LAPREDELLE, (A. de la) ; POLITIS, (N.), *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Paris, Pedone 1923 (vols.1-2) et Les Editions Internationales 1954 (vol.3).

MALLOY, (W.M.), *Treaties, Conventions, International Acts and Agreements Between the United States of America and Other Powers 1776-1909*, Washington, Government Printing Office 1910, 2 vols.

McNAIR, (A.D.), *International Law Opinions, Selected and Annotated*, Cambridge, Cambridge University Press 1956, 3 vols.

MILLER, (H.), (ed.), *Treaties and other International Acts of the United States of America*, Washington, Government Printing Office 1931, 8 vols.

MOORE, (J.B.), *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office 1906, 8 vols.

WHARTON, (F.), *A Digest of the International Law of the United States*, Washington GPO 1886, 3 vols.

III.2.2. – Principaux traités et actes internationaux cités

N.B. : chaque traité est référencé à l'index, sous le nom de la partie avec laquelle les États-Unis l'ont conclu.

« Treaty of Amity and Commerce between the United States and France, February 6, 1778 »

« Treaty with the Delawares, September 17, 1778 »

« The Paris Peace Treaty of September 30, 1783 »

« Treaty with the Cherokee, November 28, 1785 »

« Treaty with the Choctaw, January 3, 1786 »

« Treaty with the Chickasaw, January 10, 1786 »

« Treaty with the Six Nations, January 9, 1789 »

« Treaty with the Wyandot, January 9, 1789 »

« Treaty with the Creeks, August 7, 1790 »

« Treaty with the Cherokee, July 2, 1791 »

« Treaty with the Wabash and Illinois, September 27, 1792 »

« Treaty with the Six Nations, November 11, 1794 »

« Treaty with the Wyandot, etc., August 3, 1795 »

« Treaty with the Cherokee, October 2, 1798 »

« Treaty between the United States of America and the French Republic, April 30, 1803 »

« Treaty with the Sioux, Sepember 23, 1805 »

« Treaty with the Wyandot, etc., July 22, 1814 »

« Treaty with the Makah, July 2, 1815 »

« Treaty with the Sioux of the Lakes, July 19, 1815 »

« Treaty with the Teton, July 19, 1815 »

« Treaty with the Kansa, October 28, 1815 »

« Treaty with the Cherokee », March 22, 1816 »

« Treaty with the Winnebago, June 3, 1816 »

« Treaty with the Wea and Kickapoo, June 4, 1816 »

« Treaty with the Quapaw, August 24, 1818 »

« Treaty with the Miami, October 6, 1818 »

« Treaty of Amity, Settlement and Limits between the United States of America and His Catholic Majesty, February 22, 1819 »

« Treaty with the Choctaw, October 18, 1820 »

« Treaty with the Sauk and Foxes, August 4, 1824 »

« Treaty with the Creeks, January 24, 1826 »

« Treaty with the Sauk and Foxes, September 21, 1832 »

« Treaty with the Pawnee, October 9, 1833 »

« Treaty with the Comanche, etc., August 24, 1835 »

« A Treaty of Annexation, concluded between the United States of America and the Republic of Texas, April 12, 1844 »

« Treaty of peace, friendship, limits, and settlement between the United States of America and the United Mexican States concluded at Guadalupe Hidalgo, February 2, 1848 »

« Treaty with the Utah, December 30, 1849 »

« Treaty of Fort Laramie with Sioux, etc. September 17, 1851 »

« Treaty with the Apache, July 1, 1852 »

« Gadsen Purchase Treaty, February 8, 1853 »,

« Treaty with the Tribes of Middle Oregon, June 25, 1855 »

« Treaty with the Arapaho and Cheyenne, February 15, 1861»

« Treaty with the Nez Percés, June 9, 1863 »

« Treaty with the Klamath, October 14, 1864 »

« Treaty with the Sioux, Two-Kettle Band, October 19, 1865 »

« Treaty concerning the Cession of the Russian Possessions in North America by his Majesty the Emperor of all the Russias to the United States of America, March 30, 1867 »

« Treaty with the Crows, May 7, 1868 »

« Treaty between the United States of America and the Ta-Tsing Empire, July 28th, 1868 »

« Treaty of Peace between the United States and Spain, December 10, 1898 »

« Convention between the United States and the Republic of Panama, November 18, 1903 »

« Pacte de la Société des Nations, 18 juin 1919 »

« Convention on rights and duties of States, December 26, 1933 »

« Charte des Nations Unies et Statut de la Cour Internationale de Justice, 26 juin 1945 »

« Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux », Résolution 1514(XV) adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 décembre 1960.

« Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États », Résolution 2625 (XXV) adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 24 octobre 1970.

« Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », Résolution 61-295 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 13 septembre 2007.

IV] JURISPRUDENCE

N.B. : chacun des arrêts cités est répertorié à l'index sous le nom de la partie requérante ou, dans le cas des avis consultatifs, sous « Nations Unies ».

IV.1 – Jurisprudence internationale

Affaire des gisements diamantifères du Groënland occidental (République Sud-Africaine c. Tribus des Griquas et des Betchouanas), sentence arbitrale rendue le 17 octobre 1871, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol.2, pp.691-693.

Affaire de la Baie de Delagoa (Grande-Bretagne c. Portugal), sentence arbitrale du 24 juillet 1875, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol.3, pp.637-638.

C.P.J.I., *Affaire du Vapeur Wimbledon (France c. Allemagne)*, arrêt du 17 août 1923, série A, n°1, *Rec.* p.15.

Cayuga Indians (Great Britains) v. United States, sentence arbitrale du 22 janvier 1926, *Reports of International Arbitrations Awards*, vol.6, p.173.

C.P.J.I., *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 25 mai 1926, série A, n°7, *Rec.* p.1.

C.P.J.I., *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, *Rec.* p.1.

C.P.A., *Affaire de l'Île de Palmas (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Recueil des Sentences Arbitrales* vol.2, p.829.

C.P.J.I., *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne et autres c. Pologne)*, arrêt du 10 novembre 1929, Série A, n°23, *Rec.* p.27.

Affaire de l'Île de Clipperton (Mexique c. France), sentence arbitrale du 28 janvier 1931, *Report of International Arbitrations Awards*, vol.2, p.1105.

C.P.J.I., *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 5 avril 1933, série A/B, n°53, *Rec.* p.22.

C.I.J., *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *C.I.J. Recueil* 1949, p.174.

C.I.J., *Sahara Occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil* 1975, p.12.

C.I.J., *Plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt du 19 décembre 1978, *C.I.J. Recueil* 1978, p.3.

C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil* 1986, p.14.

C.I.J., *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986, *C.I.J. Recueil* 1986, p.554.

Commission d'Arbitrage pour la paix en Yougoslavie, avis n°1 du 29 novembre 1991, *R.G.D.I.P.* 1992, p.265.

C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 226.

C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, *C.I.J. Recueil* 1999, p.9.

C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil* 2001, p.466.

C.I.J., *Affaire du différend frontalier (Bénin c. Niger)*, arrêt du 12 juillet 2005, *C.I.J. Recueil* 2005, p.90.

C.I.J., *Affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt du 8 octobre 2007, *C.I.J Recueil* 2007 p.659.

C.I.J., *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, arrêt du 23 mai 2008, *C.I.J. Recueil* 2008, p.12.

C.J.U.E, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, arrêt du 3 septembre 2008, C-402-05 P et C-415-05 P.

C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>

IV.2 – Jurisprudence nationale

IV.2.1 – États-Unis d'Amérique

N.B. : sauf précision contraire, les arrêts sont ceux de la Cour Suprême

Court of Oyer and Terminer at Philadelphia, *Respublica v. DeLongchamps* (1781), 1 U.S. 111

Court of Common Pleas of Pennsylvania, Philadelphia County, *Nathan v. Virginia* (September term, 1781), 1 L.Ed. 44

Circuit Court, D.North-Carolina *Hamilton v. Eaton* (1792), 11 F. Cas. 336

Circuit Court, D.Pennsylvania, *Henfield's Case* (1793), 11 F. Cas. 1099

Chisholm v. Georgia (1793), 2 U.S. 419

Pennhalow v. Doane (1795), 3 U.S. 54

Talbot v. Jansen (1795), 3 U.S. 133

Ware v. Hylton (1796), 3 U.S. 199

Emory v. Grenouth (1797), 3 U.S. 369

State of New York v. State of Connecticut (1799), 4 U.S. 3

Murray v. The charming Betsey (1804), 6 U.S. 64

Hopkikr v. Bell (1806), 7 U.S. 454

Circuit Court, D. New York, *United States v. Smith* (1806), 27 F. Cas. 1192

Rose v. Himely (1808), 8 U.S. 241

Supreme Court of Pennsylvania, *Wilcocks and Others v. The Union Insurance Company* (1809), 2 bin. 574

Owings v. Norwood's Lessee (1809), 9 U.S. 344

Fletcher v. Peck (1810), 10 U.S. 87

United States v. Hudson & Goodwin (1812), 11 U.S. 32

The Exchange v. McFaddon (1812), 11 U.S. 116

Circuit Court, D. New York, *Johnson et al. v. Twenty-One Bales, Etc.* (1814) 13 Fed. Cas. 855

Brown v. United States (1814), 12 U.S. 110

The Venus (1814), 12 U.S. 253

Thirty Hogshead of Sugar v. Boyle (1815), 13 U.S. 191

Martin v. Hunter's Lessee (1816), 14 U.S. 304

Supreme Court of Massachusetts, *Coolidge v. Inglee* (1816), 13 Mass. 26

Chirac v. Lessee of Chirac (1817), 15 U.S. 259

United States v. Bevans (1818), 16 U.S. 336

Supreme Court of New York, *People v. Godfrey* (1819), 17 Johns. 225

Mutual Assurance Soc. v. Watts (1819), 14 U.S. 279

McCulloch v. Maryland (1819), 17 U.S. 316

United States v. Rice (1819), 17 U.S. 246

Orr v. Hodgeson (1819), 17 U.S. 453

Circuit Court, D. Massachusetts, *Le Roy v. Crownshield* (1820), 15 F. Cas. 362

United States v. Furlong (1820) 18 U.S. 184

Loughborough v. Blake (1820), 18 U.S. 317

Supreme Court of New Jersey, *Arnold v. Mundy* (1821), 6 N.J.L 1

Cohens v. Virginia (1821), 19 U.S. 264

Circuit Court, D. Massachusetts, *United States v. Le Jeune Eugenie* (1822) 26 Fed. Cas. 832

Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Commonwealth v. Samuel Green* (1822), 17 Mass., 515

- Supreme Court of Judicature of New Jersey, *Gibbons v. Livingston* (1822), 6 NJL 236
- Circuit Court, D. Pennsylvania, *Corfield v. Coryell's* (1823), 6. Fed. Cas. 546
- Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 543
- The Antelope* (1825), 23 U.S. 66
- Carneal v. Banks* (1825) 23 U.S. 181
- De la Croix v. Chamberlain* (1827) 25 U.S. 599
- American Insurance & Co v. Canter* (1828), 26 U.S. 511.
- Court of Appeals of South Carolina, *The State v. Jeremiah Smith* (1829), 1 Bail 283
- Foster & Elam v. Neilson* (1829), 27 U.S. 253
- Cherokee Nation v. Georgia* (1831), 30 U.S. 1
- Supreme Court of Alabama, *Caldwell v. Alabama* (1832) 6 Peters 327
- Worcester v. Georgia* (1832), 31 U.S. 515
- United States v. Arrendondo* (1832), 31 U.S. 691
- United States v. Percheman* (1832) 32 U.S. 51
- Wheaton v. Peters* (1834), 33 U.S. 591
- Circuit Court, D. Connecticut, *Davison v. Seal Skins* (1835), 7 F. Cas. 192,
- Supreme Court of Tennessee, *State of Tennessee v. Foreman* (1835) 16 Tenn. 256
- Mitchel v. United States* (1835), 34 U.S. 711
- Poole v. Fleeger* (1837), 36 U.S. 185
- Garcia v. Lee* (1838), 37 U.S. 511
- State of Rhode Island v. State of Massachusetts* (1838), 37 U.S. 657
- Supreme Court of New York, *Holbrook, Nelson & Co. v. Henderson* (1839) , 4 Sandf. 619
- Williams v. Suffolk Insurance Company* (1839), 38 U.S. 415

Supreme Court of Judicature of New York, *The People v. McLeod* (1841), 25 Wend. 483

United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel (1844), 43 U.S. 210

Pollard's Lessee v. Hagan (1845), 44 U.S. 212

United States v. Rogers (1846), 45 U.S. 567

Scott v. Jones (1847), 46 U.S. 343

Luther v. Borden (1849), 48 U.S. 1

Passenger Cases (1849), 48 U.S. 283

Davis v. Police Jury of Concordia (1850), 50 U.S. 280

Fleming v. Page (1850) 50 U.S. 603

United States v. Roselius (1852), 56 U.S. 36

Supreme Court of Georgia, *Johnston v. Riley* (1853), 13 Ga. 97

United States v. Dawson (1853) 56 U.S. 467

State of Florida v. State of Georgia (1854), 58 U.S 458

Supreme Court of California, *People v. Folsom* (1855), 5 Cal. 373

Dred Scott v. Sandford (1856), 60 U.S. 393

Lleitensdorfer v. Webb (1857) 61 U.S. 176

Ableman v. Booth (1858), 62 U.S. 506

State of Alabama v. State of Georgia (1859), 64 U.S. 505

Supreme Court of New York, *The people of the State of New York v. The Mayor of the City of New York* (1860), 32 Barb. 102

Supreme Court of California, *Moore v. Smaw ; Fremont v. Flower* (1861), 17 Cal. 199

Prize Cases (1863), 67 U.S. 635

Gilman v. Philadelphia (1865), 70 U.S. 713

Supreme Court of Massachusetts, *Kershaw v. Kelsey* (1868), 100 Mass. 561

State of Texas v. White (1868), 74 U.S. 700

Supreme Court of the Territory of New Mexico, *United States v. Lucero* (1869), 1 N.M. 422

Court of Appeals of New York, *People v. Central R. Co. of New Jersey* (1870), 3 Hand. 283

State of Virginia v. State of West Virginia (1870), 78 U.S. 39

The Cherokee Tobacco (1870), 78 U.S. 616

Dent v. Emmeger (1871), 81 U.S. 308

Delmas v. Insurance Company (1871), 81 U.S. 661

United States v. Huckabee (1872), 83 U.S. 414

Crapo v. Kelly (1872), 83 U.S. 610

Holden v. Joy (1872) 84 U.S. 211

Snow v. United States (1873), 85 U.S. 317

United States v. Cook (1873), 86 U.S. 591

Minor v. Happersett (1875), 88 U.S. 21

Kohl v. United States (1875), 91 U.S. 367

Chy Lung v. Freeman (1875), 92 U.S. 275

New York Life Insurance Company v. Hendren (1875), 92 U.S. 286

Beecher v. Wetherby (1877), 95 U.S. 517

Williams v. Bruffy (1877), 96 U.S. 176

Pennoyer v. Neff (1878), 95 U.S. 714

Keith v. Clark (1878), 97 U.S. 454, 460

Ford v. Surget (1878), 97 U.S. 594

Reynolds v. United States (1878) 98 U.S. 145

Hauenstein v. Lynham (1879), 100 U.S. 483

National Bank v. County of Yanktown (1879), 101 U.S. 129

Escanaba v. Lake Michigan Transportation Co. (1883), 107 U.S. 678

State of New Hampshire v. State of Louisiana (1883), 108 U.S. 76

Elk v. Wilkins (1884), 112 U.S. 94

Murphy v. Ramsey (1885), 114 U.S. 15

United States v. Kagama (1886), 118 U.S. 375

Morgan Steamship Company v. Louisiana Board of Health (1886), 118 U.S. 455

Ker v. State of Illinois (1886), 119 U.S. 436

Bartram v. Robertson (1887), 122 U.S. 116

Callan v. Wilson (1888), 127 U.S. 540

Superior Court of New York, *Mortimer v. N.Y. Elevated R.R. Co.* (1889), 6 N.Y.S 898

581 *Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case)* (1889), 130 U.S.

De Geofroy v. Riggs (1890), 133 U.S. 258

Davis v. Beason (1890), 133 U.S. 333

Cherokee Nation v. Southern Kansas Ry. Co. (1890), 135 U.S. 641

Mormon Church v. United States (1890), 136 U.S. 1

State of Indiana v. State of Kentucky (1890), 136 U.S. 479

Jones v. United States (1890), 137 U.S. 202

Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Whiton v. Albany Ins. Co.* (1891) 109 Mass. 24

Cook v. United States (1891), 138 U.S. 157

In Re Duncan (1891), 139 U.S. 449

Shively v. Bowlby (1894), 152 U.S. 1

State of Virginia v. State of Tennessee (1893), 148 U.S. 503

California v. Southern Pacific Co. (1895), 157 U.S. 229

Gibson v. United States (1897), 166 U.S. 269

Thompson v. State of Utah (1897), 170 U.S. 343.

Blake v. McClung (1898), 172 U.S. 239

Jones v. Meehan (1899), 175 U.S. 1

Circuit Court, D. Minnesota, *Ex Parte Ortiz* (1900), 100 Fed. 955

Circuit Court, D. New York, *Goetze v. United States* (1900), 103 Fed. Rep. 72

The Paquete Habana (1900) 175 U.S. 677

Bolln v. State of Nebraska (1900), 176 U.S. 83

Montoya v. United States (1900), 180 U.S. 261

De Lima v. Bidwell (1901), 182 U.S. 1

Grossman v. United States (1901) 182 U.S. 221

Armonstrong v. United States (1901) 182 U.S. 243

Downes v. Bidwell (1901), 182 U.S. 244

Huus v. New York and Porto Rico Steamship company (1901) 182 U.S. 392

Dooley v. United States (1901), 183 U.S. 151

Fourteen Diamonds Rings v. United States (1901), 183 U.S. 176.

Circuit Court, D. New York, *In re Gonzales* (1902), 118 Fed.Rep. 941

State of Kansas v. State of Colorado (1902), 185 U.S. 125

Lone Wolf v. Hitchcock (1903), 187 U.S. 553

Hawaii v. Mankichi (1903), 190 U.S. 197.

Turner v. Williams (1904), 194 U.S. 279

Dorr v. United States (1904), 195 U.S. 138

Circuit Court of Appeal (8th circ.), *Buster and Jones v. Wright* (1905), 135 Fed.

947

Rasmussen v. United States (1905), 197 U.S. 516

State of Kansas v. State of Colorado (1907), 206 U.S. 46

Washington v. State of Oregon (1908) 211 U.S. 127

- Appelate Court of Indiana, *Lehman v. State* (1909), 45 Ind. App. 330
- State of Maryland v. West Virginia* (1910), 217 U.S. 1
- Coyle v. Smith* (1911), 221 U.S. 559
- Supreme Court of Arkansas, *State v. Donhagey* (1912), 106 Ark. 56
- Supreme Court of Louisiana (1912) *State v. Bayou Johnson Oyster Co.*, 130 La. 604
- Choate v. Trapp* (1912), 224 U.S. 665
- Supreme Court of Alabama, *Alabama Interstate Power Co. v. Mt Vernon-Woodberry Cotton duck Co.*(1913), 186 Ala. 622
- United States v. Sandoval* (1913), 231 U.S. 28
- State of Missouri v. Fiske* (1933) 290 U. S. 18
- Principality of Monaco v. State of Mississippi* (1934), 292 U.S. 313
- Court of Claims, *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* (1954), 120 F.Supp. 202
- Tee-Hit-Tons Indians v. United States* (1955), 348 U.S. 272
- Zschernig v. Miller* (1968), 389 U.S. 429
- Choctaw Nation v. State of Oklahoma* (1970), 397 U.S. 620
- Examining Board of Engineers, Architects and Surveyors v. Flores de Otero* (1976) 426 US 572
- Harris v. Rosario* (1980), 446 U.S. 651
- District Court of New York, *Oneida Indian Nation v. State* (1986), 649 F.Supp. 420, 424
- State of New Jersey v. State of New York* (1997), 523 U.S. 567
- District Court of Massachusetts, *National Foreign Trade Council v. Baker* (1998), 26 F.Supp.2d, 291
- Breard v. Geene* (1998), 523 U.S. 371
- District Court Northern Mariana Islands, *Rayphand v. Sablan* (1999), 95 F.Supp. 2d. 1133

Federal Republic of Germany et al. v. United States et al. (1999), 526 U.S. 111

Rice v. Cayetano, Governor of Hawaii (2000), 528 U.S. 495

Crosby v. National Foreign Trade Council (2000), 530 U.S. 363

IV.2.2. – Autres pays

Court of King's Bench (Grande Bretagne), *Mogadara v. Holt* (1691), 1 Show. K.B. 317

Court of King's Bench (Grande Bretagne), *Luke v. Hyde* (1759), 2 Burr. 882

Court of King's Bench (Grande Bretagne), *Triquet and Others v. Bath* (1764), 3 Burr. 1478

Supreme Court of New South Wales, *R. v. Bonjon* (1841), [1841] NSWSupC 92

New Zealand Supreme Court, *R. v. Symonds* (1847), [1847] NZPCC 387 (SC).

Judicial Committee of the Privy Council (Canada), *St Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46.

INDEX NOMINUM ET RERUM

Les numéros renvoient aux pages
Seuls sont référencés les principaux développements

A

ADAMS, (J.)

- Et la définition de la souveraineté territoriale, 29, 217, 473
- Et la définition du droit international, 524
- Et la question de l'occupation, 76
- Et la question de la découverte, 229, 245, 255
- Et la question de la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral, 104, 106
- Et la question du statut juridique des Nations Indiennes, 71

ADAMS, (J.Q.), 71, 104, 111

Agriculture, 23, 80, 85, 88, 170, 173, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 186, 211

ALLAND, (D.), 26, 37, 92, 93, 348

ANGHIE, (A.), 78, 147, 521

ARMITAGE, (D.), 439

B

BALDWIN, (S.E.), 395, 397

BANNER, (S.), 190, 197, 240, 252

BARBERIS, (J.A.), 37, 164

BASTID, (S.), 16, 37, 242, 271

BEAUD, (O.), 21, 28, 142, 309, 316, 328, 331, 528

BLACKSTONE, (W.), 218, 219, 337, 342, 364

BLUNTSCHLI, (J.K.), 470

BONFILS, (H.), 149

BRIERLY, (J.L.), 16

BURLAMAQUI, (J.J.), 221

C

CALHOUN, (J.C.), 110, 112, 202, 285

CALVO, (C.), 257, 470

Cession (d'un titre territorial), 26, 36, 77, 105, 106, 108, 148, 159, 165, 199, 205, 209, 211, 219, 237, 268, 271, 284, 319, 380, 414, 418, 440, 456, 461

Charte des Nations Unies, 17, 209, 450, 467, 472

Cherokee, 24, 55, 58, 60, 63, 69, 73, 87, 153, 181,

187, 189, 205, 241, 379, 382

Constitution des -, 63, 179

Lettre de Jefferson aux -, 80

Memorial and Protest of 1836, 68

Choctaw, 24, 155, 546

Civilisation

Comme critère de définition de l'Etat, 55, 77, 78, 79, 82, 83, 84, 85, 91, 95, 122, 231, 267, 520

Comme critère de l'occupation, 181, 183, 188, 258

Critères de la -, 80, 87, 88, 89

Colonialisme, construction coloniale du droit

international, 95, 157, 257, 263, 267, 372, 414, 417, 420, 422, 428, 429, 446, 462, 520, 522, 529

Comanche

Organisation politique des -, 64, 77

COMBACAU, (J.), 144, 151, 510

Common Law, 29, 49, 216, 217, 218, 219, 223, 228, 252, 261, 321, 323, 324, 342, 349, 350, 361, 364, 365, 474, 476

Conquête, 36, 85, 108, 109, 116, 167, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 211, 249, 256, 262, 265, 417, 426, 441, 449, 451, 469, 470, 471

Constitution

Article I, Section 2, 96

Article I, Section 8, 91, 108, 203, 212, 302, 307, 329, 359, 411

Article I, Section 10, 128, 411

Article II, Section 2, 108, 411

Article III, 363, 458

Article III, Section 2, 309, 317, 356, 401

Article IV, Section 2, 302, 303, 329

Article IV, Section 3, 442, 486, 495

Article IV, Section 4, 501, 519

Article VI, 160, 352, 356, 407

Xe Amendement, 99

XIe Amendement, 402

XIIe Amendement, 458

- Champ d'application territorial de la -, 371, 375, 384, 416, 418, 421, 424, 462
- Comme fondatrice d'un Etat fédéral, 150, 151, 400
- Comme obstacle à la détention d'un titre territorial, 96, 97, 101, 105, 201
- Comme pacte interétatique, 98, 99, 134, 301, 316, 402, 419, 420, 429
- Et droit international, 114, 117, 122, 294, 304, 305, 324, 341, 351, 354, 355, 360, 365, 424
- Et Nations Indiennes, 67, 91, 212, 419, 462, 463
- Et titre territorial des Etats membres, 284, 295, 309
- COOLEY, (T.M.), 98, 112, 291
- COWLES, (W.B.), 164, 325, 327
- CRANDALL, (S.B.), 110, 341, 353
- CRANDALL, (S.R.), 110
- CRAWFORD, (J.), 125, 145, 155, 161
- Creeks, 68, 87, 423, 546
- D**
- Découverte
- Comme fiction juridique, 233, 239
 - Comme mode d'établissement d'un titre de propriété, 244, 249, 250, 251, 260, 263
 - Comme mode d'établissement d'un titre territorial, 90, 116, 215, 221, 226, 242, 255, 257, 260
 - Comme titre de préemption de la souveraineté territoriale, 223, 225, 234
 - Conséquence sur le statut juridique des Nations Indiennes, 138, 139, 155, 228, 229, 238, 253
- DELBEZ, (L.), 16, 279, 376, 395
- DISTEFANO, (G.), 36, 165, 195, 215, 242, 314
- Dominium*, 15, 219, 229, 247, 248
- DONATI, (D.), 71
- Droit naturel
- Et "droit au territoire" de l'Etat, 47, 50, 76, 90, 96, 101, 147, 298, 299, 300, 305
 - Et définition de l'occupation, 170, 190
- Et définition du droit international, 47, 49, 230, 296, 297, 301, 439, 517
- Et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 467, 488
- Rejet du -, 153, 232, 241
- Droits territoriaux, 29, 130, 213, 217, 242, 271, 276, 288, 478
- E**
- Effectivité, 56, 95, 222, 254, 336, 356, 471
- Egalité (des Etats), 17, 18, 32, 196, 346, 465, 484, 493, 496, 498, 499, 507, 508, 509, 510, 524
- Empire, 125, 143, 202, 242, 275, 292, 295, 296, 297, 299, 318, 330, 348, 438, 469
- Etat membre
- De la communauté des Nations, 216
 - Et compétence pour sanctionner les violations du droit international, 367
 - Et qualité de souverain territorial, 151, 280, 296, 316, 318, 376, 519
 - Et qualité de sujet du droit international, 150, 395, 401
- Etranger
- Définition, 72, 152, 195, 197, 198, 417, 418, 461
 - Etat - et Etat membre, 395, 396, 401, 402, 404, 413
 - Opposabilité du titre territorial aux Etats -, 375, 391, 392, 397, 405
 - Statut juridique sur le territoire des Etats Unis, 111, 242, 278, 285, 289, 292, 293, 294, 306, 330
- F**
- Famille des Nations, 147, 148, 152, 267, 323, 362, 520
- FAUCHILLE, (P.), 17, 470
- Fleuve(s), 299, 301, 302, 306, 307, 524
- Frontière(s), 15, 16, 20, 22, 25, 26, 31, 34, 39, 57, 62, 73, 81, 85, 153, 209, 272, 273, 281, 283, 289, 310, 312, 315, 321, 371, 375, 382, 383, 384, 387, 419, 434, 497, 498, 499, 515, 518

G

GALLATIN, (A.)
Et la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral, 103, 115
Et la question de l'occupation, 185
Et la question de l'Oregon, 185, 221, 224
GOLOVE, (D.M), 120, 267, 335
Gouvernement fédéral
Comme détenteur d'un titre territorial, 98, 99, 103, 107, 111, 122
Et le pouvoir de conclure des traités, 109, 110, 112
Et Nations Indiennes, 58, 77, 86, 91, 106, 131, 132
Source du pouvoir du -, 116, 117, 118
Grossman v. United States (1901), 415
GROTIUS, (H.), 116, 169, 170, 172, 173, 175, 221, 232, 234, 299, 303
Guerre
De Sécession, 137, 138, 194, 196, 206, 344, 367
Indiennes, 203, 204, 207
Pouvoir de faire la -, 55, 64, 96, 108, 130, 132, 202, 408
GUGGENHEIM, (P.), 159

H

HALL, (W.E.), 97, 471
HALLECK, (H.W.)
Et la définition de la souveraineté territoriale, 289
Et la définition de l'Etat, 70
Et la définition du droit international, 59
Et la protection internationale de la propriété privée, 452
Et la question de la conquête, 199
Et les effets internes du titre territorial, 426, 429
HAMILTON, (A.), 317, 329, 350, 360, 402, 513
HOBBES, (T.), 173, 246
HOSTIE, (J.), 31
HULSEBOSCH (D.J), 120, 267, 335
HUME, (D.), 172, 173

I

Imperium, 15, 149, 247
Indépendance
Déclaration d' -, 315, 438, 466, 489
Définition, 125, 126, 127, 137, 142, 144, 156
Des Etats membres, 143, 151, 277, 334, 335
Des Etats Unis, 21
Des Nations Indiennes, 138, 139, 251
Et détention d'un titre territorial, 125
Intégrité territoriale, 280, 472, 490, 525

J

JACKSON, (A.), 54, 147, 153, 188, 249, 380
JAY, (J.), 96, 136, 353, 355, 360
JEFFERSON, (T.)
Et la création de l'Etat au sein du système américain, 438, 484, 495
Et la définition du droit international, 47, 57, 338, 524
Et la question de la conquête, 200
Et la question de la découverte, 139, 223, 234, 235
Et la question de la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral, 100, 101, 103, 113
Et la question de l'occupation, 186
Et la question du statut juridique des Nations Indiennes, 71, 80, 81, 183, 384
Et l'étendue du *treaty-making power*, 110
JELLINEK, (G.), 75, 150
JENNINGS, (R.Y.), 16, 43, 209
JOUANNET, (E.), 27, 28, 59, 296, 300

K

KELSEN, (H.), 75, 488
KENNEDY, (D.), 29, 294
KENT, (J.)
Et la définition du droit international, 59, 125, 334, 349
Et la définition du titre territorial, 217

Et la question de la découverte, 230, 246
Et la question de l'occupation, 191
Et la question des effets internes du titre territorial, 429
Et la question du statut juridique des Nations Indiennes, 55
KOHEN, (M.G.), 16, 34, 37, 165, 280, 314, 500
KOSKENNIEMI, (M.), 19, 30
Kosovo
Création de l'Etat, 466, 500, 504

L

LABAND, (P.), 37
LAWRENCE, (T.J.), 148, 257
LE FUR, (L.), 31, 150, 433
LINDLEY, (M.F.), 43, 222
LOCKE, (J.), 169, 170, 171, 175, 181

M

MADISON, (J.)
Et la création de l'Etat au sein du système américain, 502, 505
Et la définition de la souveraineté territoriale, 35
Et la définition du droit international, 48, 340
Et la question de la découverte, 252
Et la question de la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral, 100
Et la question de la justiciabilité du titre territorial, 313
Et la question de la séparation des pouvoirs, 445
MARIENSTRAS, (E.), 21, 449
MARSHALL, (J.), 109, 227, 231, 232, 240, 241, 251, 252, 253, 330, 455, 456
MONROE, (J.), 71, 186, 249, 495

N

Nomade(s), nomadisme, 56, 71, 72, 74, 75, 88, 93
NYS, (E.), 31, 44

O

Occupation
Définition, 38, 116, 148, 149, 167, 168, 181, 216, 217, 221, 222, 252, 265, 268
Des Nations Indiennes, 89, 93, 174, 177, 227, 240, 241, 252, 253, 255, 261, 263
Et culture du sol, 170, 171, 172, 173, 182, 187, 188, 211
Militaire, 195, 197, 198, 199, 203, 205
ONUF, (P.S.), 386, 488, 489, 493, 497
OPPENHEIM, (L.), 70, 148, 306
Ordonnance de 1787, 91, 441, 442, 446, 456, 465, 481, 483, 485, 486, 494, 495, 497, 499, 501
Ordre(s) juridique(s)
Fédéral, 149, 151, 317
International, 115, 117, 325, 336, 386, 450
Relation entre les -, 119, 523

P

PAINÉ, (T.), 201, 247, 439, 440
Peuple(s)
Autochtones, 21, 34, 35, 72, 77, 134, 155, 162, 213, 243, 255
Définition, 56, 58, 59, 60, 176
Droit des - à disposer d'eux-mêmes, 434, 438, 439, 440, 441, 443, 466, 471, 472
Et définition de l'Etat, 60, 65, 67, 70, 74, 84, 99, 151
PHILLIMORE, (R.), 70, 257
POMEROY, (J.N.), 59, 70, 142
PRADIER-FODERE, (P.), 148
Propriété
De l'Etat, 23, 60, 62, 75, 116, 247, 250, 254, 318, 324, 423, 443, 468
Notion de -, 178, 179, 184, 185, 186, 189, 219, 228, 247, 248, 258, 283, 449
Privée, 23, 80, 117, 170, 171, 173, 177, 180, 183, 290
Privée, protection internationale de la -, 427, 449, 453
PRUCHA, (F.P.), 23, 67, 184

PUFENDORF, (S.), 145, 169, 299

V

R

Réserve (indiennes), 23, 89, 378, 380, 381

ROUSSEAU, (C.H.), 32, 271

S

SALMON, (J.), 233, 265

SAVIGNY, (M.F.C. de), 276, 424

SCHMITT, (C.), 18, 38, 103, 433

SCHOENBORN, (W.), 37, 431, 470

SCOTT, (J.B.), 99, 278, 330

SHAW, (M.N.), 56, 337

Sioux, 106, 192, 522

SNOW, (A.H.), 423

STORY, (J.)

Et la question de la compétence des Etats pour conclure des traités, 128

Et la question de la découverte, 225

Et la question de la définition de la souveraineté territoriale, 377

Et la question de la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral, 104

Et la question du *trust* territorial, 481

T

Terra nullius, 55, 165, 181, 185, 186, 520

TOCQUEVILLE, (A. de), 21, 24, 44, 87

Traités

Capacité et/ou compétence pour conclure des -, 55, 57, 58, 66, 67, 83, 85, 86, 96, 105, 108, 109, 110, 112, 128, 129, 131, 132, 133, 154

Nature juridique des -, 145, 155, 159, 161, 187, 355

Valeur juridique des -, 63, 160, 324, 352, 353, 354, 356, 357

Validité, 83, 86

TRIEPEL, (H.), 18, 345, 346, 347

TWISS, (T.), 257

VATTTEL, (E. de)

Et la définition de la souveraineté territoriale, 168, 242, 275, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 440

Et la définition de l'Etat, 53, 58, 77, 439

Et la définition de l'indépendance, 126

Et la définition du droit international, 27, 47, 300

Et la protection internationale de la propriété privée, 451

Et la question de la découverte, 220

Et la question de l'occupation, 169, 170, 181, 182, 183

Et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 468, 470

Et le droit naturel au territoire, 49

VISSCHER, (Ch. de), 25, 314

VITORIA, (F. de), 90, 234

W

WASHINGTON, (G.), 48, 160

WEBSTER, (D.), 73, 321, 322, 323, 324, 326, 350, 420, 473, 553

WESTLAKE, (J.), 161, 255, 257, 258, 271

WHEATON, (H.), 27

Et la définition de la souveraineté territoriale, 283, 299, 469, 470

Et la définition de l'Etat, 69, 70, 78, 141, 143, 147, 504

Et la définition du droit international, 47, 48, 59, 85, 140

Et la question de la conquête, 193, 199

Et la question de la découverte, 255, 256

Et la question de la détention d'un titre territorial par le gouvernement fédéral, 116

WILLOUGHBY, (W.F.), 442, 446, 447, 463

WILLOUGHBY, (W.W.)

Et la définition de la souveraineté territoriale, 330

Et la définition de l'Etat, 24, 39

Et la définition du droit international, 359, 360

Et la question de la conquête, 198, 201
Et la question de la découverte, 247
Et la question de la détention d'un titre territorial
 par le gouvernement fédéral, 99, 118
WOOLSEY, (T.D.), 142, 398

ZOLLER, (E.), 18, 21, 31, 151, 296, 346

Z

INDEX DE LA JURISPRUDENCE ET DES TRAITÉS CITÉS

Les numéros renvoient aux pages

Les arrêts et sentences sont indexés au nom de la partie requérante

Les traités sont indexés au nom de la partie avec laquelle les États-Unis ont conclu le traité

A

- Ableman v. Booth* (1858), 369
Alabama Interstate Power Co. v. Mt Vernon-Woodberry Cotton duck Co. (1913), 291
Allemagne
 Affaire LaGrand (2001), 371, 396, 400, 401
 Affaire LaGrand (mesures conservatoires, 1999), 400, 401
 Affaire relative à certains intérêts allemands (1926), 147
 Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (1929), 329
American Insurance & Co. v. Canter (1828), 37, 109, 195, 199
Apache
 Treaty of 1852, 204
 Treaty of 1867, 63
Arapaho
 Treaty with 1861, 66
Armstrong v. United States (1901), 415
Arnold v. Mundy (1821), 262

B

- Bartram v. Robertson* (1887), 354
Beecher v. Wetherby (1877), 93
Bénin
 Affaire du différend frontalier (2005), 18
Blake v. McClung (1898), 306
Bolln v. State of Nebraska (1900), 248
Breard v. Geene (1998), 396
Brown v. United States (1814), 362
Burkina Faso
 Affaire du différend frontalier (1986), 43, 165, 254, 314
Buster and Jones v. Wright (1905), 50, 147, 290

C

- Caldwell v. Alabama* (1832), 85, 86, 88, 262
California v. Southern Pacific Co. (1895), 403
Callan v. Wilson (1888), 459
Cameroun
 Affaire de la frontière terrestre et maritime (2002), 155
Carneal v. Banks (1825), 357
Chae Chan Ping v. United States [The Chinese Exclusion Case] (1889), 120, 133, 138, 293, 348, 408
Cherokee
 Treaty of 1785, 130, 133
 Treaty of 1791, 130, 131, 287, 384
 Treaty of 1798, 208
 Treaty of 1816, 65
Cherokee Nation v. Georgia (1831), 30, 55, 60, 68, 73, 126, 130, 139, 140, 148, 152, 206, 272, 373, 379, 383
Cherokee Nation v. Southern Kansas Ry. Co. (1890), 284, 291
Chickasaw, Treaty of 1786, 133
Chirac v. Lessee of Chirac (1817), 110
Chisholm v. Georgia (1793), 60, 338, 402
Choate v. Trapp (1912), 155
Choctaw
 Treaty of 1786, 134
 Treaty of 1820, 82, 130
Choctaw Nation v. State of Oklahoma (1970), 162
Chy Lung v. Freeman (1875), 24, 133, 407, 408
Cohens v. Virginia (1821), 330, 357, 403
Comanche
 Treaty of 1835, 63, 66, 77, 288
Commonwealth v. Samuel Green (1822), 292
Cook v. United States (1891), 458
Coolidge v. Inglee (1816), 344
Corfield v. Coryell's (1823), 303
Coyle v. Smith (1911), 509
Crapo v. Kelly (1872), 172
Creeks

Treaty of 1790, 65, 82, 287

Treaty of 1826, 86

Crosby v. National Foreign Trade Council (2000), 371

Crows, Treaty of 1868, 89

D

Danemark, Affaire du statut juridique du Groenland oriental (1933), 195, 222

Davis v. Beason (1890), 459

Davis v. Police Jury of Concordia (1850), 219

Davison v. Seal Skins (1835), 362

De Geofroy v. Riggs (1890), 285

De la Croix v. Chamberlain (1827), 454

De Lima v. Bidwell (1901), 415, 417, 418, 425, 485

Delawares, Treaty of 1778, 130

Delmas v. Insurance Company (1871), 365

Dent v. Emmeger (1871), 454

Dooley v. United States (1901), 415

Dorr v. United States (1904), 484

Downes v. Bidwell (1901), 24, 116, 119, 291, 374, 375, 415, 417, 419, 421, 424, 425, 426, 428, 430, 435, 455, 461, 485

Dred Scott v. Sandford (1856), 375, 459, 473, 482

E

Elk v. Wilkins (1884), 73, 387, 463

Emory v. Grenouth (1797), 172

Escanaba v. Lake Michigan Transportation Co.
(1883), 248

Espagne

Treaty of 1798, 414, 427

Treaty of 1819, 26, 414, 450, 479, 480

Treaty of 1898, 26, 193

Etats Unis d'Amérique

Affaire de l'Île de Palmas (1928), 16, 17, 144, 216, 217, 222, 272, 327

United States v. Arrendondo (1832), 310

United States v. Bevans (1818), 280, 285

United States v. Cook (1873), 254, 263

United States v. Dawson (1853), 458

United States v. Furlon (1820), 362

United States v. Huckabee (1872), 109

United States v. Hudson & Goodwin (1812), 364

United States v. Kagama (1886), 126, 155, 289, 421, 424

United States v. Le Jeune Eugenie (1822), 78

United States v. Lucero (1869), 93

United States v. Perchman (1832), 427, 450, 451

United States v. Rice (1819), 199, 200

United States v. Rogers (1846), 382, 423

United States v. Roselius (1852), 453

United States v. Sandoval (1913), 88, 93

United States v. Smith (1806), 362

United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel (1844), 362

Ex Parte Ortiz (1900), 430

Examining Board of Engineers, Architects and Surveyors v. Flores de Otero (1976), 485

F

Fleming v. Page (1850), 200, 202, 282, 418

Fletcher v. Peck (1810), 50, 76, 229, 255, 261

Ford v. Surget (1878), 196

Foster & Elam v. Neilson (1829), 281, 355

Fourteen Diamonds Rings v. United States (1901), 415

France

Affaire du Lotus (1927), 16, 135

Affaire du vapeur Wimbledon (1923), 135, 316, 509

Treaty of 1778, 339

Treaty of 1803, 26, 105, 213, 271, 339, 414, 450, 473, 478, 479, 480

Treaty of Amity and Commerce, 1778, 336

G

Garcia v. Lee (1838), 281

Gibbons v. Livingston (1822), 280, 281, 283, 289, 377

Gibson v. United States (1897), 308

Gilman v. Philadelphia (1865), 308

Goetze v. United States (1900), 415, 424, 463

Grande-Bretagne

- Affaire de la Baie de Delagoa (1875), 161
 - Affaire des Cayuga Indians (1926), 155, 213, 255
 - Paris Peace Treaty (1783), 22, 213, 245, 282, 339, 340, 358, 391, 479
 - Treaty of 1853 (Gadsen Purchase Treaty), 26
- Grèce
- Affaire du plateau continental de la Mer Egée (1978), 314
- Grossman v. United States* (1901), 415

H

- Hamilton v. Eaton* (1792), 354
- Harris v. Rosario* (1980), 462
- Hauenstein v. Lynham* (1879), 110
- Hawaii v. Mankichi* (1903), 421
- Henfield's Case* (1793), 362
- Holbrook, Nelson & Co. v. Henderson* (1839), 344, 367
- Holden v. Joy* (1872), 263, 379
- Hopkirk v. Bell* (1806), 357
- Huus v. New York and Porto Rico Steamship company* (1901), 415

I

- In Re Duncan* (1891), 502
- In re Gonzales* (1902), 448

J

- Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh* (1823), 37, 92, 139, 192, 198, 207, 217, 220, 226, 227, 229, 244, 248, 249, 250, 252
- Johnson et al. v. Twenty-One-Bales, Etc.* (1814), 49, 78, 517
- Johnston v. Riley* (1853), 279, 292, 387
- Jones v. Meehan* (1899), 163
- Jones v. United States* (1890), 116, 222

K

- Kadi, Affaire Yassin Abdulah Kadi c. Conseil et Commission* (2008), 351
- Kansa, Treaty of 1815, 132
- Keith v. Clark* (1878), 60
- Ker v. State of Illinois* (1886), 367
- Kershaw v. Kelsey* (1868), 344
- Klamath
 - Treaty of 1864, 380, 381
- Kohl v. United States.* (1875), 291

Kosovo

- Avis de la Russie sur l'indépendance du -, 490
- Avis sur la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance (2010), 472

L

- Le Roy v. Crownshield* (1820), 281
- Lehman v. State* (1909), 291
- Leitensdorfer v. Webb* (1857), 454
- Lone Wolf v. Hitchcock* (1903), 381, 421
- Loughborough v. Blake* (1820), 460
- Luke v. Hyde* (1759), 338
- Luther v. Borden* (1849), 503

M

- Makah, Treaty of 1815, 132
- Malaisie
 - Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca (2008), 18
- Martin v. Hunter's Lessee* (1816), 357
- McCulloch v. Maryland* (1819), 24, 413
- Mexique
 - Affaire de l'Île de Clipperton (1931), 222
- Miami, Treaty of 1818, 184
- Middle Oregon, Treaty of 1855, 380
- Minor v. Happersett* (1875), 305
- Mitchel v. United States* (1835), 209, 250, 379
- Mogadara v. Holt* (1691), 338
- Montoya v. United States* (1900), 88
- Moore v. Smaw et Fremont v. Flower* (1861), 285

Morgan Steamship Company v. Louisiana Board of Health (1886), 306

Mormon Church v. United States (1890), 409, 426

Mortimer v. N.Y. Elevated R.R. Co. (1889), 225

Murphy v. Ramsey (1885), 443, 444, 445, 448, 460

Murray v. The charming Betsey (1806), 294

Mutual Assurance Soc. v. Watts (1819), 453

N

Nathan v. Virginia (1781), 342

National Bank v. County of Yanktown (1879), 444, 457

National Foreign Trade Council v. Baker (1998), 412

Nations Unies

Avis sur la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo (2010), 525

Avis sur la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo (2010), 472

Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (1996), 103

Avis sur la réparation des dommages subis (1949), 103

Avis sur le Sahara Occidental (1975), 55, 500, 504

New York Life Insurance Company v. Hendren (1875), 367

Nez Percés

Treaty of 1863, 381

Nicaragua

Affaire des activités militaires et paramilitaires (1986), 209, 504

Affaire du différend territorial et maritime (2007), 18

O

Oneida Indian Nation v. State (1986), 233

Orr v. Hodgeson (1819), 110

Owings v. Norwood's Lessee (1809), 357

P

Pacte de la Société des Nations, 467

Panama, Treaty of 1903, 286

Passenger Cases (1849), 411

Pawnee

Treaty of 1833, 184

Pennhalow v. Doane (1795), 349

Pennoyer v. Neff (1878), 275

People v. Central R. Co. of New Jersey (1870), 283

People v. Folsom (1855), 437

People v. Godfrey (1819), 282, 285, 377

Pollard's Lessee v. Hagan (1845), 290, 291, 430, 473, 478

Poole v. Fleeger (1837), 281, 377

Principality of Monaco v. State of Mississippi (1934), 402, 526

Prize Cases (1863), 310

Q

Quapaw, Treaty of 1818, 132

R

R. v. Bonjon (1841), 213

R. v. Symonds (1847), 213

Rasmussen v. United States (1905), 461

Rayphand v. Sablan (1999), 462

République Sud-Africaine (Affaire des gisements diamantifères, 1871), 161

Respublica v. DeLongchamps (1781), 343

Reynolds v. United States (1878), 458

Rice v. Cayetano, Governor of Hawaii (2000), 205

Rose v. Himely (1808), 231

Russie, Treaty of 1867, 26, 205, 206, 415, 479, 480

S

Sauk and Foxes

Treaty of 1824, 184

Treaty of 1832, 65

Scott v. Jones (1847), 506

Shively v. Bowlby (1894), 473, 483

Sioux

Treaty of 1805, 106

Treaty of 1815, 132

Treaty of 1851, 77, 184

Treaty of 1865, 204

Six Nations

Treaty of 1789, 237

Treaty of 1794, 208, 379

Snow v. United States (1873), 444

St Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen (1888), 213

State of Alabama v. State of Georgia (1859), 172

State of Florida v. State of Georgia (1854), 328, 378

State of Indiana v. State of Kentucky (1890), 248

State of Kansas v. State of Colorado (1902), 325, 328

State of Kansas v. State of Colorado (1907), 326

State of Maryland v. State of West Virginia (1910), 199

State of Missouri v. Fiske (1933), 402

State of New Hampshire v. State of Louisiana (1883), 403

State of New Jersey v. State of New York (1997), 216

State of New York v. State of Connecticut (1799), 312, 319

State of Rhode Island v. State of Massachusetts (1838), 312, 314, 316, 317, 322, 326, 518

State of Tennessee v. Foreman (1835), 205, 262

State of Texas v. White (1868), 24, 57, 74, 137, 198

State of Virginia v. State of Tennessee (1893), 129

State of Virginia v. State of West Virginia (1870), 312, 317, 320

State v. Bayou Johnson Oyster Co. (1912), 487

State v. Donhagey (1912), 291

T

Talbot v. Jansen (1795), 361

Tee-Hit-Tons Indians v. United States (1955), 193, 205

Teton, Treaty of 1815, 132

Texas

Treaty of 1844, 26, 479

The Antelope (1825), 232

The Cherokee Tobacco (1870), 162

The Exchange v. McFaddon (1812), 271, 286, 292, 293, 333

The Paquete Habana (1900), 344

The people of the State of New York v. The Mayor of the City of New York (1860), 290

The People v. McLeod (1841), 393, 394, 395, 396

The State v. Jeremiah Smith (1829), 281, 377

The Venus (1814), 172, 231

Thirty Hogshead of Sugar v. Boyle (1815), 49, 78, 231, 362

Thompson v. State of Utah (1897), 459

Triquet and Others v. Bath (1764), 341

Turner v. Williams (1904), 291

U

United Mexican States

Treaty of 1848, 26

Utah

Treaty of 1849, 204

W

Wabash, Treaty of 1792, 130

Ware v. Hylton (1796), 110, 357, 361

Washington v. State of Oregon (1908), 286

Wea and Kickapoo, Treaty of 1816, 208

Wheaton v. Peters (1834), 364

Whiton v. Albany Ins. Co. (1891), 116

Wilcocks and Others v. The Union Insurance Company (1809), 343

Williams v. Bruffy (1877), 129, 137

Williams v. Suffolk Insurance Company (1839), 154

Winnebago, Treaty of 1816, 132

Worcester v. Georgia (1832), 30, 50, 58, 74, 83, 126, 135, 160, 202, 260, 281, 383, 517

Wyandot

Treaty of 1789, 237, 238, 287

Treaty of 1795, 130

Treaty of 1814, 132

Z

Zschernig v. Miller (1968), 411, 412

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
RÉSUMÉ	8
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	11
SOMMAIRE.....	16
INTRODUCTION.....	18
Première Partie	
LA CONSTRUCTION DES CONDITIONS D'ACQUISITION DU TITRE TERRITORIAL.....	44
Introduction	46
TITRE 1 – DÉFINITION DES CONDITIONS DE DÉTENTION DU TITRE TERRITORIAL.....	51
Chapitre 1 – Organisation interne du détenteur du titre.....	58
Section 1 – Les Nations indiennes et les critères de définition de l’État.....	59
§1 – Nature politique de la communauté étatique	60
A. Existence d'un peuple.....	61
B. Existence d'un peuple politiquement organisé	65
1. Critères de l'organisation politique.....	67
2. Conséquences de l'organisation tribale de certaines Nations indiennes	71
C. Exclusion du « territoire » comme élément constitutif de l’État	73
§2 – Nature civilisée de la communauté étatique.....	82
A. Existence d'une communauté civilisée	84
1. L'absence de civilisation, critère d'exclusion du droit national	85
2. La civilisation, critère de définition des sujets du droit des gens	89
B. Critères de la civilisation.....	92
1. Capacité intellectuelle des individus.....	92

2. Construction raciste de la sujexion au droit international	96
Section 2 – Le gouvernement fédéral et la question de l’étendue des pouvoirs constitutionnels de l’État.....	100
§1 – Contraintes constitutionnelles relatives à la détention d’un titre territorial	103
A. Contraintes relatives à la nature de la constitution	103
B. Contraintes relatives à l’étendue matérielle du pouvoir de conclure des traités et de faire la guerre	110
§2 – Inopposabilité des contraintes constitutionnelles relatives à la détention d’un titre territorial	118
A. Fondement de l’inopposabilité	119
B. Conséquences de l’inopposabilité sur la nature du détenteur du titre	123
Chapitre 2 – Indépendance du détenteur du titre.....	131
Section 1 – Absence de souveraineté externe des États membres et des Nations indiennes ...	133
§1 – Compétence limitée des États membres et des Nations indiennes en matière de relations extérieures	134
A. Limites relatives à la compétence de contracter dans certains domaines	134
B. Limites relatives au choix du co-contractant	137
§2 – Interprétation des limites comme constitutives d’un renoncement à la “souveraineté externe”	140
A. Nature de l’union fédérale	142
B. Doctrine de la découverte.....	144
Section 2 – Conséquences de l’absence de souveraineté externe sur la détention du titre	146
§1 – Souveraineté externe et reconnaissance, critères de l’État.....	147
A. Critère de la souveraineté externe.....	147
B. La reconnaissance comme critère de l’État	150
§2 – Qualité d’État et détention du titre	154
A. Absence de titre territorial international des États membres selon la doctrine internationaliste	155
B. Absence de titre territorial international des Nations indiennes dans la doctrine internationaliste et la pratique des États-Unis.....	158
Conclusion du Titre 1	165

TITRE 2 – AMÉNAGEMENT DES MODES DE FORMATION DU TITRE TERRITORIAL	171
Chapitre 1 – L’occupation.....	173
Section 1 – Construction idéologique de l’occupation pacifique	174
§1 – Pluralité des définitions théoriques de l’occupation	174
A. Définitions européennes.....	175
1. Définition agriculturaliste.....	176
2. Définition consensualiste	177
B. Définition amérindienne	181
1. Une conception « spirituelle » du rapport à la terre.....	181
2. Compatibilité de la conception avec la notion de propriété privée.....	184
§2 – Choix américain de la définition agriculturaliste	186
A. L’absence d’agriculture comme absence de civilisation.....	187
B. L’absence d’agriculture comme absence de titre territorial.....	192
Section 2 – L’occupation militaire sans subjugation : le « mythe de la conquête ».....	198
§1 –Conditions de validité et légitimité du titre par conquête.....	200
A. Occupation militaire du territoire concerné	201
1. Caractère étranger du territoire occupé	201
2. Caractère non-consenti de l’occupation.....	204
B. Illégitimité de la guerre de conquête	206
§2 – Application des conditions de formation du titre territorial par conquête aux Nations indiennes	208
A. Condition de l’occupation militaire non-consentie	209
B. Condition de subjugation ou de conclusion d’un traité.....	213
Chapitre 2 – La découverte	217
Section 1 – Qualité du titre conféré par la découverte	220
§1 – Qualité du titre opposable aux Nations européennes	221
A. Un titre incomplet	222
1. Degré de force juridique du titre par découverte.....	222
2. Les moyens de perfection du titre par découverte	225
B. Effets juridiques du titre incomplet.....	226
§2 – Qualité du titre opposable aux Nations indiennes	228
A. Un titre complet	229
1. Effet juridique du titre complet	229
2. Justification de la nouvelle qualité du titre	231
B. Un titre fondé sur une fiction juridique.....	234
1. Absence de réalité pratique du titre par découverte.....	234
2. Intérêt de la fiction.....	238
Section 2 – Nature du droit conféré par la découverte	240

§1 – Nature du droit au sol	241
A. Nature du droit au sol de l'auteur de la découverte	242
1. Un droit de propriété	242
a. Qualification du droit conféré par la découverte de « dominion »	243
b. Le « dominion » comme droit de propriété	244
2. Conséquences du droit de propriété sur le droit de juridiction	246
B. Nature du droit au sol des autochtones « découverts ».....	246
§2 – Nature du droit de juridiction	248
A. Certitudes de la doctrine internationaliste	249
B. Incertitudes de la jurisprudence américaine.....	252
Conclusion du Titre 2	257
 CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	260
 <i>Seconde Partie</i>	
LA CONSTRUCTION DU STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE.....	263
 Introduction	266
 TITRE 1 – STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE ÉTATIQUE	270
Chapitre 1 – Définition des pouvoirs et obligations du détenteur du titre.....	272
Section 1 – Le territoire, lieu de pouvoir du détenteur du titre	272
§1 – Caractère classique de la définition du « pouvoir territorial souverain » des États membres, des Nations indiennes, et des États-Unis	273
A. Nature exclusive du pouvoir	274
1. Principe d'exclusivité du pouvoir étatique à raison du territoire	274
2. Le consentement de l'État, exception à l'exclusivité du pouvoir étatique.....	276
B. Nature absolue du pouvoir	278
1. Absence de limites matérielle et formelle au pouvoir	279
2. Supériorité de la souveraineté territoriale sur les autres normes internationales	
280	
§2 – Conséquences de la constitution fédérale sur le statut juridique du territoire des États membres.....	282
A. constitutionnalisation des restrictions jus naturalistes à la souveraineté territoriale	
282	

1.	Limites jus naturalistes au droit d'empire et de domaine dans la doctrine internationaliste	283
2.	La constitutionnalisation des limites jus naturalistes, « fondement de l'Union » 287	
a.	constitutionnalisation des « priviléges et immunités » des « étrangers ».....	287
b.	Constitutionnalisation du droit de passage sur les fleuves interétatiques.....	290
B.	Garantie juridictionnelle du titre territorial des États membres	292
1.	Justiciabilité du titre des États membres.....	292
a.	Doctrine des « political questions ».....	293
b.	Rejet de la doctrine par la Cour Suprême	295
2.	Nature du droit applicable en matière de conflits territoriaux devant la Cour Suprême	302
a.	D.Webster et l'opposition entre la nature du droit international et son application par la Cour Suprême	302
b.	La « loi des souverains », droit applicable devant la Cour Suprême	305
Section 2 – Le territoire, lieu de sanction du droit international.....	310	
§1 – Obligation de respecter le droit international sur le territoire	310	
A.	Fondement théorique et contenu de l'obligation	311
1.	« Caractère national » et « bonheur de l'humanité »	311
2.	Une obligation dont les individus sont les objets	313
B.	Conception du territoire comme lieu de sanction du droit des gens	315
1.	Le droit international comme « law of the land ».....	315
2.	Un principe de conciliation de la souveraineté et de la juridicité du droit international.....	317
a.	Un principe contraire à l'opposition ordre interne / ordre international.....	318
b.	Une garantie de juridicité du droit international	320
§2 – Dualité des entités compétentes pour sanctionner les violations du droit international dans le système fédéral	321	
A.	Compétence des cours fédérales	322
1.	Etendue ratione materiae de la compétence	323
2.	Degré de la compétence juridictionnelle.....	324
B.	Compétence des cours étatiques	326
1.	Etendue ratione materiae de la compétence	326
a.	L'approche « moderne »	327
b.	L'approche « révisionniste »	329
2.	Aperçu de la pratique des cours étatiques en matière de violation du droit international au cours du XIXe siècle.....	331

Chapitre 2 – Effets du titre territorial sur le statut juridique des entités situées au sein des frontières.....	335
Section 1 – La conception pluraliste.....	336
§1 – Limitation des effets du titre aux entités extérieures au territoire.....	337
A. Limitation consécutive à l'existence d'une constitution	337
B. Une limitation constitutive du pluralisme des ordres juridiques sur le territoire des États-Unis	338
1. Absence d'effets du titre territorial des États-Unis sur la détention d'un titre territorial par les États membres et les Nations indiennes.....	339
a. Absence d'effets sur le titre territorial des États membres	339
b. Absence d'effets sur le titre territorial des Nations indiennes	340
2. Pluralité des ordres juridiques souverains sur le territoire des États-Unis	344
§2 – La responsabilité comme garantie du pluralisme	352
A. Responsabilité du détenteur du titre	352
1. Problème posé par l'absence d'effet interne du titre territorial	353
2. La solution de la responsabilité	355
B. Une garantie du pluralisme juridique	356
1. Une garantie de la pluralité des ordres juridiques et de l'unité juridique extérieure du territoire	357
2. Les atténuations des conséquences du pluralisme au regard des États étrangers	358
Section 2 – Les conceptions unitaire et coloniale	360
§1 – La conception unitaire	362
A. Nullité des lois étatiques « affectant » le pouvoir fédéral en matière d'affaires étrangères	362
1. La « préemption » fédérale	362
2. « Logique fédérale » de la préemption	363
B. Contrariété de la conception unitaire avec la nature fédérale de l'Union	365
1. Absence de fondement constitutionnel	365
2. Une logique contraire à l'intention originelle des Pères Fondateurs.....	367
§2 – La conception coloniale.....	368
A. Limites intraterritoriales à l'applicabilité de la constitution fédérale.....	369
1. Le principe : applicabilité de la constitution à l'ensemble du territoire des États-Unis	369
2. L'exception coloniale : applicabilité de la constitution aux seules « parties » des États-Unis	371
B. Fondement de la compétence fédérale sur le droit international	373

1. Fondement de la compétence fédérale interne sur le titre territorial international	373
2. Faiblesse des limites internationales au pouvoir fédéral	376
Conclusion du Titre 1	380
TITRE 2 – STATUT JURIDIQUE DU TERRITOIRE NON-ÉTATIQUE	382
Chapitre 1 – Statut de dépendance des États-Unis	386
Section 1 – Nature « impériale » du pouvoir du gouvernement fédéral	386
§1 – Absence de consentement des habitants au gouvernement du Territoire	386
A. Principe du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes	387
B. Exception au principe sur les « territoires fédéraux ».....	389
§2 - Absence de séparation des pouvoirs institués pour administrer le Territoire.....	392
Section 2 – Protection des droits privés des habitants.....	394
§1 – Protection internationale des droits privés	394
A. Principe de protection des droits privés.....	395
B. Nature des droits garantis	397
§2 - Protection constitutionnelle des droits individuels.....	400
A. Protection complète des droits constitutionnels	400
B. Exclusion de la protection pour certains territoires	402
Chapitre 2 – Statut de « <i>state in embryo</i> »	408
Section 1 – Droit à l'étaticité	409
§1 – Problème de conciliation du droit à l'étaticité et de la souveraineté territoriale dans la construction classique du droit international.....	409
§2 – Solution américaine du trust territorial	412
A. Définition du trust territorial	413
1. Définition traditionnelle du « trust »	413
2. Application du trust à la relation entre le gouvernement fédéral et les Territoires fédéraux	416
B. Qualité de bénéficiaires du trust des habitants	418
1. Statut juridique du bénéficiaire du trust	419
2. Conditions d'acquisition de la qualité de bénéficiaire du trust	420
Section 2 – Mécanisme d'encadrement de la création de l'État.....	421
§1 – Encadrement procédural de l'accession à l'étaticité	422
A. Principe de l'habilitation.....	422
1. Du « self-constituted State ».....	423

2. ...à l' « enabled State »	426
B. Conditions d'obtention de l'habilitation.....	427
1. Nature des conditions	427
2. Nature du pouvoir d'examen des conditions.....	429
§2 – Encadrement matériel de l'accession à l'étaticité.....	432
A. Conditions pesant sur l'autorité habilitée	432
1. Forme de gouvernement	433
2. Conditions ad-hoc	435
B. Condition pesant sur l'autorité habilitante.....	436
Conclusion du Titre 2	443
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	445
 CONCLUSION GENERALE.....	447
 ANNEXES	460
I] « Grands arrêts » relatifs à la question du territoire	463
The Exchange v. McFaddon (1812), 11 U.S. 116, 136-137	463
United States v. Bevans (1818), 16 U.S. 336, 386-389.....	464
Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh (1823), 21 U.S. 543, 572-574	465
American Insurance Company v. Canter (1828), 26 U.S. 511, 542-543	466
Cherokee Nation v. Georgia (1831), 30 U.S. 1, 1-2 ; 24-28 ; 51-60.....	466
Worcester v. Georgia (1832), 31 U.S. 515, 518-519	473
Supreme Court of Alabama, <i>Caldwell v. State</i> (1832), 1 Stew. & P.327, 3-4.....	475
United States v. Perchman (1832), 32 U.S. 51	477
Rhode Island v. Massachusetts (1838), 37 U.S. 657, 736-738	477
Scott v. Sandford (1856), 60 U.S. 393, 447-449.....	478
United States v. Kagama (1886), 118 U.S. 375, 381-384.....	479
The Chinese Exclusion Case (1889), 130 U.S. 581, 604-606	481
Downes v. Bidwell (1901), 182 U.S. 244, 277-283	482
II] Cartographie	486
Cessions des revendications territoriales des <i>landed states</i> entre 1782 et 1802	486
Expansion territoriale des États-Unis et statuts juridiques des espaces au sein des frontières américaines entre 1790 et 1920	489
Acquisitions territoriales des États-Unis entre 1803 et 1898.....	528

Nations indiennes aux alentours de 1800 (Est du Continent)	532
Nations indiennes 1600 – 1846 (Sud-Ouest du Continent)	534
Réserves Indiennes en 1885	536
III] Documents	539
« A recommendation to the states to enact law for punishing infractions of the laws of Nations, November 23, 1781 », <i>J.C.C.</i> vol.21, pp. 1136 – 1137.....	539
« An Ordinance for the government of the Territory of the United States Northwest of the River Ohio, July 13th, 1787 », <i>J.C.C.</i> vol.32, pp. 334 – 343.	540
« Treaty with the Cherokee, July 2, 1791 », <i>7 Stat.</i> 39 (Exemple de traité de protection, de frontière et d'extradition).....	544
« Memorial and Protest of the Cherokee Nation, addressed to the Congress of the United States, March 8, 1836 », <i>U.S. Serial Set</i> , 24th Cong., 1st Sess., Executive Document n°286, pp. 1 – 2.	546
« An act to enable the people of the Territory of Orleans to form a constitution and state government, and for the admission of such state into the Union, on an equal footing with the original states, and for other purposes, Feb.20, 1811 », <i>2 Stat.</i> 641.	548
« Treaty with the Creeks, January 24, 1826 », <i>7 Stat.</i> 288 (Exemple de traité de cession territoriale ; extraits).	550
« Mr Fox to Mr Forsyth, December 13th, 1840 » (affaire du Vapeur Caroline), reproduit in Supreme Court of Judicature of New York, <i>The People v. McLeod</i> (1841), 25 Wend. 483.....	552
« Mr Forsyth to Mr Fox, December 26th, 1840 » (affaire du Vapeur Caroline), reproduit in Supreme Court of Judicature of New York, <i>The People v. McLeod</i> (1841), 25 Wend. 483.....	553
BIBLIOGRAPHIE.....	555
I] Ouvrages & Cours de l'Académie de Droit International	558
II] Articles & Contributions.....	583
III] Documents	602
III.1 – Lois, rapports, et débats.....	602
III.1.1. – <i>Recueils généraux</i>	602
III.1.2 – <i>Congrès des États-Unis</i>	603
III.1.3. – <i>États membres & Nations indiennes</i>	603
III.2] Traités, actes internationaux et documents diplomatiques.....	604
III.2.1. - <i>Recueils</i>	604
III.2.2. – <i>Principaux traités et actes internationaux cités</i>	605
IV] Jurisprudence	609
IV.1 – Jurisprudence internationale.....	609
IV.2 – Jurisprudence nationale	611

IV.2.1 – États-Unis d'Amérique	611
IV.2.2. – Autres pays.....	619
INDEX NOMINUM ET RERUM.....	622
INDEX DE LA JURISPRUDENCE ET DES TRAITÉS CITÉS.....	630
TABLE DES MATIERES	639

RÉSUMÉ

Cette étude repose sur l'hypothèse selon laquelle, de l'adoption de la constitution fédérale à la Première Guerre Mondiale, l'expansion territoriale des États-Unis d'Amérique, de même que le projet fédéral, ont appelé une « construction » des règles et principes du droit international au sein même des frontières américaines. Car, en 1789 déjà, tant les États-Unis, que les États membres de la Fédération ou les Nations indiennes, revendiquent sur tout ou partie de cet espace la souveraineté que reconnaît le droit international à tout « État ». C'est alors en définissant, en aménageant, en repensant, les notions d'« État » ou de « souveraineté » sur un territoire, les conditions de détention et de formation d'un titre territorial, ou encore en fixant la valeur juridique interne du droit international, que ces revendications seront – ou non – satisfaites. Fondé sur l'analyse de la pratique, de la doctrine et de la jurisprudence américaines durant le « long XIXe siècle », ce travail a ainsi pour objet d'interroger la question du territoire telle qu'elle se pose au sein de cet « État fédéral » territorialement souverain que constituaient les États-Unis. Il espère ce faisant mettre au jour des constructions du droit international dont l'actualité tient à leur objet : la question du territoire aux États-Unis entre 1789 et 1914 interroge en effet les principales notions et problématiques de ce droit – au premier rang desquelles celle de l'articulation spatiale des compétences.

Descripteurs : États-Unis, territoire, souveraineté territoriale, droits territoriaux, traités, États membres, Nations indiennes, peuples autochtones, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, fédéralisme, colonialisme.

TITLE AND ABSTRACT

Territorial Issues in the United States from 1789 to 1914. Contributions to the Construction of International Law.

This study is based upon the hypothesis that, from the entry into force of the federal constitution to the First World War, the United States territorial expansion, as well as the federal project, called for a « construction » of international law's rules and principles within the American boundaries. It is to be remembered that, in 1789, the United States, the member States and the Indian Nations claimed for themselves, on parts or the whole of that space, the sovereignty that every « State » is entitled to according to international law. It is therefore by defining, adapting, or rethinking the notions of « State » or « territorial sovereignty », the conditions required for a territorial title to be held or formed, and by setting the legal status of international law, that those claims have been enforced – or not. Grounded upon the analysis of the American doctrine, practice and case law, the purpose of this study is thus to inquire about territorial issues as raised within what is usually described as a « federal State », sovereign on its territory. Because those issues, and mainly jurisdictional ones, are fundamental to international law, this work hopes to bring to light constructions of international law which are still relevant today.

Keywords : United States, territory, territorial sovereignty, territorial rights, treaties, member States, Indian Nations, indigenous peoples, right to self-determination, federalism, colonialism.